



SIELLI CANEDO GONÇALVES

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DENTRO DAS FAMÍLIAS
RECONSTITUÍDAS**

BRASÍLIA

2010

SIELLI CANEDO GONÇALVES

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DENTRO DAS FAMÍLIAS
RECONSTITUÍDAS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB

Orientador: Prof^a. Eleonora Mosqueira
Medeiros Saraiva.

**BRASÍLIA
2010**

GONÇALVES, Sielli Canedo.

A paternidade socioafetiva dentro das famílias reconstituídas / Sielli Canedo
Gonçalves. Brasília: UniCEUB, 2010.

58 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof^ª. Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva

Dedico esta monografia a Jesus, pérola da minha vida.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, aba pai, paizinho querido, por dia após dia ter me ensinado que eu “tudo posso Naquele que me fortalece”.

Agradeço a minha família, que muito contribuiu para meu êxito, com sua compreensão, amor, carinho, oração e esforço para que eu estivesse concluindo esse curso.

Agradeço ainda aos meus amigos pela força que me deram.

E agradeço a professora Eleonora Saraiva pelas orientações tão bem aproveitadas, pela sua disposição e compreensão.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar que apesar da revolução e evolução que a Constituição Federal de 1988 trouxe no ordenamento infraconstitucional brasileiro, mormente no que concerne ao Direito de Família, ainda não foi suficiente para acabar com a exclusão legislativa das famílias cuja base formadora é o afeto, como por exemplo, as famílias reconstituídas. A abordagem será feita tendo como conteúdo principal a Carta Magna de 1988 que traz em suas linhas inovadoras a afetividade como princípio inerente a toda família, garantindo sempre a todo ser humano em desenvolvimento a convivência familiar com aqueles que lhes proporcionam um crescimento físico, moral e psíquico digno, por terem como elemento fundamental de sua vontade o amor, o carinho e o afeto. Demonstrando que sem uma legislação infraconstitucional pertinente às famílias socioafetivas, está por se negar uma realidade que a muito deixou de ser minoria na sociedade brasileira e, portanto, acaba por gerar dificuldades tanto para os magistrados dos Egrégios tribunais brasileiros, como para a organização e estruturação desse tipo de família.

Palavras-chave: Conceito de família. Princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família. Paternidade socioafetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONCEITO DE FAMÍLIA.....	9
1.1 As entidades familiares reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro	13
1.2 As famílias reconstituídas e o silêncio da legislação brasileira.....	18
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA	23
2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	24
2.2 Princípio da Liberdade às Relações de Família	25
2.3 Princípio Jurídico da Afetividade.....	26
2.4 Princípio da Convivência Familiar	27
2.5 Princípio do melhor interesse da criança	28
2.6 Princípio da solidariedade.....	29
2.7 Princípio da igualdade e respeito à diferença	30
2.8 Princípio do Pluralismo Familiar	31
3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	33
3.1 Investigação da paternidade socioafetiva	36
3.2 Direito do filho afetivo em acrescer o sobrenome do pai afim	42
3.3 Guarda a luz da socioafetividade.....	44
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	54
ANEXOS	I

INTRODUÇÃO

A finalidade do presente trabalho, através de literatura jurídica especializada acerca do tema e jurisprudência, utilizando o método indutivo é fazer uma abordagem sobre as famílias cuja estrutura de formação é o afeto, defluindo desde o conceito de família observando a sua evolução e, com ela, a evolução do ordenamento jurídico, até o reconhecimento da paternidade socioafetiva na jurisprudência pátria, observando o melhor interesse do menor caso haja dissolução da sociedade conjugal e o direito – dever do pai ou padrasto a visitação do menor ou até mesmo a possibilidade de se obter a sua guarda. Tentando sempre, demonstrar o valor sentimental, moral e jurídico do afeto dentro da família hodierna.

No primeiro capítulo, busca-se trazer o conceito de família diante dos novos valores agregados na sociedade contemporânea à luz do entendimento de renomados doutrinadores e, principalmente, à luz da Constituição Federal de 1988, tarefa desafiadora, por se tratar de um instituto em constante transformação. Desmembra-se o capítulo com o objetivo de analisar as entidades familiares reconhecidas pelo ordenamento jurídico pátrio e, as que têm se formado na sociedade, porém ainda não receberam a devida atenção pelo legislador, optando este por silenciar-se diante da realidade.

No segundo capítulo são trazidos os princípios de Direito de Família que na Carta Magna de 88 foram elevados ao patamar de princípios constitucionais, uns tidos ainda como princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, como o princípio da dignidade humana. Princípios estes, constantemente utilizados pelos magistrados para fundamentar as suas decisões a respeito do que a legislação infraconstitucional ainda se mantém omissa.

No terceiro capítulo, desenvolve-se sobre a paternidade socioafetiva, mostrando por embasamento teórico e jurisprudencial ser esta uma nova forma de se caracterizar a filiação, tendo como principal prova comprobatória a posse do estado de filho. Dessa forma, demonstra-se a importância da posse do estado de filho e a sua relevância no meio jurídico. Para que se tenha um melhor entendimento dessa espécie de filiação, assim sendo, faz-se uma breve apresentação de cada tipo de filiação socioafetiva e como cada uma

se caracteriza, e logo em seguida, o trabalho em tela, se debruça na possibilidade de investigação da paternidade biológica pelo filho afetivo, sendo essa possibilidade um direito de personalidade de todo filho.

Por fim, no próprio capítulo terceiro se analisa o direito do filho afim em acrescentar ao seu nome o sobrenome do pai afim, com o qual possui forte vínculo afetivo, vínculo este que por vezes se sobressai ao vínculo biológico. Em seguida, discorre-se sobre o direito de visita ou guarda do pai que possui incontestável vínculo afetivo com o filho de sua ex – esposa ou companheira, sendo antes abordado mais minuciosamente o instituto da guarda, sempre tendo os olhos fixos no melhor interesse da criança ou adolescente.

Em cada capítulo, demonstra-se que a Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito de Família, porém o Código Civil de 2002, que já nasceu velho, não acompanhou os avanços introduzidos pela Magna Carta, deixando os conflitos sociais contemporâneos nas mãos dos magistrados que além de julgar, interpretam a lei de forma análoga, visando conseguir atingir o bem comum. Desgaste que pode ser poupado e solucionado, com a promulgação de um novo e atualizado Código Civil brasileiro, cujas bases formadoras sejam os princípios e conceitos traduzidos na Constituição da República de 1988. Outra opção que se vislumbra como de solução, seria a elaboração e promulgação de um Estatuto das Famílias, este embasado nos princípios constitucionais consagrados na atual Constituição brasileira e trazendo em seus dispositivos o conceito, os direitos e deveres dos membros que compõem as famílias afetivas, mormente as reconstituídas, devido a sua crescente formação na sociedade pátria.

1 CONCEITO DE FAMÍLIA

A instituição família atualmente é uma realidade em constante transformação e, portanto, conceituá-la não se constitui tarefa fácil devido à experiência brasileira atual. No vocabulário humano o termo “Família” é um dos mais emotivos. A maioria das pessoas o associa a “coisas boas” tais como amor, afeto, segurança, conforto e proteção.¹

Para Venosa, a Família sempre foi considerada como a unidade fundamental da sociedade. No entanto, os novos valores agregados à sociedade contemporânea acabam por romper definitivamente com o conceito tradicional da família casamentária e solenizada. O controle da natalidade, o divórcio, as uniões de fato e a tecnologia reprodutiva, enquanto práticas sociais influenciaram, definitivamente, a mudança e o surgimento de novas formas ou modelos de família.²

Quando nasce, o homem faz parte de um grupo constituído por membros geralmente consanguíneos. Quando cresce, esse indivíduo se relaciona com outros grupos familiares, e, apesar de criar novas entidades, não se desvincula da primeira. Pode-se dizer então, que a sociedade é formada por grupos naturais, as chamadas famílias, onde o homem nasce, vive e se reproduz, onde obtém condições para criar elementos de sua realização material, intelectual e espiritual, principalmente através da afetividade existente entre os outros membros de seu grupo.

Com o passar do tempo, as novas gerações apresentam uma evolução no sentido da expressão família, antes constituída pelos pais e filhos, organizados dentro de um lar e sob a autoridade patriarcal, o pátrio poder. Hoje, essa autoridade é partilhada entre os pais.

Segundo Tepedino, é comum se ouvir falar em determinadas comunidades de pessoas formadas apenas por irmãos, sob a chefia de um irmão mais velho, ou ainda, de

¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33.

² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, Vol. 6, p. 20.

uma família formada por avós e netos, e indo além dos laços biológicos, de pessoas mais maduras que por qualquer motivo no transcorrer da vida, unem-se a outras, auxiliando-se mutuamente durante longos anos, sem qualquer natureza sexual ou econômica, que vivem sob o mesmo teto, estabelecendo laços profundos de solidarismo. Obviamente, são situações que saem do plano do hipotético e do puro academicismo, e se solidificam faticamente, dia após dia, com ou sem reconhecimento do direito. Mas, o não reconhecimento, como é sabido, leva a injustiças, em razão da desproteção.³

Venosa defende que a família não deve ser entendida em si mesma, até porque ela assim considerada, não seria capaz de contrair direitos e obrigações; para o autor o que a faz ser apta ao reconhecimento no mundo jurídico, são os próprios indivíduos que a compõem, ou seja, o que se tem em foco ao tutelar a família, são os seres humanos que a organiza.⁴

Quando a lei se dispõe a proteger a entidade familiar, na verdade, pretende tutelar cada um dos indivíduos, nela inseridos. O próprio § 8º do artigo 226 da Constituição Federal é claro nesse sentido, isto é, o foco da proteção da instituição familiar é o próprio indivíduo.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º O Estado assegurará a **assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram**, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (grifo nosso).⁵

A Constituição de 1988 foi sem dúvida um marco extremamente significativo para o Direito de família. Com os novos parâmetros trazidos pela Constituição de 88, a família do novo milênio - ancorada na segurança constitucional – é igualitária (arts. 3º e 5º)⁶, democrática e plural, livre de preconceitos e distinções privilegiantes, protegido todo

³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38.

⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, Vol. 6, p. 20.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

e qualquer modelo de vivência afetiva forjado nos laços de solidariedade. Portanto, passam a ser reconhecidas as múltiplas formas constitutivas de família que sempre existiram, embora à margem dos ordenamentos jurídicos.⁷

Assim, de acordo com o Princípio do Pluralismo Familiar, foram reconhecidas expressamente, além do casamento, mais duas formas constitutivas de família, quais sejam: a união estável e a família monoparental, ou seja, onde há apenas a presença de um dos pais para educar os filhos. O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, como por exemplo, as famílias reconstituídas, famílias eudemonistas, sendo oportuno ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto. Trata-se da busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.⁸

Uma moderna corrente doutrinária, por exemplo, Maria Berenice Dias, José Ramos Boeira, Luiz Edson Fachin entende que, além das entidades familiares expressamente admitidas pelo texto constitucional, podem ser reconhecidas outras formas constitutivas de família, desde que estejam presentes os requisitos da estabilidade, convivência e afetividade, uma vez que o texto constitucional não menciona qualquer cláusula de exclusão. Tal corrente reconhece, portanto, a família fraterna (formada por irmãos solteiros), a família reconstituída e qualquer outra relação em que se evidenciem os requisitos mencionados.

É importante ressaltar que as famílias constituídas por essas formas devem ser tratadas de forma paritária, por terem em seu contexto a mesma dignidade, idêntica importância, sendo inadmissíveis, portanto, quaisquer discriminações.

A família patriarcal, hierarquizada e centrada no núcleo de reprodução, perdeu sua expressão de relevo no cenário jurídico. A essência da família já não é mais o seu objeto ou seus fins clássicos e ultrapassados, mas sim os elementos que a integram, qualquer que seja sua forma de constituição. O ser assume destaque, elevando a pessoa ao centro da

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, Vol. 6, p. 20.

cena jurídica, não sendo mais possível pensar em Direito de Família sem pensar em dignidade, igualdade, inclusão e cidadania. Consequentemente, é impróprio falar em ilegitimidade de famílias ou filhos na perspectiva de exclusão ou classificação pejorativa, merecendo todos integral proteção do Estado, como estampa o art.226 da Constituição.⁹

Outras mudanças se desvendaram no novel Texto Constitucional, dentre as quais a igualdade dentro da sociedade conjugal; os filhos, sejam havidos dentro ou fora do casamento, sejam adotados, passaram a ter o mesmo tratamento; e a família passou a ser encarada como seio de desenvolvimento da dignidade do homem.¹⁰

A complexidade é característica peculiar à família, consequência de uma verdade já estabelecida, da busca incessante do ser humano pela felicidade. De acordo com Venosa, o surgimento constante de novos conceitos e conjugações familiares exigem do operário do direito maior cuidado ao interpretar a lei, porque nem sempre se encontrará a regra aplicável ao caso — seja pela imprevisão do fato social, seja pela prescrição incompleta feita pelo legislador. Isso representaria um grave problema se vivêssemos em uma ordem jurídica estritamente positivista, segundo a qual, o fato não enquadrado nos limites legais, não logrará qualquer efeito.¹¹

Tepedino diz que ao se desvincular da estruturação familiar formal, a contemporaneidade permitiu compreender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso admitir que além da família fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade pós-moderna destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna.¹²

Para Tepedino a transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética, na

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 63.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, Vol. 6, p. 22.

¹² TEPEDINO, Gustavo. Op.cit.

afetividade e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se completem.¹³

Enfim, o conceito de família tem, através dos tempos, sofrido transformações juntamente com a sociedade. Tendo a família moderna como elemento primordial e norteador para sua formação e conceituação o afeto.

1.1 As entidades familiares reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com Venosa no direito civil e na tradição ocidental, a família não é considerada uma pessoa jurídica, uma vez que evidentemente lhe falta aptidão e capacidade para usufruir direitos e obrigações. Para o autor os direitos imateriais a ela ligados, (o nome, o poder familiar, a defesa da memória dos mortos), nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família. Com maior razão, da mesma forma se posicionam os direitos patrimoniais; os titulares serão sempre seus membros individualmente considerados.¹⁴

Partindo-se do postulado de Venosa, é possível argumentar afirmando-se que, então, não haveria necessidade de se reconhecer outras entidades familiares, tendo em vista que o direito já reconhece os direitos das pessoas de modo individual. No entanto, não é isso o que acontece, haja vista que uma coisa é reconhecer pura e simplesmente os direitos individuais, e outra é reconhecer direitos dos indivíduos inseridos em um ente coletivo, que sem sombra de dúvida, é muito mais protetivo, até porque existem institutos jurídicos que só podem ser pleiteados à luz de entes coletivos.

Sendo o objetivo do ordenamento jurídico, reconhecer a família, como forma de proteção do próprio indivíduo e da sociedade, o ideal é que fossem reconhecidas outras formas de família não delimitadas na lei, como por exemplo, as famílias reconstituídas, eudemonista, paralela, anaparental, entidades essas que só poderão se beneficiar de determinados institutos jurídicos, se reconhecidas como tal, isto é, como entidade familiar.

Reconhecida a importância dos princípios para o Direito de Família e, em especial, para o estudo das entidades familiares, é necessário que se faça a análise da

¹³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 64.

¹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol.6, p. 22.

diversidade deles, tais como: o da dignidade da pessoa humana, da afetividade, do pluralismo das entidades familiares e o da solidariedade.¹⁵

Embora o princípio da afetividade, não esteja previsto de forma expressa no ordenamento jurídico, a Constituição Federal ao estabelecer a pluralidade das entidades familiares, reconhece a afetividade como base da família. A afetividade, como elemento formador da família, deve se adaptar aos anseios do ser humano e acompanhar suas transformações.¹⁶

A Constituição Federal de 1988 elenca, de forma explícita, como entidades familiares o casamento, a união estável e a família monoparental. No entanto, a interpretação constitucional acerca do pluralismo familiar leva a crer que existem outras entidades familiares implícitas. Isto posto, é possível afirmar que o conceito de família é plural e abrange as entidades familiares especificadas no artigo 226 da Constituição Federal, bem como todas as entidades que possuam um vínculo afetivo e busquem objetivos de vida comuns.¹⁷

Até o início do século XX, segundo Rodrigues, o casamento era a única entidade formadora do núcleo familiar. Os matrimônios por vezes eram arranjos e, por consequência, o afeto não era um fator que unia as famílias. Levando por vezes, o homem ou a mulher a terem relacionamento extraconjugal. Desses relacionamentos, muitas vezes nasciam crianças que se fossem frutos de uma relação extraconjugal da mulher, eram sempre presumidos filhos de seu cônjuge. Já se a criança era fruto de um relacionamento extraconjugal por parte do homem, estes não tinham o direito de serem reconhecidos por seus genitores, sendo, portanto, rejeitados, chamados espúrios, ilegítimos, para que assim a ordem dentro do matrimônio antes estabelecido se mantivesse. Os espúrios eram marginalizados e diretamente diferenciados pela sociedade.¹⁸

O Casamento, previsto no § 1.º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988, é nas palavras de Silvio Rodrigues "[...] o contrato de direito de família que tem por fim

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, Vol. 6, p. 23.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009. "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

¹⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – direito de família**. 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, vol 6, p. 34.

promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”¹⁹. Pode ser definido como uma união sexual entre dois indivíduos adultos socialmente reconhecida e aprovada. Quando duas pessoas se tornam aparentadas, mas também o elo matrimonial conecta uma gama mais ampla de parentes (pais, irmãos, e outros parentes consanguíneos).

Verifica-se, em nossos dias, que o clássico conceito da indissolubilidade do matrimônio foi superado, seja pela evolução dos costumes como também pela falibilidade da expressão indissolúvel, que acabou por ensejar o surgimento da Lei N.º 6.515/1977 (Lei do Divórcio), que regulamentou a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal. Mais recentemente, o artigo 226 parágrafo 6º da Constituição Federal de 88 foi modificado pela Emenda Constitucional nº 66, que estabelece que o casamento civil (incluindo tanto o vínculo como a sociedade conjugal) poderá ser dissolvido por meio do divórcio, pondo fim assim, no sistema da separação judicial.²⁰

A União Estável é um instituto que consiste na união respeitável, não adúlterina nem incestuosa, a convivência contínua, duradoura e pública, entre homem e mulher, com objetivo de constituir família, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, sem impedimento matrimoniais, constituindo, assim, sua família de fato.²¹

Parafraseando Rodrigues a união estável, denominada em princípio de concubinato, não era reconhecida perante a lei. Durante muito tempo, o termo foi aplicado para as relações entre pessoas impedidas para o casamento e que, portanto, não poderiam constituir família. Posteriormente, a doutrina e a jurisprudência passaram a considerar que concubinato poderia ser considerado como toda e qualquer situação de relacionamento que não tinha o vínculo matrimonial, neste caso, a noção de concubinato envolvia também as relações de pessoas que não eram impedidas para o casamento, mas que simplesmente escolhiam viver em uma união sem casamento.²²

¹⁹ RODRIGUES, Silvío. **Direito civil – direito de família**. 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, vol 6, p. 34.

²⁰ SIMÃO, José Fernando. **A PEC do divórcio**: a emenda constitucional do casamento. Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 16 out. 2010.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

²² RODRIGUES, Silvío. Op.cit.

O Código Civil de 2002 não chegou a inovar ao tratar da união estável. Este instituto jurídico já era reconhecido pela própria Constituição (art. 226, § 3º), pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96 e, antes disso tudo, já era quase pacífico na jurisprudência essa possibilidade, como se vê, por exemplo, na súmula 380 do STF.²³

Família monoparental é a definida na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 226, §4º, como sendo a "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".²⁴

As famílias formadas por um dos pais e seus descendentes organizam-se tanto pela vontade de assumir a maternidade ou paternidade sem a participação do outro genitor, quanto por circunstâncias alheias à vontade humana, entre as quais a morte, a separação, o abandono. O exemplo típico é o das mães solteiras onde cada vez um número maior de mulheres vive só por opção, mas sem abrir mão da maternidade, até como forma de realização pessoal. Outra situação típica é a separação onde o pai assume a guarda dos filhos menores e a mãe conserva o direito de visita. Tais comportamentos se tornaram tão frequentes que mereceram a proteção do Estado como entidade familiar que são, por força do artigo 227, §6º da Constituição Federal também incluídos nessa categoria a mãe ou pai que vive só com seu filho adotivo.²⁵

Rodrigues diz que o Direito de Família é palco de diversidade e, por isso, possui como princípio norteador o pluralismo das entidades familiares, que busca através da presença da afetividade, a efetivação da dignidade da pessoa humana. A família plural, como se vê, compreende tanto as entidades familiares expressamente citadas na Constituição

²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 380. "Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009. "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

§ 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.

Federal, assim como as implícitas, abarcadas pela norma geral de inclusão prevista no art. 226, bem como pelo princípio da dignidade da pessoa humana.²⁶

No que tange ao Direito não pode ser diferente, haja vista que outros ramos do conhecimento há muito vêm constatando uma ampliação das formações familiares. Paulo Lôbo aponta que sob a perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise e da antropologia, dentre outros segmentos, mesmo antes da Constituição de 1988, outras formações familiares que não a decorrente do casamento já eram reconhecidas.²⁷

É do conhecimento público que o fato social precede a norma legal. E o que se pode constatar na sociedade brasileira é uma diversidade de formações familiares, decorrentes do exercício das liberdades públicas pelo cidadão (tabela 1 em anexo). O ordenamento jurídico não pode se omitir frente a essa realidade.²⁸

Na constituição familiar os atuais modelos não advêm obrigatoriamente do casamento. Com a constitucionalização do Direito de Família, a partir de 1988, com o advento da Carta da República, foi introduzido no âmbito do direito de família o direito à igualdade entre homem e mulher, bem como o direito à igualdade entre filhos de qualquer origem, além da adoção do princípio do pluralismo familiar, pelo qual a Constituição albergou expressamente dois novos modelos de agregação familiar, quais sejam, a união estável e a família monoparental, cujas previsões encontram-se, respectivamente, no artigo 226, § 3º e 4º, da Constituição Federal.²⁹

Diante dessas mudanças constitucionais, pode-se perceber sem dúvida, que o quadro do reconhecimento de entidades familiares foi substancialmente alterado; a história traçada pelo Código Civil para a família brasileira, e a Constituição Federal de 1988 na

²⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – direito de família**. 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, vol 6, p. 34.

²⁷ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

verdade, só cuidou atender a uma situação de fato já existente e que, todavia, não era reconhecida juridicamente.³⁰

Assim, passa-se a privilegiar o bem estar da pessoa humana, a promoção de sua felicidade, deixando-se em segundo plano as estruturas formais. A família passa a ser protegida, não mais como uma estrutura autônoma e superior, mas em razão de sua função social, que não é outra senão o desenvolvimento pessoal de seus integrantes, e não mais em razão da existência de um vínculo formal.³¹

Mesmo que se vejam significativos avanços, não se pode falar ainda em exercício efetivo da democracia no âmbito das relações familiares. É fato que a família, como dito anteriormente, passou por um processo de democratização, porém o processo, em sede de Direito de Família, é apenas democratizante, ou seja, ainda não se concretizou por completo.

Assim, pode-se concluir que toda e qualquer constituição familiar merece proteção e de acordo com a brilhante denominação de Maria Berenice Dias, hoje não se fala mais direito de família, mas sim, direito das famílias.³²

1.2 As famílias reconstituídas e o silêncio da legislação brasileira

Não diferente da união estável e da família monoparental, as famílias chamadas reconstituídas ou recompostas, também têm como elemento importante em sua estrutura a afetividade, onde o pai ou a mãe ou ambos que eram viúvos ou divorciados, se unem trazendo consigo filhos da primeira relação.

As famílias reconstituídas, por causa do grande índice de mortes até 1945 quando a segunda guerra mundial teve seu fim, eram derivadas principalmente de uniões que se extinguíam com a morte de um dos cônjuges, onde o cônjuge sobrevivente contraía novas núpcias. Já no momento no qual vivemos como se depreende do estudo feito pelo IBGE transcrito abaixo, as famílias reconstituídas derivam primordialmente das novas núpcias contraídas após o divórcio, de onde surgem novas relações, novos laços interpessoais entre enteado (a) e padrasto/madrasta e também entre meios-irmãos.

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

³¹ DIAS, M. B. **Manual do direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 44.

³² Ibidem.

Em 2007, embora tenham sido realizados 916.006 casamentos no Brasil, 2,9% a mais do que em 2006 (889.828), o número de dissoluções (soma dos divórcios diretos sem recurso e separações) chegou a 231.329, ou seja, para cada quatro casamentos foi registrada uma dissolução. Há exatamente 30 anos depois de instituído, o divórcio atingiu sua maior taxa na série mantida pelo IBGE desde 1984. Nesse período a taxa de divórcios teve crescimento superior a 200%, passando de 0,46%, em 1984, para 1,49%, em 2007. Em números absolutos os divórcios concedidos passaram de 30.847, em 1984, para 179.342 em 2007. Em 2006, o número de divórcios concedidos chegou a 160.848. O aumento do número de divórcios pode ser explicado não só pela mudança de comportamento na sociedade brasileira, mas também pela criação da Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que desburocratizou os procedimentos de separações e de divórcios consensuais, permitindo aos cônjuges realizarem a dissolução do casamento, através de escritura pública, em qualquer tabelionato do país.³³

Também aumentaram as uniões legais entre solteiros e divorciados. De 1995 para 2005, o percentual de mulheres solteiras que se casaram com homens divorciados passou de 4,1% para 6,2%, enquanto que o de mulheres divorciadas que se uniram legalmente com homens solteiros cresceu de 1,7% para 3,1%. Os casamentos entre cônjuges divorciados também aumentaram de 0,9% para 2,0% (tabela 2).³⁴

Trata-se, de uma estrutura familiar complexa, a qual envolve pessoas do primeiro casamento ou união estável e pessoas da nova união. É de fundamental importância para que se configure o reconhecimento da família reconstituída, que um ou ambos os cônjuges ou companheiros da segunda união já tenham uma filiação da relação preexistente.

Dá-se o nome de padrasto ou madrasta, ao novo cônjuge ou companheiro da mãe ou do pai natural, nomes estes que carregam consigo a fantasia de que se trata de pessoas más e sem nenhum afeto pelo enteado (a), fantasia esta que os desenhos, filmes e novelas retratam. Por isso, prefere-se batizar o novo cônjuge ou companheiro de pai afim ou mãe afim e o filho (a) do cônjuge ou companheiro de enteado.

O artigo 1595 do Código Civil de 2002 ao dispor: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo de afetividade”, estabelece um vínculo de parentesco por afetividade entre o pai ou a mãe afim com seu enteado (a). O

³³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatística do registro civil**. 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1278&id_pagina=1>. Acesso em: 07 set. 2009.

³⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Brasileiro se divorcia mais, mas volta a casar com maior frequência**. 2005. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=752>. Acesso em: 08 set. 2009.

mesmo artigo, em seu parágrafo 2º dispõe que esse vínculo de parentesco por afetividade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. Então, o pai ou a mãe afim e seu enteado são parentes em linha reta por afetividade³⁵.

Segundo Waldyr Grisard Filho, “a complexidade destas famílias está na ausência de normas e regras as quais se referir na vida cotidiana, que provocam um estado de isolamento social e jurídico”³⁶. Observa-se certa indiferença por parte do legislador, com relação a esse novo modelo de família que vem sendo formada com uma frequência cada vez maior não só no Brasil como em outros países. Como, por exemplo, nos revelou Waldyr Grisard Filho com base nos dados recolhidos pelo *Stepfamily Association of America* com relação à sociedade norte americana, a seguir exposto:

Nos Estados Unidos, cerca de 60% de todos os primeiros casamentos terminam em divórcio e cerca de 75% de todos os divorciados casa-se novamente. Destes, 65% tem filhos do primeiro casamento e, assim, dois de cada cinco menores de 18 anos se convertem em filhos afins. Conjecturas demográficas estimavam que na virada do século o número de crianças que se criam em famílias reconstituídas é superior aos que se criariam em famílias de primeiras núpcias.³⁷

Os integrantes dessa nova família por vezes não sabem ao certo como ou até onde agir, ou seja, dependendo do caso e do momento agem às cegas, por consequência da omissão e do silêncio do legislador.

Na família reconstituída cumprem-se as notas próprias desta era, a desregulamentação dos marcos estritos, o pluralismo familiar, a sobreposição de regras, a flexibilização das relações familiares e a prevalência da inclusão sobre a exclusão, o que implica reconhecer a não exclusividade das funções parentais.³⁸

As famílias reconstituídas carecem de uma legislação específica dos novos vínculos formados com a segunda união. Uma normatização dos direitos, das obrigações, do agir, dentro dessa estrutura complexa com multiplicidade de vínculos. Até aonde o pai ou a mãe afim detêm o poder familiar sobre seu enteado? Sendo que por vezes estes exercem a

³⁵ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74 e 192.

³⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92.

³⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: breve introdução ao seu estudo. In: GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.). Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 227 – 267.

³⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

guarda de fato, que também não está regulamentada, educando, sociabilizando, amando, dando aos que estão debaixo de sua cobertura o que em alguns casos nem mesmo o pai ou a mãe biológica o faz. É importante ressaltar, que o pai ou a mãe biológico não perdem o poder familiar sobre seu filho, no entanto, “[...] ao pai ou a mãe afim devem ser reconhecidas decisões e situações no interesse do filho/enteado”.³⁹

Parafraseando Grysard Filho baseando seu estudo na tendência da doutrina e da legislação estrangeira, verifica-se que a posição que o novo cônjuge ou companheiro irá ocupar dentro da nova família constituída, dependerá da existência ou não do outro genitor, ou ainda assim, dependerá de o quão presente o outro genitor é na vida de seu filho.

Se a nova família adveio de uma separação ou divórcio, o pai/mãe afim ocupará uma posição de complementaridade. Ou seja, terá a função de completar o trabalho realizado pelos genitores.

Em contrapartida, se a nova família teve sua origem em razão da morte de um dos genitores, o pai/mãe afim ocupará uma posição de substituição, melhor definida como *in loco parentis*. Neste caso, o pai/mãe afim tem uma participação mais ativa e a sua relação com o enteado é menos conflituosa.

Vários fatores influenciam em uma maior ou menor influência do novo cônjuge ou companheiro do genitor, como por exemplo, a idade do enteado, o nível social e econômico da família e até mesmo o país no qual as pessoas formadoras dessas novas famílias residem, pois dependendo do país, as famílias reconstituídas terão uma maior ou menor atenção dos legisladores.

No Brasil, o legislador ainda insiste em ignorar e se mantém silente em relação a esse novo modelo de família. Já no direito estrangeiro (por exemplo, Alemanha e Suíça), devido ao grande crescimento das famílias reconstituídas, há o reconhecimento da necessidade de criação de pelo menos uma legislação específica, sem deixar de resguardar o vínculo biológico, porém não se esquecendo do valor que o pai/mãe afim tem na sociabilização e desenvolvimento do enteado, não se esquecendo jamais o legislador de resguardar o melhor interesse do menor.

³⁹ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

O *Children Act* de 1989, em uma parte de seu texto tida por muitos como especial, dispõe àquele que é capaz de promover o bem estar da criança com a qual mantém um relacionamento, poder de em caráter de urgência tomar decisões em benefício da mesma. Inserindo-se o pai ou a mãe afim nesta categoria, mesmo se o filho afim conviva parcialmente com ele. É ainda, conferido ao pai ou mãe afim a faculdade de em juízo fazer pedido de compartilhamento da responsabilidade responsável com o pai biológico detentor da guarda. O caso será analisado levando-se em consideração o melhor interesse da criança. Se o pedido for deferido, será emitida uma *residence order*, permitindo que o pai ou mãe afim tome decisões a respeito do filho afim juntamente com seu cônjuge ou companheiro, trata-se enfim de uma responsabilidade compartilhada. É importante ressaltar, que a *residence order* não anula a responsabilidade e o direito que o outro pai ou mãe biológico tem sobre seu filho.

Pode-se verificar que no Brasil em 1981, em apelação cível, já foi deferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo uma *residence order* em favor do companheiro da mãe, motivando sua decisão no princípio do melhor interesse da criança, porém deixou bem claro que o pai biológico não perderia seus direitos com relação ao seu filho já que este não tinha seu “pátrio poder destituído ou suspenso e que a qualquer momento, se achasse conveniente poderia pleitear a medida judicial que achasse conveniente”. Dando a decisão ensejo a uma responsabilidade compartilhada.⁴⁰

No direito suíço, os pais afins que convivem com o menor desempenham o papel de pais de criação, neste papel eles atuam de forma a representar os pais biológicos no exercício de seu pátrio poder, a fim de atingir a finalidade das funções dos genitores do menor, “trata-se de uma assistência consultiva”⁴¹. Já na Alemanha, o genitor que detém a guarda, se achar razoável, é quem faz o pedido para que o pai ou mãe afim (desde que estejam casados) atue junto com ele no cuidar de seu filho, podendo a qualquer momento revogar esse pedido. Contudo, esse não é o pensamento majoritário, pois na maioria dos países o pai ou a mãe afim exerce um papel de um mero coadjuvante sem muitos direitos e responsabilidade.⁴²

⁴⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 132-139.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, os princípios constitucionais quer explícitos, quer implícitos foram elevados ao patamar de força normativa, deixando assim, de terem força meramente simbólica, ou seja, deixaram a posição secundária para se firmarem em posição essencial ⁴³.

O princípio será aplicado ao caso concreto segundo o entendimento interpretativo feito com equidade pelo magistrado, visando alcançar a justiça.

Dependendo do caso concreto analisado, o magistrado poderá se deparar com a colisão entre princípios, Paulo Lôbo deixa claro que não se trata de um princípio ser mais importante que o outro, mas sim em ser melhor aplicável ao caso hora em tela, nos ensina em seu livro Famílias que:

quando um entra em colisão com outro, para que um seja prevalecente, resolvendo-se a aparente antinomia, o caso concreto é que indicará a solução, mediante a utilização pelo intérprete do instrumento hermenêutico de ponderação dos valores em causa, ou do peso que o caso concreto provocar em cada princípio.⁴⁴

Essa merecida promoção dos princípios jurídicos ao status Constitucional, não traz consigo a intenção de mudar ou revogar as normas jurídicas, mas sim em inseri-las nas necessidades de uma sociedade e, por consequência, da família contemporânea que nos últimos anos tem passado por evoluções e reestruturas em sua mentalidade e assim, em sua formação. Portanto, o conteúdo das normas jurídicas através dos princípios se amoldam ao caso concreto, mister se faz entender que “a estabilidade jurídica comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequentes das regras jurídicas, ante ao advento de novos valores sociais”.⁴⁵

⁴³ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.34.

⁴⁴ *Ibidem*, p.35.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 36.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Este princípio é inerente a toda pessoa humana. Trata-se de um princípio fundamental, que embora tenha tido origem no Direito Privado, hodiernamente é um dos “pilares do Direito Público, na medida em que é o fundamento primeiro da ordem Constitucional e, portanto o vértice do Estado de Direito”.⁴⁶

Quando se fala em princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode deixar de mencionar a argumentação de Kant em relação à distinção entre valor humano e valor de um objeto. Para Kant, o homem é tão precioso que o seu valor é imensurável. A esta não mensurabilidade do valor humano dá-se o nome de dignidade. Por isso, que para Kant o homem não pode ser simplesmente substituído como se coisa fosse e, quando tal ser é posto em um mesmo nível junto com simples coisas está-se violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Pois, a um objeto qualquer, pela sua qualidade pode-se imputar-lhe um valor. Essa garantia é atribuída a todas as pessoas, sem nenhuma distinção ou discriminação. Vale ressaltar, que os Direitos Humanos têm sua gênese na dignidade da pessoa humana e intrínseco a estes está o Direito de Família.⁴⁷

Nas palavras de Paulo Lôbo:

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar. [...] Não é um direito apenas oponível ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. [...] Atualmente, a família converteu-se em locus de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. [...] A família, tutelada pela Constituição, desta funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram.⁴⁸

A dignidade é o núcleo dos valores existentes na constituição e o fator que pauta a defesa da família como instituição formadora da sociedade. Garante o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 94.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 95-99.

⁴⁸ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38-39.

2.2 Princípio da Liberdade às Relações de Família

O princípio da liberdade às relações familiares garante às pessoas a liberdade de escolher como irão constituir, administrar e extinguir a entidade familiar na qual sua família estará inserida. Sem que haja uma limitação ou imposição internas ou externas, seja da sociedade ou do legislador, sempre é claro, observando os limites da lei.

Esse princípio visa dar uma organização familiar mais democrática, afetiva, participativa e solidária. Quebrando assim, o autoritarismo da família que antes tinha o seu núcleo no patriarcalismo, onde os filhos e a mulher tinham um papel meramente secundário, sem nenhuma autonomia e liberdade. “Por outro lado, o princípio é violado em normas que restringem desarrazoavelmente a autonomia das pessoas, como se dá no artigo 1641,II, do Código Civil”.⁴⁹

O legislador ao instituir no art. 1641, II, do Código Civil 2002 que "é obrigatório o regime da separação de bens no casamento dos maiores de sessenta anos" afastou a primazia constitucional da igualdade. Tal dispositivo apresenta, no ordenamento jurídico brasileiro, total incoerência sistêmica, configurando-se totalmente incompatível com a Constituição Federal onde em seu art. 5º estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. O legislador de 2002, ao impor a obrigatoriedade do regime da separação de bens para os maiores de sessenta anos, criou uma distinção intolerável em nosso Ordenamento, posto que tal distinção baseou-se simplesmente no critério de idade, presumindo, equivocadamente, que o indivíduo maior de sessenta anos não é considerado apto para a livremente escolher o regime de bens, devendo o Estado, mediante inserção de norma coerciva no âmbito do Direito Privado, impor o regime a ser seguido pelos noivos.

É interessante observar que, em relação à união estável, não há qualquer vedação legal à comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo aplicado, salvo estipulação em contrário por contrato escrito entre os companheiros, o regime da separação parcial de bens, por força do que dispõe o art. 1725 do CC/02. A questão que se coloca é: porque privilegiar aquele maior de sessenta anos que livremente opta pela união estável podendo usufruir o regime da separação parcial de bens, em detrimento daquele que optou pelo vínculo jurídico do casamento?

⁴⁹ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

Não há dúvida de que a semelhança dos vínculos (união estável e casamento) não justifica tratamentos e consequências jurídicas tão diversas, sendo certo que a previsão do art. 1641, II do Código Civil fere o princípio da igualdade.

2.3 Princípio Jurídico da Afetividade

O princípio da afetividade é baseado nos vínculos afetivos. O afeto ganhou reconhecimento constitucional, ao ser a família formada pela união estável reconhecida como entidade familiar, entidade esta que se baseia no vínculo afetivo que um companheiro tem pelo outro. Na família contemporânea, a função afetiva desempenhada por cada ente familiar, e a posse do estado de filho levam os juristas cada dia a reconhecerem a importância deste vínculo no desenvolvimento das famílias bem como da sociedade, levando assim, o afeto a um nível jurídico.⁵⁰

A Constituição Federal demonstrou que “a forma como se apresenta a instituição familiar, não tem mais relevância, mas sim a formação de sólidos laços afetivos”.⁵¹

Não é mais possível sequer tentar ignorar ou tentar encobrir esse princípio, pois além de ter laços fortes com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, bem como com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, o princípio da afetividade já é uma verdade social e jurídica como se constata no Enunciado n. 103, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. Enunciado n. 108, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva. Enunciado n. 256, do Conselho da Justiça Federal,

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

⁵¹ MEDEIROS, Letícia Zanenga de. Paternidade socioafetiva. **Direito e justiça**. Rio de Janeiro, v.27, n. 25, p. 107-138, dez- jan. 2003.

aprovado na III Jornada de Direito Civil: a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.⁵²

Encontramos na doutrina de Paulo Lôbo que:

A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. [...] Não somente do casamento, mas de todas as entidades familiares e das relações de filiação.⁵³

O Paulo Lôbo aponta na Constituição a existência de quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, §6º, CF); a adoção como escolha manejada em virtude do afeto, dando ao adotado direitos iguais ao do filho biológico (art. 227, §§ 5º e 6º, da CF); e o reconhecimento e a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos (art. 226, §4º, CF) e, por fim, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF). Assim sendo, tais fundamentos são preponderantes na visualização do princípio da afetividade gravado no texto constitucional, ainda que de forma implícita, já que há não menção expressa da incidência desse princípio.⁵⁴

Toda pessoa humana tem direito ao estado de filiação, como prerrogativa contida no âmbito da disciplina jurídica das relações familiares, e essa constituição do estado de filiação pode se dar inclusive através do conhecimento da origem genética, se os laços de paternidade não se constituíram por via da afetividade.⁵⁵

2.4 Princípio da Convivência Familiar

É no seio familiar onde a personalidade e o caráter da pessoa dá seus primeiros passos, onde depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, o estado de espírito de todas as pessoas que a formam é estritamente importante para o desenvolvimento da mesma.⁵⁶

⁵² SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Família afetiva**: o afeto como formador de família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em: 9 ago. 2009.

⁵³ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

⁵⁴ LÔBO, Paulo. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, vol.16, p. 42.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 153.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

A Carta Magna trouxe em seu texto a convivência familiar como sendo um direito fundamental⁵⁷, porém Kátia Maciel em citação a Tarcisio José Martins Costa nos mostra que mais que um direito fundamental para uma criança, a convivência familiar trata-se de uma necessidade vital, sendo esta necessidade equiparada ao direito fundamental à vida⁵⁸. Encontramos esse princípio constitucional inserido nos artigos 4º e 16, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁹, bem como no artigo 9º, I, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

2.5 Princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse da criança está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que, diferentemente das famílias patriarcais, onde as crianças tinham um papel secundário e até mesmo irrelevante dentro das mesmas, onde serem tidas como apenas um objeto não eram dotadas de interesses ou direitos. Hoje, em face das mudanças sociais e normativas, o interesse da criança dentro da família ocupa o patamar primário, enquanto que o dos pais em relação a estes um patamar secundário⁶⁰, o que se pode constatar na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO - GUARDA E RESPONSABILIDADE - AVÓS MATERNOS - PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR - RECURSO PROVIDO.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente permite a atribuição da guarda do menor aos avós, uma vez constatado que essa situação atende aos interesses do infante.

2. Deve-se observar o **princípio do "melhor interesse da criança"**, consagrado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, segundo

⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009. Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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”.

⁵⁸ MACIEL, Kátia. **Direito fundamental à convivência familiar**. In: MACIEL, Kátia (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61 – 70.

⁵⁹ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Art. 16: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação”.

⁶⁰ MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 40 – 41.

o qual os **interesses do menor sobrepõem-se aos de outras pessoas ou instituições.** (grifo nosso)

3. Recurso provido. (20090110228140APC, Relator JOÃO MARIOSA, 3ª Turma Cível, julgado em 03/03/2010, DJ 23/03/2010 p. 121).⁶¹

O princípio ora referido insere-se em um “quadro” maior e mais complexo, o qual se denomina Doutrina da Proteção Integral, expressada no art. 1º do ECA onde dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, este quadro tem sua origem na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

A doutrina da proteção integral; estabeleceu novos paradigmas em relação à legislação destinada à população infanto-juvenil, pois, o Código de Menores, até então vigente, embasava-se na doutrina do “menor em situação irregular”, tal doutrina impunha aos menores uma série de condições para que a lei fosse aplicada considerando-os objetos de direito, seres destituídos de vontade própria dependentes, portanto, do arbítrio do magistrado, conhecedor nato das soluções mais adequadas a serem tomadas em relação a eles.

Hoje, as crianças e jovens são considerados sujeitos ativos do seu próprio destino e ganharam o direito de serem ouvidos sempre que possível a respeito de assuntos que possam afetá-los. O atendimento de necessidades bio-psico-sociais, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, expressos respectivamente nos artigos 4º e 6º do ECA, são importantes reflexos da proteção integral, pois esta é prioridade absoluta.

2.6 Princípio da solidariedade

A solidariedade é um sentimento que leva as pessoas a dar assistência umas as outras reciprocamente. Este sentimento cujo conteúdo é formado pela ética e pela moral, tem sua gênese na afetividade. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 levou a solidariedade ao nível de princípio jurídico constitucional.⁶²

A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da Constituição. No capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como

⁶¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Jurisprudência. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=61880,38981,1250&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 03 jun. 2010.

⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64.

entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art.226), à criança e ao adolescente (art.227) e às pessoas idosas (art.230).⁶³

Da pirâmide Kantiana, pode-se entender que a Constituição Federal brasileira por estar no topo abriga como um guarda chuva todas as outras legislações infraconstitucionais, tendo influencia sobre todas elas, como se vê, por exemplo, nos artigos 1511, 1694 e 1696 do Código Civil de 2002 a presença do princípio em discussão.

A solidariedade é um princípio fundamental, cuja importância é indiscutível para o desenvolvimento de uma família, e por consequência, de uma sociedade mais humana.

2.7 Princípio da igualdade e respeito à diferença

“A igualdade é a base fundamental do princípio republicano e da democracia”.⁶⁴

Esse princípio preceitua que tanto o legislador como os aplicadores da lei devem tratar os iguais igualmente e tratar os desiguais de forma desigual, na medida de suas igualdades e desigualdades com a devida razoabilidade.⁶⁵

No *caput*, do artigo 5º da Constituição Federal⁶⁶, encontramos o princípio da igualdade como sendo um direito fundamental do ser humano. Sem esse princípio não há dignidade e sem dignidade não há justiça.

[...] é a questão da justiça que permite pensar a igualdade. Na presença de vazios legais, o reconhecimento de direitos deve ser implementado pela identificação da semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia, que se funda no princípio da igualdade.⁶⁷

Trabalham junto, o princípio da igualdade e o respeito às diferenças e encontram-se respaldados tanto na Carta Magna do país como nas normas infraconstitucionais, como exemplo, pode-se citar o artigo 5º, inciso I, artigo 226, parágrafo

⁶³ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

⁶⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 115.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009. Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 62.

5º, artigo 227, parágrafo 6º, todos da Constituição Federal e o artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil.

O discurso da igualdade está intrinsecamente vinculado à cidadania, uma outra categoria da contemporaneidade, que pressupõe também o respeito a diferenças. Se todos são iguais perante a lei, todos estão incluídos no laço social. [...] Para isso devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças.⁶⁸

No que concerne ao direito das famílias, vale ressaltar que o princípio da igualdade encontrou repouso nos vínculos de filiação onde o artigo 227, parágrafo 6º da Carta Magna e o artigo 1.596 do Código Civil preceituam que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.⁶⁹

A partir da Constituição Federal de 1988, passou-se também a regulamentar a igualdade dos gêneros. Mostrando assim, mais uma vez, a superação do patriarcalismo, onde neste só o homem era detentor de direitos e autonomias dentro do seio familiar. Hodiernamente, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

2.8 Princípio do Pluralismo Familiar

A Constituição Federal de 1988 deu a luz a novos tipos de estruturas familiares, deixando assim, as instituições familiares advindas do casamento de ser a única entidade familiar a ser reconhecida pelo ordenamento brasileiro. O artigo 226 da Constituição trouxe também em seu bojo a união estável e a família monoparental como núcleos formadores da família.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5.10.1988, impulsionada pelas expressivas modificações do contexto político, econômico e social do País, tratou de forma mais pontual a família, provocando uma verdadeira revolução no Direito de Família. [...] Era imperioso que a norma constitucional entrasse em compasso com os fatos

⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 140.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 62.

sociais e sentidos axiológicos dados por seus destinatários, sob pena de nascer velha e tornar-se ineficaz.⁷⁰

Parafraseando Paulo Lôbo, a exclusão legislativa dos novos tipos de entidades familiares que encontramos ao estudarmos a sociedade moderna, está na interpretação da norma. Não só para Paulo Lôbo, mas doutrinadores corroboram com o seu entendimento de que o rol dos modelos familiares trazido no texto constitucional não é taxativo, mas meramente exemplificativo.⁷¹

Profundas alterações ocorreram nas relações políticas, sociais e econômicas, bem como mudanças dos costumes, isso repercutiu intensamente no universo da família contemporânea, que de uma família matrimonializada, hierarquizada e centralizada na figura masculina, passou para uma família plural, solidária e humanista. Os valores democráticos, no âmbito do direito brasileiro, se revelaram fundamentais nesta transição.

Ao empregar a terminologia pluralismo familiar, fica subentendido que esta foi empregada de forma proposital, com o intuito de demonstrar a existência de novas formas de família, todas merecedoras de tutela legal, optando por reconstruir as bases desse ramo do direito, debruçando-se sobre os novos questionamentos; visando senão uma solução efetiva, pelo menos um caminho propiciador de julgamentos mais justos e condizentes com a nova realidade.

⁷⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 164-165.

⁷¹ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Com a evolução da ciência, mais precisamente na engenharia genética, por meio do exame de DNA, possibilitou-se que as pessoas identificassem qual a sua origem genética. Essa evolução trouxe grande repercussão no mundo jurídico, forçando os magistrados a analisar os processos com um novo olhar no que concerne à identificação dos pais e mães biológicos. “No entanto, a filiação é, sobretudo, um direito que não deve ser considerado apenas em função do fator biológico”.⁷²

Após a Carta Constitucional de 1988, o vínculo biológico não é mais absoluto sobre o vínculo afetivo, fazendo surgir assim a filiação socioafetiva. “Passa a filiação, a não ser identificada somente pelo vínculo biológico, mas também pela presença do vínculo afetivo paterno-filial”⁷³. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu “o predomínio dos interesses afetivos em detrimento do patrimonial, não havendo mais a hierarquia de seus membros, mas, sim, o interesse na felicidade recíproca”, como se vê em seus artigos 226 e 230⁷⁴. Porém, não é intenção do legislador decretar o fim da biologização, mas sim finalmente normatizar um fato que há muito tempo a família brasileira tem vivido, que é a repersonalização das relações familiares.

A afetividade no âmbito da paternidade surge com a constante convivência e com o exercício recíproco de sentimentos entre pai(s) e filho(s). No nosso ordenamento encontramos que o pai deve exercer a paternidade responsável, com o educar, amar, sociabilizar, dar ao filho pelo menos as condições mínimas que uma pessoa necessita para viver com dignidade. Porém, em muitos casos concretos, nos deparamos com a verdade de que nem sempre o genitor é quem realmente exerce a paternidade responsável. Deparamo-nos, então, com o dito popular de que “pai é quem cria”. Segundo Letícia Zanenga de Medeiros:

⁷² JESUS, Rosirene Lacerda de. **Paternidade socioafetiva**. Dissertação (monografia) – Requisito para conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em direito civil e processo civil, Universidade Cândido Mendes, Brasília, 2008, p. 16.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai?**. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

⁷⁴ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: **Revista brasileira de direito de família**, v.4, n. 14, p. 128-173, jul./set., 2002.

O conceito de paternidade socioafetiva ressurgiu após a busca desenfreada pela paternidade biológica. Percebeu-se que não bastava ter um pai que reconhecesse a paternidade, era preciso um pai que de fato exercesse a paternidade.⁷⁵

A paternidade socioafetiva dá ao filho a estabilidade, o equilíbrio emocional “capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano”.⁷⁶

Neste sentido escreve Rosirene de Jesus:

A filiação ganha nova vertente, segundo a qual o ambiente social é capaz de assegurar ao filho, além do nome de família, afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial, que revela uma convivência paterno-filial identificada com a verdadeira paternidade, garantidora da estabilidade social.⁷⁷

A relação paterno-filial socioafetiva, é aquela que se constrói dia após dia na convivência entre pai e filho, ela é fruto da decisão do querer ser pai e do querer ser filho. Querer este, que nem sempre surge com a concepção ou o nascimento do filho, mas que surge do elo estabelecido no seio familiar.⁷⁸

Para que a filiação socioafetiva seja reconhecida, mister se faz a presença da posse do estado de filho. Essa é comprovada quando “alguém age como se fosse o filho, outrem como se fosse o pai, pouco importando a existência de laço biológico entre eles”.⁷⁹

Para Welter, três são os requisitos para que esteja caracterizada a posse do estado de filho:

A *nominatio*, que é o nome, é ter o filho o apelido do pai, a *tractatus* é ser tratado e educado como filho, a *reputatio* é ser tido e havido como filho na família e na sociedade em que vive. Isso significa que o nome é o uso constante do apelido (sobrenome) do pai afetivo; o tratamento decorre do filho ser criado, educado, tido e apresentado à sociedade como filho; a fama

⁷⁵ MEDEIROS, Letícia Zanenga de. Paternidade socioafetiva. **Direito e Justiça**. Rio de Janeiro, v.27, n. 25, p. 107-138, dez- jan. 2003.

⁷⁶ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: **Revista brasileiro de direito de família**, v.4, n. 14, p. 128-173, jul./set., 2002.

⁷⁷ JESUS, Rosirene Lacerda de. **Paternidade socioafetiva**. Dissertação (monografia) – Requisito para conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em direito civil e processo civil, Universidade Cândido Mendes, Brasília, 2008 *apud* BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de paternidade. Posse de estado de filho – Paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 16.

⁷⁸ ROCHA, Rafael Ferreira; OLIVEIRA, Gleick Meira. **Paternidade socioafetiva**: o afeto faz apelo à paternidade. Disponível em :< <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=451>>. Acesso em: 7 set. 2010.

⁷⁹ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Família afetiva**: o afeto como formador de família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em: 9 ago. 2009.

ou reputação é a circunstância de ser sempre considerado, na família e na sociedade como filho.⁸⁰

Ou seja, aquele intitulado como pai exerce a paternidade responsável perante a família e a sociedade.

Compartilha desse pensamento, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria Elza ao negar provimento a agravo de instrumento, em sede de ação de negatória de paternidade. Para o agravante, não poderia o magistrado de primeira instância ter determinado de ofício a averiguação da existência do elemento *tractatus* através de estudo social. Porém fundamenta a desembargadora, que os elementos *nominatio*, *tractatus* e *reputatio*, são indispensáveis para o reconhecimento da filiação socioafetiva no mundo jurídico:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DE FAMÍLIA. PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA. ESTUDO SOCIAL. PRODUÇÃO PROVA EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. Em nosso ordenamento jurídico a instrução probatória tem como destinatário o magistrado que, diante do caso litigioso, formará a sua convicção, devendo, para tanto, determinar as diligências úteis e refutar aquelas que se demonstrem protelatórias ou inúteis. Assim, conforme previsto no Código de Processo Civil, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo. Na filiação sócioafetiva devem estar presentes os elementos da posse de estado, quais sejam, o nomen, referente à utilização do nome de família, a tractatio, consistente na expressão da solidariedade afetiva entre os sujeitos e a reputatio ou fama, que, por sua vez, constitui o reconhecimento social. Destarte, imprescindível para o deslinde do processo a averiguação da existência ou não da tractatio, ou seja, da solidariedade afetiva entre os sujeitos, averiguação essa que deve ser atestada, dentre outros meios, através do estudo social. SÚMULA: NEGARAM PROVIMENTO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.07.691874-7/001.⁸¹

No que concerne à legislação brasileira, pode-se auferir que a posse do estado de filho está implicitamente inserido no ordenamento jurídico brasileiro, quando o dispositivo 1.605, inciso II do Código Civil de 2002, dispõe que na falta da Certidão de Nascimento ou, esta, contendo defeito, poderá a filiação ser provada quando se tiver

⁸⁰ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: **Revista brasileiro de direito de família**, v.4, n. 14, p. 128-173, jul./set., 2002.

⁸¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0024.07.69.1874-7/001. Relatora: Maria Elza. Belo Horizonte, MG, 08 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_proceso=691874&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=paternidade%20socioafetiva&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical>. Acesso em: 11 set. 2010.

verdadeiras presunções de fatos concretos comprovados “por qualquer modo admissível em direito”.⁸²

Ressalta-se que, no que concerne à posse do estado de filho, não se pode compará-lo à posse de direitos reais. Pois, esta última segundo a Teoria Objetiva de Savigny, possui como elementos indispensáveis o *corpus*, ter o proprietário a coisa em seu poder, e, o *animus*, que é à vontade exteriorizada do proprietário em ter a coisa como sua. Já segundo a Teoria Subjetiva de Ihering, para que a posse seja caracterizada, basta que o proprietário tenha o *corpus*, pois este elemento engloba o *animus* do proprietário. Percebe-se que, a comparação entre a posse do estado de filho e a posse dos direitos reais não deve prosperar. Segundo Belmiro Weber, este tipo de comparação estaria levando a coisificação do filho, sendo assim, um retrocesso da sociedade e da jurisprudência à época em que a estrutura da família era patriarcal, onde o pai detinha a propriedade do filho, assim como se tinha de uma coisa qualquer.⁸³

Conclui-se, portanto, que a posse do estado de filho, é um elemento valorizador da relação paterno-filial constituída na paternidade socioafetiva. Paternidade esta, que se baseia nos desejos de amar e ser amado, dar e receber, bem como, no querer ser pai e no querer ser filho não só na teoria como também na prática.

3.1 Investigação da paternidade socioafetiva

Antes de tudo, é importante citar que as espécies de filiação socioafetiva são: filiação afetiva na adoção judicial, filiação afetiva do filho de criação, filiação eudemonista e filiação socioafetiva na “adoção à brasileira”.⁸⁴

A adoção é o ato jurídico pelo qual um casal ou uma pessoa, traz para dentro de sua família por livre e espontânea vontade, alguém na condição de seu filho com o intuito de cuidar, zelar, educar, amar e sociabilizar. Salienta-se que, no momento em que a adoção é efetivada pela decisão judicial, os vínculos jurídicos que uniam o adotado e sua família biológica se extinguem por completo.

⁸² JESUS, Rosirene Lacerda de. **Paternidade socioafetiva**. Dissertação (monografia) – Requisito para conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em direito civil e processo civil, Universidade Cândido Mendes, Brasília, 2008, p. 16.

⁸³ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: **Revista brasileiro de direito de família**, v.4, n. 14, p. 128-173, jul./set., 2002.

⁸⁴ Ibidem.

Esse laço paterno – filial estabelecido por meio da adoção vai muito além de um vínculo jurídico, hereditário. Pois, essa relação é estabelecida pela simples vontade, escolha, opção de alguém em constituir uma família. Tendo assim, o afeto como fundação da relação familiar.⁸⁵

A filiação afetiva estabelecida com o filho de criação é aquela em que “mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança ou adolescente por mera opção, [...] (des)velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família”.⁸⁶

Segundo o dicionário da língua portuguesa Aurélio, eudemonismo é a felicidade de um indivíduo ou de uma coletividade, sendo esta considerada o fundamento de uma conduta humana boa quando vista sob o prisma da moral⁸⁷. Desse conceito, pode-se entender que a filiação eudemonista é aquela fundada na busca da felicidade, no amor, na solidariedade, ou seja, é aquela que tem no afeto o elemento determinante na união entre pais e filhos⁸⁸. Esse tipo de filiação se traduz, especificamente, quando um pai sabendo que o filho não é seu registra o filho de sua companheira.⁸⁹

Já a filiação que decorre da “adoção à brasileira”, se estabelece quando uma pessoa por vontade própria registra como seu filho de outrem. Sendo essa conduta, tipificada no Código Penal Brasileiro como crime (artigo 299, parágrafo único). Porém, segundo Weber, essa filiação é reconhecida quando se prova a posse do estado de filho, sendo, portanto, irrevogável.⁹⁰

Feito essas premissas, cabe agora, voltar os olhares para as discussões que hodiernamente, tem-se travado a cerca da possibilidade de o filho afetivo ter ou não o direito de entrar com ação de investigação de paternidade ou maternidade biológica.

⁸⁵ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 147 – 190.

⁸⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148 – 149.

⁸⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 592.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 52.

⁸⁹ WELTER, Belmiro Pedro. Op.cit., p.149 – 150.

⁹⁰ Ibidem, p. 150.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito⁹¹. Esse fundamento, por sua vez, traz como característica intrínseca sua, a garantia ao direito à identidade pessoal ao homem, que após a promulgação da referida Constituição, viu o seu bem estar ser o centro das atenções do Direito Civil – Constitucional.⁹²

A identidade pessoal é definida por Maria Christina Almeida, como aquela que “relaciona-se com as características pessoais do indivíduo, manifestando-se, nomeadamente, nas impressões digitais, no nome e no fato de aquele estar delimitado pelo corpo”⁹³. Essa característica íntima da pessoa liga-a de forma mediata ou imediata aos seus genitores, fazendo com que assim, surja o direito do indivíduo de saber qual a sua origem genética. Amoldando-se esse direito, ao que está disposto no artigo 1º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos, esta adotada pela Unesco, que em seu bojo, traz a origem genética diretamente ligada à dignidade da pessoa.⁹⁴

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina não reconheceu o direito do filho afetivo em investigar a sua paternidade biológica, fundamentando a sua decisão na ruptura de todos os vínculos do filho adotivo com a sua família biológica, ao ser efetivado o ato jurídico da adoção, por sentença jurídica. Pois, a adoção, para o Egrégio Tribunal, se “equivale, em termos gerais, ao renascimento do adotado no seio de uma outra família, apagado todo o seu passado”⁹⁵.

Com um posicionamento diferente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceu o direito do filho adotivo em buscar a verdade sobre a sua paternidade biológica. A decisão do Tribunal encontrou fundamentação na irrevogabilidade da filiação. Ora, se a filiação é irrevogável e da mesma forma a adoção, então, aquela deve sobrepor-se a esta, já que em alguns processos judiciais quando é concedido o direito de anular registro de

⁹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009. “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se como Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana”.

⁹² ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e o estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 93.

⁹³ Ibidem, p. 74.

⁹⁴ Ibidem, p. 77.

⁹⁵ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 177.

nascimento de pessoas registradas como filhos de terceiros, para que a filiação biológica seja estabelecida.⁹⁶

Para o STJ, a adoção é irrevogável, mas em seu entendimento, a concessão do direito a investigação de paternidade biológica ao filho adotivo em nada interfere na adoção. Estando o pensamento do Superior Tribunal de Justiça em sintonia com o artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim preceitua⁹⁷:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer a sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.⁹⁸

Há também, as discussões a cerca da investigação da paternidade socioafetiva, devido às grandes transformações na família contemporânea.

Observa-se que na ação de investigação de paternidade biológica, graças aos avanços da engenharia genética, dentre outras provas, possui o exame de DNA, como elemento probatório de grande valor. Já na ação de investigação de paternidade socioafetiva, tem-se considerado a posse do estado de filho como elemento principal no reconhecimento desse tipo de paternidade, isso graças à doutrina moderna e à jurisprudência. Pois, como dito anteriormente, o legislador não trata expressamente desse elemento nas normas do pátrio país e, nem tão pouco, há legislação específica pertinente ao assunto.

O que se pode auferir da atual legislação brasileira, a respeito da posse do estado de filho, são apenas presunções, que permitem ao menos entender que a posse do estado de filho está disposta de forma implícita nas normas hoje em vigor. Como resultado dessa omissão legislativa, cabe ao juiz estabelecer a presença ou não da posse do estado de filho de acordo com o caso concreto e, declarar o reconhecimento ou não da paternidade socioafetiva. Pois, segundo o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, cabe ao juiz na omissão da lei, julgar o caso concreto conforme a analogia, aos costumes e aos princípios

⁹⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 177.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 180.

⁹⁸ BRASIL. Lei N° 8.069, de 13 julho de 1990. **Vade Mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

gerais do direito. Visando sempre, atender os fins sociais da lei e às exigências do bem comum, completa o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 2002. Assim, contanto que o magistrado não entre em contradição com a lei e principalmente, com a norma Constitucional, poderá ele utilizando como recurso a hermenêutica, adaptar a legislação às necessidades atuais da sociedade e da família brasileira, sempre com olhos no bem comum.⁹⁹

Na Apelação Cível de nº 70005246897 da sétima Câmara Cível, o Tribunal do Rio Grande do Sul, deu provimento ao recurso por reconhecer que embora os dispositivos legais do Código Civil continuem os mesmos, estes não devem ter a mesma interpretação perpetuamente, entendendo que os valores da família atual são outros, valores estes que se fundam no afeto e, por isso, para que a ética da norma jurídica seja preservada, esta deve receber interpretação de acordo com o que se vive nos dias de hoje. Salienta ainda, que em face dessa nova base familiar, o vínculo afetivo no caso em epígrafe prevalece sobre o biológico, reconhecendo a posse do estado de filho como essencial a caracterização da paternidade socioafetiva e, por consequência, a declaração da sua existência.

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE QUE JÁ POSSUI PATERNIDADE CONSTANTE EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 362, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO AUTOR DO VOTO VENCEDOR. Os dispositivos legais continuam vigorando em sua literalidade, mas a interpretação deles não pode continuar sendo indefinidamente a mesma. A regra que se extrai da mesma norma não necessariamente deve permanecer igual ao longo do tempo. Embora a norma continue a mesma, a sua fundamentação ética, arejada pelos valores dos tempos atuais, passa a ser outra, e, por isso, a regra que se extrai dessa norma é também outra. Ocorre que a família nos dias que correm é informada pelo valor do AFETO. É a família eudemonista, em que a realização plena de seus integrantes passa a ser a razão e a justificação de existência desse núcleo. Daí o prestígio do aspecto afetivo da paternidade, que prepondera sobre o vínculo biológico, o que explica que a filiação seja vista muito mais como um fenômeno social do que genético. E é justamente essa nova perspectiva dos vínculos familiares que confere outra fundamentação ética à norma do art. 362 do Código Civil de 1916 (1614 do novo Código), transformando-a em regra diversa, que objetiva agora proteger a preservação da posse do estado de filho, expressão da paternidade socioafetiva. Posicionamento revisto para entender que esse prazo se aplica também à impugnação motivada da paternidade, de tal modo que, decorridos quatro anos desde a maioridade, não é mais possível desconstituir o vínculo constante no registro, e, por consequência, inviável se torna investigar a paternidade com relação a terceiro. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. (Apelação Cível Nº 70005246897,

⁹⁹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói:** o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 147 – 190.

Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 12/03/2003).¹⁰⁰

Nos autos da Apelação Cível de nº 70008795775, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferiu decisão reconhecendo a paternidade socioafetiva tendo como base mais uma vez a posse do estado de filho afetivo. Além disso, o Egrégio Tribunal ainda esclareceu que a sua decisão de reconhecer esse tipo de paternidade encontra respaldo nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, como se pode interpretar da ementa abaixo transcrita:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho", que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004).¹⁰¹

¹⁰⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70005246897*. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Rio Grande do Sul, 12 de março de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=99392&ano=2002>. Acesso em: 15 set. 2010.

¹⁰¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 7008795775*. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Rio Grande do Sul, 23 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=99392&ano=2002>. Acesso em: 15 set. 2010.

Conclui-se, portanto, que ao expandirem os horizontes da lei reconhecendo a paternidade socioafetiva, declarando a posse do estado de filho como elemento determinante e caracterizador dessa espécie de filiação, os magistrados têm estado tão somente em consonância com a Carta Magna deste país. Pois, suas decisões têm encontrado respaldo em princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana e, também, tem assegurado o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de toda criança e adolescente ver declarada a sua filiação, sendo assim, seu melhor interesse resguardado. Verifica-se, portanto, que a verdadeira paternidade, seja biológica, seja jurídica ou socioafetiva é aquela que traz consigo a posse do estado de filho, pois somente esta, traduz o verdadeiro sentido da paternidade, que se traduz por meio do afeto.

3.2 Direito do filho afetivo em acrescentar o sobrenome do pai afim

No ano de 2007, foi apresentado o Projeto de Lei 206/2007 pelo deputado Clodovil Hernandez, que mais tarde veio a se tornar Lei 11.924, promulgada em 17.04.2009, tendo como apoio o Projeto de Lei 5.560/2001 da deputada Nice Leão. Essa lei, mais conhecida como “Lei Clodovil”, acrescentou o parágrafo 8º ao artigo 57 da Lei de Registros Públicos, que permite ao enteado (a) acrescentar ao seu nome o sobrenome de seu padrasto ou madrasta com a anuência destes, desde que previamente autorizado pelo juiz, e, se, houver para essa atitude do enteado um motivo que tenha inerente a si determinada relevância.¹⁰²

Ante o disposto, percebe-se que cabe ao juiz diante do caso concreto analisar os motivos pelos quais o enteado (a) está tomando essa decisão e julgar se o sobrenome do padrasto ou madrasta deve ou não ser incorporado ao nome do enteado.

A Lei 11.924/09 nos reporta às famílias reconstituídas, famílias estas que são estruturadas por duas pessoas que estão unidas pelo casamento ou pela união estável, cujo elemento caracterizador desse tipo de família é um dos cônjuges ou companheiros trazer de uma relação anterior que se extinguiu em razão de divórcio, ou separação ou da morte do ex-cônjuge ou companheiro, filiação. Como já explanado antes, essa família tem como base de

¹⁰² PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **A socioafetividade e o cuidado**: o direito de acrescentar o sobrenome do padrasto. *In*: DIAS, Maria Berenice (Org.). Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 343 – 358.

seus relacionamentos a afetividade, “o cuidado, o compromisso e a responsabilidade falam mais alto em tal situação, nas relações familiares”.¹⁰³

O nome é um elemento caracterizador da pessoa, que o identifica e o individualiza no seio familiar e na sociedade. É um direito personalíssimo da pessoa e, por essa razão é indisponível, intransmissível e irrenunciável, como bem preceitua os artigos 11 e 16 do Código Civil brasileiro de 2002¹⁰⁴. Por justamente identificá-lo e individualizá-lo na sociedade que o nome não interessa somente ao seu detentor, mas também é de interesse da sociedade. E, por ser indisponível, não se trata de um direito de propriedade, pois, o indivíduo não pode trocar ou vender de forma livre, o seu nome como o faz de uma determinada coisa ou bem dos quais detém a posse e a propriedade.¹⁰⁵

A Lei em apreço tem como inspiração a socioafetividade na qual as famílias reconstituídas se pautam, tendo como finalidade integrar o filho do cônjuge ou companheiro na nova família na qual agora ele é parte e, que lhe despense afeto, cuidado e atenção. Porém, importante se faz, salientar que ao ser deferido o pedido do enteado para inserir o nome do padrasto ou da madrasta, o vínculo de filiação que aquele tem com seu pai ou mãe biológico não é extinto. Permanecendo em seu registro o nome de seus pais biológicos. Ou seja, o pai ou a mãe biológico não perde o poder familiar sobre o seu filho. Assim sendo, “o nome assim conquistado pela pessoa não lhe traz efeitos de ordem jurídico – patrimonial, nos campos da assistência alimentar, direito sucessório, direito previdenciário e outros. Continuam sujeitos a tais consequências os pais biológicos e registrários”.¹⁰⁶

Conclui-se, portanto, que a regra de imutabilidade do nome de uma pessoa é relativa, podendo esta, por exemplo, a possibilidade de uma pessoa inserir o prenome do padrasto ou da madrasta (com o qual detém um relacionamento de grande afetividade), ao seu

¹⁰³ PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **A socioafetividade e o cuidado**: o direito de crescer o sobrenome do padrasto. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 343 – 358.

¹⁰⁴ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002. Art.11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Euclides de. **Com afim e com afeto, fiz meu nome predileto – parentesco por afinidade gera afeto e direito ao nome do padrasto ou da madrasta**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 359 – 377.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 359 – 377.

nome. A legislação brasileira ao admitir essa possibilidade, está garantindo a ordem familiar e a dignidade da pessoa humana.

3.3 Guarda a luz da socioafetividade

Quando a relação estabelecida entre os cônjuges ou companheiros pelo casamento ou pela união estável é desfeita, isso não quer dizer que a relação filial entre os pais e os filhos também cessa. Nas normas anteriores à Constituição Federal de 1988, a questão de quem deteria a guarda da criança ou adolescente era motivo secundário em relação à separação de seus pais, porém com o advento da norma Constitucional de 88, os direitos e interesses da criança e do adolescente foram levados a um patamar de prioridade absoluta, garantindo a sua dignidade, o seu melhor interesse em detrimento aos interesses de seus pais em processo de separação e o seu direito em conviver com ambos os pais durante a relação conjugal e após esta se a mesma vier a se extinguir. Imputando assim, aos pais, ao Estado e à sociedade, o dever de proporcionar essa convivência familiar¹⁰⁷. Conforme preceitua o artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁰⁸

Entende-se por guarda, o convívio que a criança ou adolescente tem com seus pais sobre o mesmo teto, devendo seus pais no exercício do poder familiar lhes prestar até que atinja a capacidade civil, assistência material, física e psíquica para o seu pleno desenvolvimento como pessoa digna. Porém, quando o casal se separa, cabe ao pai guardião o exercício pleno da guarda, no caso de guarda unilateral ou, em se tratando de guarda compartilhada, ambos os pais exercerem os direitos e deveres da guarda inerentes ao desenvolvimento de seu filho.¹⁰⁹

A guarda unilateral é quando um dos pais se torna guardião exclusivo do seu filho. O juiz é quem atribuirá a guarda a um dos pais, após cuidadosa análise de qual desses pais tem a maior aptidão para resguardar o melhor interesse do filho, bem como, do grupo

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 168.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei N° 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade Mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰⁹ ROLF, Madaleno. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 209.

familiar ao qual a criança ou adolescente estará inserido quando estiver sobre o cuidado daquele declarado como guardião. Ressalta-se que no Brasil, não se adota o posicionamento de dar preferência da guarda a mãe da criança ou adolescente. Pois, se os julgadores adotarem esse tipo de posicionamento, estará infringindo o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges, disciplinado no artigo 226, parágrafo 5º da Magna Carta de 1988¹¹⁰, que determina que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.¹¹¹

Além disso, ao se escolher de forma preferencial a mulher, nem sempre o melhor interesse da criança ou adolescente estará sendo respeitado e, por consequência resguardado. Tendo como ótimo exemplo essa afirmação, o filme norte-americano “Kramer X Kramer”. Neste filme, o pai após ser abandonado pela esposa se depara com a realidade de ter que conciliar o seu trabalho (que sempre lhe exigiu muita atenção) com a criação e o cuidado de seu filho menor. Com o passar do tempo, pai e filho que não tinham nenhum laço afetivo, constroem uma relação de cuidado, convivência e amor. Porém, a mãe que havia abandonado filho e esposo, retorna e entra em juízo pleiteando a guarda do filho. Com o desenrolar do drama cinematográfico, fica bem claro que as decisões jurídicas daquela Corte, tinham como opção preferencial pela mãe, concedendo à senhora Kramer a guarda unilateral de seu filho. Contudo, a própria mãe se convence que pelo laço de afeto desenvolvido entre pai e filho, ela não era a melhor opção.

A guarda unilateral segundo o artigo 1.584, parágrafo 5º do Código Civil de 2002, estabelece que ao juiz é conferida a possibilidade de deferir a guarda a um terceiro, que tenha algum grau de parentesco com a criança e que tenha uma relação de afetividade com a criança ou adolescente, sempre que estiver convencido que esta decisão será a que melhor atenderá ao interesse da criança. Segundo Paulo Lôbo, “a afetividade deve gozar de preferência até mesmo em relação ao parente próximo”, pois a madrasta ou padrasto, por exemplo, podem ter um vínculo afetivo com a criança maior que um parente consanguíneo mais próximo.¹¹²

¹¹⁰ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

¹¹¹ BRASIL. Lei N° 8.069, de 13 julho de 1990. **Vade Mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹¹² LÔBO, Paulo. Op.cit., p. 174.

O outro lado da guarda unilateral é o direito à visita que o pai não guardião tem perante seu filho e o filho perante o pai com o qual não convive.

Parafraseando Boschi, a visita não deve ser conceitua e vista de um modo restrito que abranja a relação somente entre o pai biológico e o filho, mas a visita também deve ser vista e conceituada de uma forma mais ampla capaz de abranger além da relação pai – filho, a relação que a criança ou adolescente mantém com outros parentes e terceiros. Dessa forma, o autor conceitua visita, como sendo o direito que dá àqueles que detêm um vínculo afetivo com a criança ou adolescente a possibilidade “de manter a convivência quando esta for rompida”.¹¹³

Preconiza ainda o autor, que o direito de visita tem como finalidade manter o relacionamento afetivo entre o visitante e o visitado e, em se tratando dos pais, possibilitar a continuidade do exercício do poder de família, que como estabelece o artigo 1.632 do Código Civil de 2002, o poder familiar com a dissolução da relação dos pais, em nada se altera.¹¹⁴

Além do direito de visita e companhia, cabe ao pai a quem é dado esse direito exercer a fiscalização da manutenção e educação do filho que está sobre os cuidados do pai guardião, é o estabelecido pelo legislador no artigo 1.589 do Código Civil, com o intuito de mais uma vez, de garantir o melhor interesse do menor. Pois, se ao pai que foi concedido a guarda unilateral, não cumprir com o estabelecido pelo juiz, pode o outro entrar em juízo pleiteando a reversão da guarda.¹¹⁵

O ordenamento jurídico brasileiro também traz a possibilidade da guarda compartilhada. Nesta, o exercício do poder familiar sobre os filhos que antes era realizado em conjunto pelos pais na constância do casamento ou da união estável, permanece intacto quando a sociedade conjugal se extingue.

¹¹³ BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

¹¹⁴ Ibidem, p. 91.

¹¹⁵ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 175 – 177.

“A guarda compartilhada busca resgatar esse ambiente de harmonização e de co-participação e cooperação dos pais na educação e formação de seus filhos comuns, [...] e, deste modo, minimizar os efeitos negativos da separação dos pais”.¹¹⁶

Essa modalidade de guarda atende aos princípios constitucionais da igualdade entre o homem e a mulher, do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade, da solidariedade, da convivência familiar e comunitária. Pois, determina que os pais de forma igualitária e conjunta desempenhem o exercício da responsabilidade pela manutenção, formação e educação como garantia do desenvolvimento emocional, psíquico e moral do menor. Resguarda também aos pais e filhos o direito de conviverem constantemente, mantendo assim, o afeto entre eles e, por consequência, evitando facilitar a alienação parental. Cabe destacar que hoje no Brasil, dá-se sempre que possível preferência a guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, conforme se extrai do artigo 1.584, parágrafos 1º e 2º do Código Civil de 2002, ao estabelecer que na audiência de conciliação é obrigação do juiz informar sobre a guarda compartilhada e, não havendo consenso entre os pais a respeito de qual modalidade de guarda deve ser escolhida, sempre que possível o juiz estabelecerá a guarda compartilhada.¹¹⁷

Segundo Kelsen, uma norma só é válida, quando é criada tendo por base uma norma fundamental. Diz ainda, que a conduta humana só será objeto de investigação dos juristas, quando esta conduta estiver enquadrada no conteúdo de alguma norma¹¹⁸. Porém, no que concerne ao direito - dever do pai socioafetivo visitar ou até mesmo obter a guarda do filho de sua ex – mulher ou companheira, ainda não é conteúdo de nenhuma disposição normativa, por mais que nas sociedades hodiernas, já exista esse tipo de conflito, como por exemplo, no caso de dissolução da sociedade conjugal nas famílias reconstituídas.

Quando a família reconstituída se dissolve, deve-se verificar o melhor interesse da criança ou adolescente e a razão pela qual se deu a dissolução, para que seja tomada a melhor decisão sobre a guarda da criança ou adolescente, sobre o direito de visitas.

¹¹⁶ ROLF, Madaleno. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 210.

¹¹⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **A preferencialidade da guarda compartilhada de filhos em caso de separação dos pais**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 417 – 422.

¹¹⁸ GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. O direito de visitação do pai não-biológico. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 1, n.2, p. 95 – 102, abr./ jun. 2000 *apud* KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*.

O maior diferencial para a solução dessa problemática é sem dúvida, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.¹¹⁹

É importante ressaltar que o Decreto n° 99.710 de 21 de novembro de 1990, promulgou no pátrio país a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, dispondo no seu artigo 3,1: “1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.¹²⁰

O princípio do melhor interesse da criança deve ser analisado e aplicado segundo cada caso concreto. Pois, cada família em sua peculiaridade tem a sua identidade e o vínculo entre seus integrantes formados de forma distinta. Então, para se tomar a decisão sobre a guarda ou direito de visitas seja nas entidades familiares expressamente estabelecidas pelo Constituição, seja nas famílias reconstituídas, mister se faz destacar as palavras de Tânia Pereira:

Nessas controversas decisões, destacamos a necessidade de se levar em conta a pessoa com quem a criança, sobretudo aqueles de tenra idade, mantém laços mais fortes de afetividade e carinho, como resultado de atendimento diário a suas necessidades biofísicas e psicológicas.¹²¹

É de valia observar que o filho que antes ocupava um lugar secundário dentro da unidade familiar, hoje é o centro, levando em consideração o seu melhor interesse em busca da satisfação de seus direitos.¹²²

Então, como fica o direito de guarda ou visitas do pai ou mãe afim diante da dissolução da entidade familiar que este havia constituído com o genitor do filho afim? Tudo primeiramente vai girar em torno do melhor interesse da criança ou adolescente e da intensidade do vínculo afetivo estabelecido entre estes e o pai afim. Quando os pais biológicos por alguma razão estão impedidos ou perdem o poder familiar sobre seu(s) filho(s), pode o

¹¹⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 148.

¹²⁰ DECRETO N° 99710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/DEC157.html>. Acesso em: 11 nov. 2009.

¹²¹ PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares**. In: GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.). Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 207-217.

¹²² ROCHA, Rafaela Ferreira; OLIVEIRA, Gleick Meira. **Paternidade socioafetiva**: o afeto faz apelo à paternidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=451>>. Acesso em: 6 nov. 2009.

pai/mãe afim obter ordem judicial para o exercício da guarda. Já no caso em que ambos os genitores exercem normalmente o poder familiar há três vertentes: a) é estabelecida a guarda compartilhada se houver concordância de ambos, b) a guarda é dada ao pai/mãe afim ou c) ao pai ou mãe afim é dado o direito a vista ao seu filho afim.¹²³

Na jurisprudência, já se encontra posicionamento com relação ao direito do pai afim em visitar o filho afim (enteado), como se vê na decisão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nesta foi reconhecida a necessidade de se zelar pelo convívio entre a prole e o seu genitor como forma de “consolidação dos vínculos afetivos”, porém de igual importância é autorizar o pai afim a visitar o filho afim, pois estes conviveram durante anos, gerando por consequência entre eles o vínculo afetivo tão valioso.¹²⁴

Conclui-se por fim, que em qualquer tipo de entidade familiar, seja ela reconhecida expressamente pela lei ou não, diante de sua dissolução os olhos tanto do juiz como dos pais separados devem voltar-se totalmente para o bem estar da criança ou adolescente, afim de que se assegure e preserve com prioridade o melhor interesse do menor.

Visando justamente esse melhor interesse e a paz dentro do seio familiar, seria de grande valia, se o legislador brasileiro promulgasse uma legislação específica, como por exemplo, o Estatuto das Famílias, no qual tratasse em seu conteúdo das famílias com multiplicidade de vínculos, como as famílias reconstituídas, dispondo, segundo os princípios da atual Constituição brasileira, sobre os direitos e deveres do pai/mãe afim concernentes ao filho do seu cônjuge ou companheiro, bem como os direitos e deveres do enteado (a) perante o cônjuge ou companheiro de seu pai/mãe biológico, tanto durante a sociedade conjugal, quanto após a sua dissolução. Ressalta-se que já tramita no Congresso Nacional o PL nº 2285/07, que visa tentar superar os problemas ocasionados pelo Código Civil de 2002, devido a sua incompatibilidade com realidade das famílias que integram a sociedade moderna.¹²⁵

Como outra opção, solucionadora dos conflitos existentes dentro das famílias reconstituídas devido ao silêncio normativo, seria a promulgação de um novo Código

¹²³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 101, 102 e 139.

¹²⁴ ROLF, Madaleno. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 224.

¹²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Estatuto das famílias**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=356>>. Acesso em: 10 dez. 210.

Civil. Este sendo atualizado às novas estruturas familiares existentes na sociedade brasileira hodierna, código este de acordo com os princípios e conceitos consagrados na Constituição de 1988. Trazendo também em seus dispositivos a possibilidade de emissão da *residence order*, para que assim o pai afim ou a mãe afim possa exercer junto com o genitor de seu enteado uma responsabilidade compartilhada, de forma a garantir com plenitude o bem estar que toda criança e adolescente têm direito como ser humano digno.

CONCLUSÃO

A sociedade brasileira ao longo dos anos sofreu grandes transformações em sua mentalidade e, por consequência, no modo de se estruturar como família.

De uma mentalidade enraizada no patriarcalismo, onde somente o homem, era sujeito de direitos, sendo a mulher e sua prole meros objetos, e como tal, não tinham o direito de ir e vir, eram seres – objeto, incapazes, desprovidos de qualquer vontade, necessidade e sentimento no seio familiar. Nessa época, as normas legais só reconheciam o casamento como entidade familiar e, os filhos constituídos dentro desta, eram tidos como legítimos e o pátrio poder exercido sobre eles era de total autonomia do pai. Porém, os filhos concebidos por uma relação extramatrimonial eram vistos pela sociedade e disciplinados na legislação, como espúrios, ilegítimos, desprovidos de quaisquer direitos em face de seu genitor. Já os filhos concebidos pela mulher sempre estiveram sobre a sombra do instituto da presunção da paternidade.

Passados os anos de grandes transformações culturais e sociais, realizada a separação do vínculo entre a instituição matrimonial do caráter estritamente religioso e com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, o Estado ampliou o conceito de família, declarando como entidade familiar além daquele proveniente do casamento, as famílias construídas pela união estável e as construídas por um dos genitores e sua prole, denominadas famílias monoparentais.

A Constituição Federal de 1988, considerada a precursora do maior avanço legislativo de todos os tempos, trouxe em seu texto princípios norteadores da sociedade e, claro, da família, que inseriu dentre outras prerrogativas a isonomia entre o homem e a mulher, a igualdade entre os filhos, havidos ou não dentro do casamento, bem como os adotivos, vedando qualquer discriminação entre eles, levou a criança e o adolescente ao centro da relação familiar, tornando-o sujeito de direitos e garantias, com seu interesse resguardado e respeitado acima de todos os outros. Além de reconhecer, a afetividade como a fundação de grande valor de toda família.

É certo que com o advento da Carta Constitucional de 1988 houve um grande avanço na legislação, porém é fato que não avançamos o suficiente para regulamentarmos a paternidade que está acima da biológica e da jurídica, aquela que é a verdadeira paternidade, a chamada paternidade socioafetiva, que é a que se constrói no dia – a – dia, na convivência contínua e duradoura, no querer ser pai e no querer ser filho.

Vimos a partir da conceituação e entendimento do que são as famílias reconstituídas, que estas que detém uma pluralidade de vínculos, são hoje uma realidade em vários países, mas no entanto carecem de, primeiramente, um nome específico que as determine. São chamadas de famílias reconstituídas, recompostas, ensambladas, segundas núpcias. Essa pluralidade de nomes dado a essas famílias é mais um indício de que há resistência em aceitá-las como estrutura/entidade familiar. Porém, é certo que esta estrutura contemporânea existe e é formada por cônjuges ou companheiros onde ao menos um deles traz consigo filiação da relação anteriormente existente. Diz-se que esta estrutura familiar é complexa, pelo fato de trazerem em seu bojo uma multiplicidade de vínculos, decorre dessa multiplicidade, a ambiguidade de funções dentro da nova família.

Especificamente no Brasil, a formação das famílias reconstituídas tem demonstrado um constante crescimento, devido à facilidade em se constituir o divórcio.

O legislador brasileiro, na Constituição Federal de 1988 ao elevar a união estável e a família monoparental ao *status* de entidades formadoras do núcleo familiar, reconheceu a afetividade como elemento de suma importância nos vínculos interpessoais dentro da família. Já que as “novas” entidades familiares reconhecidas na Carta mor do país tem a sua fundação na afetividade, porque o legislador ainda teima em não querer ver, entender e disciplinar as condutas das famílias reconstituídas, que até os dias atuais vem atuando às cegas, devido a falta de direcionamento por parte daqueles que com base nas necessidades da sociedade formula leis?

É exatamente essa omissão normativa que dificulta por vezes o relacionamento entre pais afins e seus enteados. Pois, é certo que aos pais afins não é conferido o poder familiar sobre os filhos de seu cônjuge ou companheiro, porque a autoridade parental cabe a ambos os pais em igualdade de condições. Porém, nem sempre o

genitor da criança ou adolescente é quem exerce a função social da paternidade, assumindo os deveres e obrigações que a paternidade traz consigo.

A paternidade ultrapassa as fronteiras da genética, representando a base que todo ser humano precisa para ter um pleno desenvolvimento moral, psicológico e social. Sendo o vínculo estabelecido entre a criança ou adolescente dentro do convívio familiar fator determinante para o estabelecimento da guarda ou para sua manutenção no lugar onde satisfaz todas as suas necessidades de forma prioritária.

Por mais que a legislação do pátrio país não disponha expressamente os direitos sobre guarda ou visita dos pais afins, segundo o artigo 227 da Constituição Federal, é dever não só da família, como da sociedade e do Estado priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Sendo assim, verificou-se que o melhor interesse da criança está com aquele quem detém a posse do estado de filho, demonstrando que por mais que a posse do estado de filho e a família socioafetiva não estejam regulamentadas expressamente nos dispositivos normativos da legislação brasileira, os julgadores para atender as demandas da realidade social têm tomado a posse do estado de filho como elemento determinante da paternidade e essencial para o reconhecimento da filiação. Pois, é aí que está o melhor interesse do menor, no seio familiar em que este recebe a condição psicológica, física, moral e afetiva que lhe proporciona um desenvolvimento digno.

Concluimos, finalmente, que o relacionamento socioafetivo entre pais e filhos é fundamental para se determinar a verdadeira paternidade e, fundamental para determinar a guarda ou o direito de visita após a dissolução do casamento ou da união estável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christinade. **DNA e o estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei N° 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 16 out. 2010.

BRASIL. Lei N° 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade Mecum**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 380**. Comprovada existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 16 out. 2010.

DECRETO N° 99710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em:<http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/DEC157.html>. Acesso em: 11 nov. 2009.

DIAS, M. B. **Manual do direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai?**. Disponível em:<<http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **A preferencialidade da guarda compartilhada de filhos em caso de separação dos pais**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo**. In: GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. O direito de visitação do pai não-biológico. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 1, n.2, abr./ jun. 2000 *apud* KELSEN, Hans. Teoria Pura do direito.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **A importância dos princípios específicos do direito das famílias**, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=615>>. Acesso em: 09 jun. 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Brasileiro se divorcia mais, mas volta a casar com maior frequência**. 2005. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=752>. Acesso em: 08 set. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatística do registro civil**. 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1278&id_pagina=1>. Acesso em: 07 set. 2009.

JESUS, Rosirene Lacerda de. **Paternidade socioafetiva**. Dissertação (monografia) – Requisito para conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em direito civil e processo civil, Universidade Cândido Mendes, Brasília, 2008.

LÔBO, Paulo. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, vol. 16.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACIEL, Kátia. **Direito fundamental à convivência familiar**. In: MACIEL, Kátia (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey.

MEDEIROS, Letícia Zanenga de. Paternidade socioafetiva. **Direito e justiça**. Rio de Janeiro, v.27, n. 25, dez- jan. 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0024.07.69.1874-7/001. Relatora: Maria Elza. Belo Horizonte, MG, 08 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=691874&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=paternidade%20socioafetiva&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical>. Acesso em: 11 set. 2010.

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

OLIVEIRA, Euclides de. **Com afim e com afeto, fiz meu nome predileto – parentesco por afinidade gera afeto e direito ao nome do padrasto ou da madrasta**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares**. In: GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.). Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **A socioafetividade e o cuidado**: o direito de acrescer o sobrenome do padrasto. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 343 – 358.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70005246897*. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Rio Grande do Sul, 12 de março de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=99392&ano=2002>. Acesso em: 15 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 7008795775*. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Rio Grande do Sul, 23 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=99392&ano=2002>. Acesso em: 15 set. 2010.

ROCHA, Rafael Ferreira; OLIVEIRA, Gleick Meira. **Paternidade socioafetiva: o afeto faz apelo à paternidade**. Disponível em :<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=451>>. Acesso em: 7 set. 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – direito de família**. 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, vol 6.

ROLF, Madaleno. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Família afetiva: o afeto como formador de família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em: 9 ago. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Jurisprudência. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=61880,38981,1250&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 03 jun. 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, Vol. 6.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *In: Revista brasileira de direito de família*, v.4, n. 14, jul./set., 2002.

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

ANEXOS

TABELA 1: Distribuição das famílias por tipo e a situação do domicílio, segundo as classes de tamanho da população dos municípios do Brasil – 2000.

Classes de tamanho da população dos municípios	Unipessoal	2 ou + pessoas sem parentesco	Casal sem filhos	Casal com filhos (1)	Mulher sem cônjuge com filhos	Casal com filhos (2)	Outras modalidades
Até 20.000	8,0	0,1	15,3	57,3	10,1	1,5	7,5
De 20.001 até 100.000	7,6	0,1	15,1	55,3	11,8	2,3	7,7
De 100.000 até 500.000	8,1	0,2	15,6	52,2	13,2	3,3	7,4
Mais de 500.000	9,5	0,4	16,1	46,4	14,4	4,2	9,0
Total	8,3	0,2	15,6	52,4	12,6	3,0	7,9

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000. Nota: Casal com filhos (1) = responsável do sexo masculino. Casal com filhos (2) = responsável do sexo feminino.

TABELA 2:

Tabela 11 - Proporção de Casamentos por Estado Civil da Mulher e do Homem			
Estado civil da mulher	Estado civil do homem	1995	2005
		Solteira Solteira Solteira Viúva Viúva Viúva Divorciada Divorciada Divorciada	Solteiro Viúvo Divorciado Solteiro Viúvo Divorciado Solteiro Viúvo Divorciado

Fonte: IBGE - Estatísticas do Registro Civil