

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: HIPÓTESES EM QUE A AFETIVIDADE PODE SER FATOR DETERMINANTE DA FILIAÇÃO

MEMBERSHIP SOCIOAFETIVA: CASES IN WHICH THE AFFECTIVITY CAN BE CRUCIAL FACTOR OF MEMBERSHIP

Leandro Barasuol Daltrozo
Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunidas - FESAR

Resumo: Os filhos sofreram profunda discriminação no decorrer da história, sendo necessário diversas alterações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro no intuito de eliminar as diferenciações que existiam quanto à origem dos filhos, e dar tratamento igualitário aos mesmos. Os princípios constitucionais contribuíram na determinação do tratamento isonômico a ser dispensado aos filhos independente de suas origens. Buscando analisar a filiação socioafetiva em especial, foram abordados os elementos necessários para a caracterização desta espécie de parentalidade. Examinamos situações em que se pode verificar o afeto como fator decisivo na determinação da filiação.

Palavras-chave: Filiação socioafetiva; filho; parentalidade.

Abstract: The children suffer deep discrimination throughout history, requiring a number of legislative changes in Brazilian law in order to eliminate the differences that existed as to the origin of the children, and give equal treatment to them. The constitutional principles contributed to the determination of equal treatment to be accorded to children regardless of their origins. Trying to analyze the socio-affective affiliation in particular the elements required to define this kind of parenting were addressed. We examine situations where we can see the affection as a decisive factor in determining membership.

Keywords: socio-affective Membership. Son. Parenting.

Introdução

No passado o ordenamento jurídico limitava a família a um conceito fechado, que era aquela formada por um homem e uma mulher unidos pelo matrimônio, o que conseqüentemente interferia na vida dos filhos, visto que só eram reconhecidos aqueles que descendiam do vínculo conjugal. Com advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a reconhecer a igualdade de direitos dos filhos havidos ou não das relações matrimoniais. A partir do momento em que a Constituição passou a reconhecer como entidade familiar à união estável, mudou-se todo o conceito de família que, a priori, se sustentava no casamento entre homem e mulher; passando a reconhecer a convivência entre duas pessoas de maneira reiterada, decorrente do tempo e da existência de um vínculo de afetividade. Ou seja, o legislador voltou os olhos para as relações fundadas no afeto.

Como consequência desses acontecimentos, modificou-se também o conceito de família, em relação aos pais e filhos, passando a surgir indagações e demandas nos tribunais, sobre o que prevalece entre a verdade biológica e a relação afetiva. O afeto deixa de ser visto como uma exteriorização do sentimento humano, para tornar-se pressuposto jurídico capaz de determinar o parentesco, tendo a dignidade da pessoa humana como valor maior.

Tendo em vista a possibilidade de a condição afetiva superar a condição biológica em algumas relações paterno-materno-filial, chegamos a seguinte indagação: Em quais hipóteses o vínculo afetivo pode se sobrepor ao vínculo biológico, tornando-se fator determinante do estado de filiação? Nosso objetivo foi identificar situações em que afetividade é vista como fator relevante capaz de determinar a relação de parentesco paterno-materno-filial.

Contexto histórico da filiação

A família sofreu diversas modificações com o passar da história, em especial na esfera jurídica e principalmente no que diz respeito à “filiação”, chegando ao ponto de ocorrer conflitos entre os vínculos biológicos e os afetivos, fazendo surgir situações de prevalência do afeto sobre o fator

sanguíneo, em decorrência do princípio da dignidade humana. O Código Civil Brasileiro de 1916 estabelecia classificações discriminatórias para os filhos, sendo que o critério determinante era se a prole havia sido gerada dentro ou fora do casamento. Essa classificação visava à preservação da família e do patrimônio pertencente a esta, “fazendo uso de terminologia plena de discriminação os filhos se classificavam em legítimos, legitimados e ilegítimos” (DIAS, 2010, p. 350), os ilegítimos se subdividiam em incestuosos e adúlteros e não podiam ser reconhecidos por vedação expressa no código civil de 1916 (art. 358).

Com a promulgação do Decreto Lei 4.737, de 24 de setembro de 1942 a filiação começou a tomar um novo rumo, tendo em vista que trouxe a possibilidade de após ter dissolvido a sociedade conjugal pelo “desquite”, tornava-se possível o reconhecimento dos filhos adúlteros. Com advento da Lei 883/49 surgiu a possibilidade de que dissolvida a sociedade conjugal qualquer dos cônjuges poderia reconhecer os filhos havidos fora do casamento, e ao filho era possível propor ação de reconhecimento da filiação.

Em 26 de dezembro de 1977, a dissolução da sociedade conjugal passou a ser regulada pela Lei 6.515, o que vigora até os dias atuais. Esta lei no parágrafo único do artigo 14 estabelece que os filhos comuns do casal consideram-se legítimos, mesmo que o casamento seja nulo ou anulável, ainda que não seja contraído de boa fé.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 passou a vigorar no Brasil uma visão constitucionalizada do direito de família, baseada na dignidade da pessoa humana, na afetividade, onde homem e mulher tornam-se detentores de direitos isonômicos. “O contorno do modelo patriarcal e hierarquizado de família, com sua dimensão transpessoal, dá lugar a um novo modelo igualitário e fundado no afeto” (FACHIN, 2012, p. 10).

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos constitucionais previsto no artigo 1º, inciso III da Carta Magna, se permitiu dar tratamento igualitário aos filhos, independentemente de suas origens. Por este princípio fundamental limitou-se a atuação do Estado, garantindo a promoção da dignidade humana, proibindo qualquer forma de discriminação entre os filhos conforme previsão no parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) trouxe no artigo 26 os meios de reconhecimento dos filhos, independente da origem de filiação. Essa lei inovou o instituto da filiação, tanto que alguns de seus dispositivos foram posteriormente reiterados pelo Código Civil de 2002 nos artigos 1.609 e 1.614.

Logo após foi sancionada a Lei 8.560/92 que possibilitou à investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento, às formas de reconhecimento e o caráter irrevogável do reconhecimento. Os artigos 5º e 6º proibiram que na certidão de nascimento constasse qualquer menção à natureza da filiação. No artigo 10 revogou expressamente os artigos 332, 337 e 347 do Código Civil de 1916. Esses artigos previam as classificações legítimo e ilegítimo. Já no ano de 2002 passou a vigorar no País o Código Civil atual, que reproduziu no artigo 1.596 o princípio da igualdade entre os filhos disposto no parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. No entanto, apesar de reafirmar a previsão constitucional que prevê a erradicação de qualquer tipo de discriminação, o legislador optou por manter no código vigente previsões discriminatórias do ordenamento anterior para os fins de reconhecimento formal de paternidade e maternidade, que não se coadunam com dias atuais como bem acentua Maria Berenice Dias (2010):

O grande avanço foi repetir a lei civil (CC 1.596) a regra da igualdade posta na Constituição (CF 227 § 6º). Contudo, logo em seguida, o legislador retroage cem anos e reproduz institutos já totalmente ultrapassados. Quando trata da filiação, refere-se exclusivamente aos filhos havidos no casamento e acaba por definir a paternidade com base em presunções. A filiação matrimonial decorre de uma ficção jurídica. Em face da presunção *pater is est*, o pai sempre é o marido da mãe. Até os filhos frutos de inseminação artificial, por concepção heteróloga, gozam da condição de filho por mera deliberação legislativa. Já a paternidade do filho extramatrimonial se opera via reconhecimento voluntário ou por sentença judicial,

prolatada na ação de investigação que afirmar a paternidade biológica. O que estabelece o parentesco entre pai e mãe não casados e o filho é o ato de reconhecimento (DIAS, 2010, p. 372).

O atual Código diferencia o reconhecimento dos filhos havidos dentro, e fora do casamento, “enquanto a filiação matrimonial decorre de uma presunção jurídica, a filiação extramatrimonial é materializada por meio do reconhecimento de filhos, por ato voluntário ou por decisão judicial” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 628), persiste no Código de Reale uma classificação quantos aos filhos que podem ser “matrimoniais” ou “extramatrimoniais”.

No código anterior a presunção incidia única e exclusivamente nas filiações decorrentes de fecundação sexual conforme artigo 377. No entanto o novo ordenamento mantendo a filiação oriunda da relação sexual (artigo 1.597, incisos I e II), achou por melhor ampliar o alcance da presunção, aquelas oriundas de fecundação artificial assistida nos incisos III, IV e V do supracitado dispositivo. “Fechando os olhos para a realidade da certeza, quase absoluta, na determinação do estado de filiação, o Código Civil de 2002, então, garantiu o prestígio e importância de um sistema de presunções mais antigo do que a nossa civilização, marcado pela ampla possibilidade de erros e injustiças” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 593).

O artigo 1.597 do Código Civil de 2002 manteve-se em uma visão arcaica baseada em presunções, onde o que se buscava era a preservação do casamento e do patrimônio, sem levar em conta a dignidade humana, ignorando os avanços da ciência (exame de DNA), o que garante um grau de certeza quase que absoluto quanto à origem genética. Outro ponto interessante é o relacionado ao fato dos filhos nascidos de mulheres que vivem em união estável, que se for analisado pela letra fria da lei não gozam da presunção de paternidade, mesmo com o constituinte garantindo tratamento adequado e equiparado a qualquer outra entidade familiar (§3º do art. 226 CF/88), o artigo 1.597 do Código Civil não permitiu recair a presunção de paternidade fora da relação de matrimônio.

Para Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz, “as presunções de paternidade estabelecida no Código Civil também se aplicam às uniões estáveis, reconhecidas entidades familiares e não hierarquicamente inferiores ao casamento” (FERRAZ apud FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 594). Esse foi o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1194059-SP, ao qual trazemos um pequeno trecho:

Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, § 3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável. VII - Recurso especial provido. (STJ, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA).

Esse também é o entendimento de Maria Berenice Dias, ao enfatizar que: “havendo prova pré-constituída da união, como decisão judicial declarando sua vigência no período coincidente com a época da concepção, é imperioso admitir dita presunção” (DIAS, 2010, p. 373).

Na busca de se adaptar a constante evolução social o instituto da filiação sofreu várias alterações, no intuito de minimizar as desigualdades, que martirizam os filhos desde os primórdios da evolução humana. Neste sentido, é indiscutível a necessidade de destinarmos tutela igualitária às relações fundadas no afeto e biológicas, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988, não faz qualquer menção quanto a distinções entre as relações afetivas e consanguíneas.

Princípios norteadores da filiação socioafetiva

O poder patriarcal perdeu força com o advento da Constituição Federal de 1988, e trouxe como um de seus fundamentos o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), dando origem a mais uma leva de princípios, proporcionando tratamento igualitário, proibindo qualquer forma de discriminação e preconceito, e assim, limitando as interferências do

Estado na família. “Família e Constituição, no Brasil contemporâneo, ligam-se necessariamente após a promulgação de 05.10.1988, rompendo o sistema clássico que deferia ao Código Civil lugar privilegiado na disciplina jurídica do tema” (FACHIN apud CARVALHO, 2012, p. 45).

Com o surgimento novas entidades familiares legalmente reconhecidas pela Constituição Federal, como as famílias monogâmicas, mosaico e união estável, veio à tona com grande intensidade a figura da filiação socioafetiva, onde pessoas sem nenhum vínculo biológico que os ligam passam a se relacionar como pai e filho, devido a um liame afetivo. No atual Direito Civil voltado para uma visão constitucionalista, os princípios tornam-se fundamentos essenciais na formação e interpretação das normas inerentes a filiação socioafetiva.

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana tornou-se o alicerce, a base, de todo nosso ordenamento jurídico, pois prega o desenvolvimento social e a proteção do homem. Contudo, não é nada fácil determinar o significado de tal princípio, tratando-se de tarefa das mais complexas a sua definição, podendo surgir diversas interpretações. “Por certo que é difícil à concretização exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações” (TARTUCE, p. 25, 2014).

Com base nesse fundamento constitucional de dignidade humana, previsto no art. 1º, III da CF/88, as relações familiares fundadas no afeto passaram a ser vistas com outros olhos pela sociedade, ganhando a tutela jurídica do Estado.

Outro princípio de relevante importância é o da igualdade absoluta entre os filhos (227, § 6º da CF), por ele, pode-se extrair que independente do filho ser fruto da relação de matrimônio ou não, será merecedor da tutela constitucional igualitária, uma vez que com base na dignidade da pessoa humana, o fator determinante para caracterizar o vínculo paterno-filial é o “afeto” criado entre pai, mãe e filho. “*Todo ser que nasce é simplesmente filho*, ficando as qualificações ilegítimo, adulterino, espúrio, incestuoso, decididamente repelidas, em consonância com o texto constitucional” (LEITE apud CARVALHO, 2012, p.53).

Pelo que dispõe o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, como é o caso do direito do estado de filiação.

Pautado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (227 caput, CF), foi editada a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 (ECA), no intuito de assegurar todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, garantindo a criança e ao adolescente proteção integral, sempre buscando resguardar o melhor interesse dos mesmos, “o juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação” (LÔBO, 2011, p. 75-76).

No contexto atual em que vivemos não podemos mais falar que o fator biológico será sempre o meio determinante para indicar a condição de pai, podendo ocorrer situações em que afeto poderá se sobrepor, cabendo ao operador do direito na análise do caso, sempre optar pela solução que preserve o melhor interesse da criança ou do adolescente. Já o princípio da solidariedade familiar derivado da solidariedade social que é tida como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, com previsão expressa no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal. A solidariedade interfere diretamente nas relações familiares, pois se trata de um sentimento que é necessário nas relações entre pessoas. “Deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra pessoa” (TARTUCE, 2014, p. 32).

Entende-se por solidariedade familiar a reciprocidade que deve existir entre marido e mulher, companheiro e companheira, entre pais e filhos, em prestar assistência moral e material. “A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social” (BIANCA apud LÔBO, 2011, p. 64). Como é notório às modificações legislativas e a promulgação da Constituição Federal de 1988 que propiciou surgimento de novas entidades familiares, o “afeto” passou a ser fator estruturante na constituição da família, ganhando patamar de princípio constitucional, ocorrendo o que alguns autores chamam de desbiologização do direito de família, que nada mais é que “o reconhecimento da importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas sem fazer prevalecer à verdade genética sobre a afetiva” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 660).

Os fatores econômicos, religiosos e políticos deixam de ser vistos como os pilares de

sustentação da família, para dar lugar ao afeto, ao direito à felicidade recíproca, condição essencial para se constituir uma relação digna. Para uma parte da doutrina o princípio da afetividade veio para especializar no âmbito do direito de família, os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e está intimamente ligado com o princípio da convivência familiar e da igualdade entre os membros do grupo familiar, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. Compartilha dessa opinião Paulo Lôbo (2011, p. 70) “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Este parece também ser o entendimento de Flávio Tartuce (2014, p.43) ao ponderar que “mesmo que o termo “afeto” não conste no texto constitucional como um direito fundamental, ele é decorrente da valorização constante da dignidade da pessoa humana”. O Código Civil no artigo 1.593 traz a regra de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, para Lôbo (2011) o dispositivo contempla o princípio da afetividade e serve como impedimento para que o Judiciário considere como real apenas a verdade biológica.

Na verdade o que aconteceu foi à constitucionalização do direito em todas as suas áreas e principalmente aquelas atinentes à filiação, seja, o Código Civil de 2002 ou qualquer outra norma esparsa, devendo ser aplicadas e interpretadas conforme os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do melhor interesse da criança e do adolescente, da solidariedade e da afetividade, possibilitando assim a melhor aplicabilidade da lei ao caso concreto, possibilitando assim o bem estar das partes envolvidas e principalmente do filho.

Filiação socioafetiva

Partindo pelo princípio da igualdade entre os filhos, podemos chegar à conclusão de que todos eles pela condição que ocupam, tem o direito de ter declarada sua paternidade e maternidade, declaração que muitas das vezes demanda uma tarefa complexa. Filiação para Gonçalves (2014, p. 302) “é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”. O artigo 1.593 do Código Civil de 2002 dispõe que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Conforme Carvalho (2012) que dessa relação entre pais e filhos se pode assentar nas diversas vertentes: a jurídica, a biológica ou socioafetiva.

Em linhas gerais, a vertente jurídica da paternidade é aquela que o ordenamento jurídico determina – através de presunções e do reconhecimento voluntário ou forçado. A biológica é aquela que deriva do liame genético de pai e filho. E a filiação socioafetiva, é a que se forma pelos laços de afeto típicos de pai e filho, construídos no dia a dia da convivência familiar (CARVALHO, 2012, p. 100).

O conceito de filiação socioafetiva se baseia na relação entre as pessoas, decorrente de laços afetivos, independentemente da consanguinidade. A filiação socioafetiva nasce na convivência, ou melhor, no afeto, no amor gerado por meio da convivência. Em brilhante observação Christiano Cassettari (2015), vislumbra a possibilidade de a parentalidade se formar, mesmo, após a maioridade daquele que é tratado como filho. Posicionamento ao qual entendemos ser o mais adequado, pois o requisito idade não é, e, nem poderia ser requisito determinante da parentalidade. “O vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas” (CASSETTARI, 2015, p.16).

O tema já foi objeto de discussão na III Jornada de Direito Civil, o que deu origem ao enunciado 256: “Art. 1.593: A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. O que o legislador fez na verdade foi elevar às relações afetivas a modalidade de parentesco civil.

Elementos constitutivos da filiação socioafetiva

O artigo 1.605, II, reforça a tese da possibilidade de reconhecimento de outro tipo filiação que não a biológica. O dispositivo preleciona que na falta ou defeito do termo de nascimento a filiação poderá ser provada por qualquer modo admissível em direito, desde que já existam veementes presunções resultantes de fatos já certos. É o que a doutrina denomina “posse do estado de filho”, ao qual serve como elemento caracterizador da filiação sociológica (socioafetiva). Para Dias (2010, p. 366) “a filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto”.

A presença da posse do estado de filiação independe de vínculos consanguíneos, sendo nada mais nada menos, do que o ato de tornar pública a relação paterno-materno-filial, ou seja, “a posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade [...]” (LÔBO apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 660). Para que fique caracterizado o reconhecimento da posse do estado de filho, a doutrina exige a presença de três elementos: a utilização do nome de família (*nominatio*); o tratamento de filho (*tractatio*); e a fama (*reputatio*).

No entanto, não nos parece necessário à presença concomitante dos três requisitos, “essas características não necessitam estar presentes, conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido, em caso de dúvida” (LÔBO, 2011, p. 237). Nesse sentido Carvalho (2012) atenta para o fato de que se dispensarmos tratamento ao “nome” como elemento indispensável, estaríamos comprometendo a configuração da posse, pois bastaria levar em conta que muitas das vezes, os filhos não possuem em seu nome o sobrenome do pai ou da mãe. É preciso se atentar igualmente ao fator “tempo”, pois, possui grande relevância na caracterização da posse do estado de filho, sendo que através dele se demonstrara a continuidade e a estabilidade da relação paterno-filial. É o que diz Luiz Edson Fachin:

Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação socioafetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social (FACHIN apud LÔBO, 2011, p. 237).

É preciso existir um período razoável para concretizar posse, mas assim como na união estável não existe um tempo mínimo fixado em lei, e também o fato da continuidade não quer dizer que seja atual e perpétuo, cabendo ao juiz verificar no caso concreto se houve ou não a existência da posse do estado de filho em algum momento, seja presente ou passado.

Vejamos um trecho extraído do Recurso Especial nº 1.328.380-MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/10/2014, onde a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça se manifestou a respeito dos requisitos pertinentes a demonstração da filiação socioafetiva:

De fato, o estabelecimento da filiação socioafetiva demanda a coexistência de duas circunstâncias bem definidas e dispostas, necessariamente, na seguinte ordem: i) vontade clara e inequívoca do apontado pai ou mãe socioafetivo, ao despender expressões de afeto à criança, de ser reconhecido, voluntária e juridicamente como tal; e ii) configuração da denominada “posse de estado de filho”, compreendido pela doutrina como a presença (não concomitante) de *tractatus* (tratamento, de parte à parte, como pai/mãe e filho); *nomen* (a pessoa traz consigo o nome do apontado pai/mãe); e *fama* (reconhecimento pela família e pela comunidade de relação de filiação), que naturalmente deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. Nesse contexto, para o reconhecimento da filiação socioafetiva, a manifestação quanto à vontade e à voluntariedade do apontado pai ou mãe de ser reconhecido juridicamente como tal deve estar absolutamente comprovada nos autos, o que pode ser feito por qualquer meio idôneo e

legítimo de prova. (Informativo STJ nº 552).

Pelo que dispõe o julgado verifica-se que para constituir a filiação socioafetiva, conforme o entendimento da Corte Superior é necessário que haja manifesta vontade de estabelecer laços de parentesco por parte daquele que está reconhecendo, seja um ato voluntário sem inequívocos que possam macular a presença da relação de afeto mantida entre pai e filho, sem contar que deve estar presente a posse do estado de filho, que para ser caracterizada não precisa necessariamente a presença de todos os requisitos apontados pela doutrina (nome, tratamento e fama), sendo essencial que a relação se apresente de forma sólida e duradoura.

Hipóteses em que o fator “afeto” pode determinar o estado de filiação

Com a promulgação do Código Civil de 2002 o vínculo biológico e o vínculo afetivo passaram a ser vistos pelo ordenamento jurídico de forma igualitária, cabendo ao juiz sopesar o caso em concreto. Nesse sentido preleciona Regina Beatriz Tavares da Silva (2014, p. 4):

O parentesco socioafetivo contempla os mesmos efeitos do vínculo consanguíneo, em vida – direito de guarda, direito de ter a companhia do filho ou vulgarmente chamado direito de visitas, dever de educação e dever de sustento ou obrigação alimentar – e sucessórios – direitos hereditários, incluindo o direito à legítima.

Percebe-se que a filiação socioafetiva é capaz de gerar direitos e deveres recíprocos as partes assim como na biológica. E não são raras as hipóteses em que podemos verificar o afeto determinando o estado de filiação de uma pessoa.

Adoção obtida judicialmente

Atualmente a matéria é tratada pelo ECA, devido ao advento da Lei nº. 12.010 de 2009 que revogou vários dispositivos do CC/02, e determinou à aplicação subsidiária da Lei 8.069/90 a adoção dos maiores de 18 anos. A adoção é um ato voluntário, que independe de fatores biológicos, “é a materialização de uma relação filiatória estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos..., enfim, pelo amor” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 933).

A formação de um vínculo afetivo é de fundamental importância para obter uma sentença judicial favorável, tanto é assim, que a adoção é precedida de um estágio de convivência (ECA, art. 46) “a fim de que seja firmada a consciência e a certeza no coração dos adotantes acerca da importância e da definitividade do ato de adoção” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 706). No entanto tal prazo pode ser dispensado nos casos em que o adotando já esteja sob a tutela ou guarda legal do adotante por tempo suficiente capaz de avaliar a conveniência da constituição do vínculo. Ou seja, é necessário verificar se ali naquela relação realmente existe o “afeto” característico do sentimento mantido entre pai/mãe e filho.

Adoção de fato (filho de criação)

É muito comum no Brasil encontrarmos pais que por mera opção pessoal, passam a acolher no seio de sua família uma criança ou adolescente até então estranha ao casal, e com o decorrer do tempo, passam a tratá-la como se filho fosse independente de qualquer vínculo biológico ou jurídico. É a chamada adoção de fato ou no linguajar popular “filho de criação”. Nesta situação forma-se um vínculo paterno-materno-filial fundado na afetividade, onde os pais passam a dispensar tratamento a este filho como se fosse sangue do seu sangue, dando-lhe amor, educação, lhe fornecendo todo o suporte necessário a sua formação social, e o respeito recíproco entre ambos, contínuo e público, ou seja, é a demonstração clara da posse do estado de filho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 42, § 6º é um exemplo de filiação socioafetiva proveniente da adoção de fato, pois permite que a adoção seja concedida caso o adotante venha

a falecer no curso do processo, antes mesmo de prolatada a sentença, permitindo a produção de todos os efeitos jurídicos desde a data do óbito, visto que em outra situação a adoção só produz efeito a partir do trânsito em julgado da sentença (art. 47, § 7º). “Isso porque o citado dispositivo busca valorizar o afeto existente entre adotante e adotado, demonstrando, inequivocamente, como o início do processo de adoção” (CASSETTARI, 2015, p. 40).

O referido autor alerta no sentido de que na doutrina, há quem entenda pela possibilidade da adoção ser concedida, mesmo que o processo não tenha sido iniciado, desde que presente inequívoca manifestação de vontade nesse sentido, em virtude da denominada posse de estado de pai:

A exigência de que o procedimento judicial de adoção já tenha se iniciado, no entanto, vem sendo afastada pela jurisprudência. Basta que seja comprovada a inequívoca manifestação de vontade do adotante. Trata-se de um processo socioafetivo de adoção. A posse do estado de filho é mais do que uma simples manifestação escrita feita pelo de cujus, porque o seu reconhecimento não está ligado a um único ato, mas a uma ampla gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da adoção. A justiça apenas convalida o desejo do falecido. Dá para afirmar que se trata de verdadeira adoção nuncupativa. Opera-se simultaneamente a extinção do poder familiar existente e a constituição do vínculo de filiação civil... Não há como deixar de reconhecer que, no momento em que é admitida a possibilidade da adoção mesmo que não tenha o adotante dado início ao respectivo processo, às claras se está aceitando verdadeira investigação de paternidade afetiva. Até porque é isso que a sentença faz. Flagrada a existência da posse de estado de filho, ou melhor, da posse de estado de pai, é declarado o vínculo de filiação por adoção (DIAS apud CASSETTARI, 2015, p. 41).

O Tribunal Superior Eleitoral já se posicionou sobre o tema ao julgar o REsp 54101-03.2008.6.18.0032, Rel. Arnaldo Versani, no sentido de que a adoção de fato gera as mesmas consequências da adoção jurídica, ao reconhecer a ineligibilidade do filho de criação do prefeito do município de Pau D'Arco no Piauí, que não poderia concorrer à sucessão, com fundamento no art. 14, § 7º da Constituição Federal. É preciso se levar em conta que muitas das vezes a adoção de fato ocorre com o intuito de futuramente pleitear a adoção jurídica, sem contar que não são raras as situações em que o padrasto e madrasta se mostram muito mais presentes na vida dos filhos do que os próprios pais biológicos.

Adoção à brasileira

Trata-se da situação em que uma pessoa registra como seu um filho que sabe não ser, “ocorre quando a criança, ao nascer, é registrada diretamente em nome dos pais afetivos, como se fossem pais biológicos” (WELTER, 2009, p. 277). O exemplo clássico é do homem que se envolve com uma mulher já grávida, e registra o filho dela como se seu também fosse.

Embora tal fenômeno seja considerado um ato ilícito, uma vez que ocorra o reconhecimento por ato voluntário, não pode o pai pleitear a desconstituição do vínculo de socioafetividade, tendo em vista que tinha conhecimento de que o filho biologicamente não era seu, não podendo invocar em seu benefício da própria torpeza, salvo se provar a ocorrência de erro ou coação. O simples fato de comprovar que não é o pai biológico pelo exame de DNA, não caracteriza meio suficiente para desconstituir o vínculo de filiação. Nesse sentido já se manifestou o STJ:

A jurisprudência desta egrégia Corte Superior já proclamou que a comprovação da ausência de vínculo genético por meio do exame de DNA não é motivo suficiente para amparar

pretensão de anulação de registro de nascimento, exigindo-se prova robusta de que o pai registral foi induzido a erro ou coagido a registrar filho de outrem como seu, hipótese não caracterizada. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg no REsp Nº 1.482.906 - PR 2014/0087536-6; Min. Moura Ribeiro; j. 16.06.2015).

Este também é entendimento mantido por parte da doutrina, onde destacamos o posicionamento compartilhado por Maria Berenice Dias: “considerada a natureza irreversível e irrevogável da adoção, não faria sentido permitir um tratamento mais diferenciado a quem fez uso de um expediente ilegal, não sendo aceito e seu arrependimento posterior” (DIAS apud FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 950). É de se levar em conta também a previsão do art. 1.604 do CC de “que ninguém pode vindicar o contrário do que consta no registro de nascimento, salvo se comprovar erro ou falsidade do registro”, fato este que não se vislumbra na adoção à brasileira, pois ocorreu conforme a vontade de quem registrou.

Conforme dispõe Paulo Lôbo (2011), mesmo que a adoção a brasileira seja considerada formalmente ilegal, o que se busca é por em prática o que determina o artigo 227 da Constituição Federal, de ser dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança com “absoluta prioridade” a “convivência familiar”, sendo obrigação do aplicador do direito levar em conta tal circunstância, ante os conflitos normativos. Ou seja, cabe ao juiz sopesar a regra da prioridade da convivência familiar de um lado e do outro os procedimentos legais não respeitados, sempre presando pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

Reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento

O novo ordenamento civil traz no artigo 1.611 a seguinte disposição: “O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”.

Se fizermos uma análise rápida do dispositivo à luz do que dispõe a Constituição Federal 1988, que prega pelo melhor interesse da criança, igualdade entre os filhos, solidariedade social, dignidade humana entre outros princípios, iremos chegar à conclusão de que o artigo 1.611 do CC/2002 é um permissivo inconstitucional, visto que proíbe a convivência do filho dentro do lar conjugal do pai caso o cônjuge não esteja de acordo.

Proibir o filho concebido de uma relação extraconjugal, de conviver conjuntamente com o pai ou mãe, simplesmente pela não permissão do cônjuge, é um tanto desprezível. No entanto, se analisarmos a norma, levando em conta a situação em que o filho de uma relação extraconjugal, acaba sendo criado pelo cônjuge traído (o cônjuge que aceita o filho fruto de uma traição, e o cria como seu), não se pode negar que essa relação originou-se da socioafetividade.

Para Christiano Cassettari (2015, p. 51) a autorização exigida no artigo 1.611 do Código Civil de 2002, “quando dada, é o primeiro indício da formação de laços afetivos”. Hipótese em que torna possível o filho invocar a parentalidade socioafetiva, para não ser excluído da sucessão hereditária, no caso de falecimento do pai biológico e da mãe afetiva, em decorrência do preenchimento dos requisitos que já tratamos em páginas anteriores.

Filhos havidos por reprodução assistida heteróloga

A filiação sociológica também é decorrente da reprodução assistida, quando o inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, presume a paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que exista prévia autorização do marido. Esta espécie de inseminação artificial se dá “quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher” (PEREIRA, 2014, p. 353). Quanto à autorização do marido, o legislador silenciou-se quanto à forma, o que leva a entender que pode ser tanto verbal como escrita, sendo exigido apenas que seja anterior ao procedimento médico.

De fato a reprodução assistida heteróloga é uma espécie de filiação socioafetiva, visto que o marido autoriza previamente a inseminação em sua esposa, de material genético oriundo de terceiros, não sendo possível posteriormente se cogitar na possibilidade de negatória ou investigação

de paternidade, tendo em vista que os doadores são pessoas anônimas. “Seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente” (VELOSO apud GONÇALVES, 2014, p. 310).

Percebe-se que ocorrida à situação descrita no artigo 1.597, inciso V, entende-se que o marido se encontra plenamente consciente do procedimento a ser adotado e “deve ser considerado pai, mesmo não sendo seu o material genético utilizado, devendo ser superada a ideia ultrapassada de se chegar à paternidade pela ascendência genética” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 652).

Sendo assim, conclui-se que os filhos nascidos de reprodução assistida heteróloga, possuem os mesmos direitos e deveres inerentes a parentalidade biológica, independente de haver ou não reconhecimento jurídico perante o Registro Civil.

Reconhecimento voluntário ou judicial da filiação de um filho de outra pessoa

Conforme falamos anteriormente para que se estabeleça o parentesco do filho que não foi concebido no casamento é necessário que haja o reconhecimento judicial ou voluntário. O reconhecimento judicial é aquele que resulta de uma sentença, prolatada em decorrência da propositura de uma ação de investigação de paternidade ou maternidade, e o reconhecimento voluntário nada mais é do que o ato espontâneo do pai, da mãe ou de ambos, em que declaram o vínculo que os liga ao filho. A aceitação voluntária ou judicial da condição de pai ou de mãe é vista por Belmiro Pedro Welter (2009), como modo em que se manifesta a filiação socioafetiva.

Quem comparece no Cartório de Registro Civil, de forma livre e espontânea, solicitando o registro de alguém como filho, não necessita de comprovação genética, porque isso representa um modo de ser-em-família. Em outras palavras, aquele que toma lugar dos pais pratica, por assim dizer, uma adoção de fato, uma aceitação voluntária ou judicial da paternidade/maternidade, em que é estabelecido o modo de ser-filho-afetivo, com atribuição de todos os direitos e deveres (WELTER, 2009, p. 277).

É o caso em que uma mãe solteira convola núpcias, cujo cônjuge reconhece voluntariamente, a paternidade responsável do filho de sua consorte, “esse cônjuge pratica um ato humanitário, já que outorga a um ser humano o direito ao mundo afetivo [...]” (WELTER, 2009, p. 277).

Pode-se também enxergar a presença da afetividade e consequentemente reconhecer a filiação sociológica “quando um homem, enganado pela mãe ou por ter sido vencido em processo judicial, é reconhecido como pai e, a partir daí, cuida deste filho, dedicando amor e atenção” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 620).

O simples fato de uma pessoa descobrir que o filho o qual reconheceu espontaneamente, não é biologicamente seu, não é meio hábil suficiente a desencadear a negativa de filiação, quando já tiver sido estabelecida uma relação socioafetiva, pois deve prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente, que a depender do caso, pode ser o de manter o vínculo com quem sempre assumiu a função de pai. “Apesar de as ações serem baseadas na realidade biológica, não é suficiente a prova da verdade genética – mister a comprovação da inexistência da filiação afetiva” (DIAS, 2010, p. 359).

Nota-se que em muitas situações já consolidadas por um período considerável, em que torna clara a presença da existência do vínculo afetivo entre pai e filho, mesmo que se comprove o erro ou fraude quanto à verdade biológica, torna-se inquestionável a paternidade, tendo em vista já estar formada a filiação socioafetiva, devendo está prevalecer em prol do melhor interesse do filho. Tendo se formado um forte elo de afeto, é inaceitável um pai negar ao filho tudo o que se formou até aquele momento.

Considerações finais

Os filhos passaram por severas discriminações no decorrer da história, a lei os classificava conforme a suas origens e os tratava de modo diferenciado, pois se levava em conta a relação existente entre os pais, sem contar que eram completamente submissos ao “pátrio poder”. Com o passar dos anos modificações foram surgindo no intuito de minimizar as diferenças entre os filhos, no entanto permanecia no ordenamento jurídico, dispositivos que dificultavam o reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento e a concessão isonômica de direitos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma reforma geral no sistema jurídico brasileiro, e as leis pátrias passaram a ser interpretadas em uma visão constitucionalizada, onde se passou a buscar prioritariamente a preservação da dignidade humana, garantindo tratamento isonômico entre o homem e a mulher, o que modificou consideravelmente o conceito de família, expurgando do ordenamento jurídico o modelo patriarcal, e dando espaço a um modelo igualitário.

Os princípios constitucionais unificaram o sistema jurídico, o que proporcionou uma relativização da preservação do patrimônio e colocou como centro das atenções jurídicas a preservação da pessoa humana. Nesse sentido as relações paterno-materno-filial passaram a ser vistas de forma mais igualitária, livre, solidária, afetiva e com maior responsabilidade.

Contemporaneamente os filhos passaram a ser tratados como pessoa humana, e a ter direitos garantidos, sendo proibida toda e qualquer forma que venha a discriminá-los independente de suas origens. Desse modo, a filiação socioafetiva é sim reconhecida juridicamente como parentesco civil, com base na interpretação harmônica da Constituição Federal de 1988, dos princípios constitucionais, do Código Civil de 2002, e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No novo ambiente jurídico em que vivemos atualmente não é mais possível vislumbrar a condição de pai e de filho única e exclusivamente levando-se em conta os fatores consanguíneos, pois o direito passou a reconhecer os filhos e pais oriundos das relações de afeto, sendo inaceitável que existam diferenciações entre o biológico e o afetivo, pois se encontram em patamar de igualdade na Constituição Federal.

A filiação socioafetiva é a relação formada entre pai, mãe e filho, fundada no afeto, independente de vínculos de sangue, que nasce do amor e do respeito gerado entre as partes envolvidas através da convivência. É um direito do pai da mãe e do filho, que em respeito ao princípio da isonomia, qualquer um deles pode pleitear o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, sendo que terceiros só poderão utilizar dessa ação caso o titular tenha falecido.

Existem vários requisitos para constituir a filiação socioafetiva, porém não existe na legislação um rol definido, sendo que a doutrina e a jurisprudência tem se encarregado de tal tarefa. Para configurar essa espécie de parentalidade se faz necessário a presença de manifesta vontade de estabelecer o laço de parentesco; o ato deve ser voluntário sem entraves que possa macula-lo; deve estar presente a posse do estado de filho não sendo necessária a presença de todos seus elementos (nome, trato e fama); sendo de fundamental importância que a relação seja sólida e duradoura.

Chegou-se a conclusão de que são várias as situações em que o afeto é fator decisivo para determinar o vínculo paterno/materno-filial. Sendo que identificamos 6 (seis) hipóteses de parentalidade socioafetiva: a adoção obtida judicialmente; a adoção de fato (filho de criação); a adoção à brasileira; os filhos havidos fora do casamento; os filhos havidos por reprodução assistida heteróloga; reconhecimento voluntário ou judicial da filiação de um filho de outra pessoa. Porém acredita-se não serem as únicas, sendo perfeitamente possível o magistrado, ao analisar o caso concreto identifique novas hipóteses.

Referências

BRASIL, **Constituição Federal da Republica Federativa do Brasil, de 1988**. In: VADE MECUM. 7. ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.- (Coleção TR Códigos).

BRASIL, Código Civil, de 2002. In: **VADE MECUM**. 7. ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.- (Coleção TR Códigos).

BRASIL, **Código Civil, de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 04/07/2015.

BRASIL, Estatuto da Criança e do adolescente, de 1990. In: **VADE MECUM**. 7. ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.- (Coleção TR Códigos).

BRASIL, Lei de Registros Públicos, 1973. In: **VADE MECUM**. 7. ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.- (Coleção TR Códigos).

BRASIL, Lei de Investigação de Paternidade, 1992. In: **VADE MECUM**. 7. ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.- (Coleção TR Códigos).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira turma). **RECURSO ESPECIAL nº. 1194059-SP**. Relator: Ministro Massami Uyeda, julgado em 06 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj/inteiro-teor-22665056>> acessado em 06/07/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira turma). **RECURSO ESPECIAL nº. 1328380-MS**: Informativo do STJ nº 0552. Relator: Ministro Marcos Aurélio Bellizze, julgado em 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2715086%27>> acessado em 09/09/15.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira turma). **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL nº. 1482906-PR**. Relator: Ministro Moura Ribeiro, julgado em 16 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1482906&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> acessado em 16 de setembro de 2015.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral (Terceira turma). **RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº. 54101-03-PI**: Informativo do TSE nº 7. Relator: Ministro Arnaldo Versiani, julgado em 15 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/informativo-xiii-7>> acessado em 16/09/2015.

CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação socioafetiva e “conflitos” de paternidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7.ed.rev.São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Posse de estado de filho e socioafetividade análise constitucional da filiação**. Revista dos Tribunais: Soluções Práticas - Fachin | vol. 2 | p. 109 | Jan / 2012 | DTR\2012\383. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <[FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 6. ed. Bahia: JusPODIVM, 2014.](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000014d9c19dc02223bfffaf&docguid=lea1d28605eb011e188de00008517971a&hitguid=lea1d28605eb011e188de00008517971a&spos=5&epos=5&td=33&context=8&startChunk=1&endChunk=1.>Acessado em 26/05/2015.</p></div><div data-bbox=)

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: direito

de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V – 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Matéria de repercussão geral - Supremo Tribunal Federal. Prevalência de uma das espécies de paternidade - socioafetiva e biológica**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 33/2014 | p. 405 | Jan / 2014 | DTR\2014\8713. Revista dos Tribunais Online. Acessado em 15/09/2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, volume 5: direito de família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, volume 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito Civil**, volume 6: Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Recebido em 5 de fevereiro de 2016
Aprovado em 3 de abril de 2016