

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-035-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra *Direito Civil Constitucional*, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro *Temas de Direito Civil*, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um *modus interpretandi* que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

**PATERNIDADE E SOCIOAFETIVIDADE: REFLEXÕES ACERCA DA
POSSIBILIDADE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS TERMOS DA
LEI 8.560 DE 1992**

**PATERNITY AND SOCIO-AFFECTIVITY: REFLECTIONS ABOUT THE
POSSIBILITY OF PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE ACTIONS UNDER THE 8.560
/1992 LAW**

**Andressa Regina Bissolotti dos Santos
Ana Carla Harmatiuk Matos**

Resumo

A Constituição Federal de 1988 consagrou importantes princípios, que hoje incidem sobre as normas civis, com grande influência sobre as que versam sobre o direito das famílias. Os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, da paternidade responsável, do melhor interesse da criança, entre tantos outros, modificaram a face do direito das famílias, que anteriormente assumia uma perspectiva patriarcal, heteronormativa e transpessoal. No entanto, se atualmente o direito das famílias é informado por tantos princípios de valorização e proteção dos membros da família, o legado histórico da família transpessoal continua impedindo a concretização dessas mudanças. É a partir desse contexto que a importância da atribuição de competência ao Ministério Público, para propor Ação de Investigação de Paternidade em nome das crianças e adolescentes em cuja certidão não conste o nome do pai, atribuída pela Lei 8.560 de 1992, deve ser considerada, de modo que se possa refletir sobre a possibilidade de utilização dos instrumentais jurídicos trazidos por essa Lei como meio de reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Palavras-chave: Família, Socioafetividade, Paternidade, Ministério público, Lei 8.560 de 1992.

Abstract/Resumen/Résumé

The 1988 Federal Constitution established important principles, which currently cover civil norms and with extensive influence on those dealing with family rights. The principles of human dignity, equality among progeny, responsible parenthood, the best interests of the child, among others, have changed the face of family rights, which previously assumed a patriarchal, heteronormative, and transpersonal perspective. However, if family rights are currently informed by numerous principles of appreciation and protection from family members, the historical legacy of the transpersonal family continues to hinder the implementation of such changes. It is from this context that we should consider the importance of conferring jurisdiction to the Public Prosecutor's Office to suggest Paternity Investigative Action on behalf of children and adolescents whose birth certificate lacks the father's name, assigned by Law 8.560/1992, so that we may consider the possibility of using the legal instruments brought by this Law as a means of recognizing socio-affective paternity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family, Socio-affectivity, Paternity, Public prosecutor's office, Law 8.560/1992.

1. INTRODUÇÃO

As modificações quanto à possibilidade do reconhecimento dos filhos não advindos de relações matrimonializadas, inserem-se dentro da história dessa produção cultural de longa duração que é a família (RUZYK, 2005), a qual se estende no tempo e modifica-se conforme exigem as mudanças da sociedade que a rodeia, pela qual ela é influenciada e a qual, ela mesma, influencia.

Dentro de todo esse processo se inserem, igualmente, as discussões acerca da vertente socioafetiva da filiação, que tem sido recentemente reconhecida e valorizada pelos tribunais, mas que ainda não está completamente consolidada. O que se debate, nesse trabalho, é a possibilidade de utilização dos instrumentais jurídicos oferecidos pela Lei 8.560 de 1992, especialmente a competência do Ministério Público para propor Ação de Investigação de Paternidade em nome das crianças interessadas, como meio possível para que se reconheça judicialmente a paternidade socioafetiva, em igual patamar e com isonômicos efeitos do reconhecimento da paternidade biológica, que por este instrumento se faz.

Para analisar tal proposição, faz-se necessário compreender as transformações pelas quais passou os institutos da família, não apenas juridicamente, mas principalmente sob uma perspectiva socio-histórica. Nesse viés, a análise da questão da filiação é central, isso porque a mudança no sentimento em relação às crianças é elemento central para compreender as mudanças na família e na sociedade (ARIÈS, 1981).

Neste sentido, sabe-se que a Lei 8.560 de 1992, que versa sobre o reconhecimento dos filhos extramatrimoniais - e que, portanto, não usufruem das presunções previstas em leis quanto à paternidade - representa importante instrumento na efetivação do princípio constitucional do melhor interesse da criança, principalmente por ter atribuído competência ao Ministério Público para propor Ação de Investigação de Paternidade em nome desta.

Tal Lei representou importância simbólica na época de sua promulgação, dado fazer parte do processo de modificação legislativa do Direito de Família brasileiro, em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, bem como com as disposições internacionais referentes ao tema¹.

Compreender a posição dos filhos no interior da família, e qual é a natureza ou vertente à qual se atribui esta filiação, é, ainda, essencial para visualizar como se estrutura e se define o parentesco de maneira geral, através do qual pode-se vislumbrar a estruturação da

¹ Principalmente a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989.

família, tanto numa perspectiva sociológica ou histórica, quanto numa perspectiva jurídica, uma vez que:

A partir do abrigo jurídico de determinada concepção de família, o Direito organiza as relações internas de seus membros, e da mesma com o mundo que lhe é exterior. (...) Tal ordenação se faz sob a disciplina jurídica do parentesco. (...) É o parentesco, por isso, a chave para entender a regulação dos papéis dentro da família (FACHIN, 1992).

É a partir dessas considerações iniciais que se objetiva abordar a possibilidade de se reconhecer judicialmente a filiação socioafetiva a partir dos instrumentais trazidos pela Lei 8.560 de 1992², a partir de considerações de caráter jurídico, mas também sócio-histórico sobre a família e a filiação.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA DA FAMÍLIA OCIDENTAL E A REALIDADE ATUAL BRASILEIRA

Não obstante a previsão constitucional e infraconstitucional da proteção integral da criança e do adolescente, que é apontada como prioridade do ordenamento jurídico, dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2012, indicam que cerca de 5,5 milhões de crianças brasileiras em idade escolar não possuem o nome do pai na certidão de nascimento (CNJ, 2012). Ainda, segundo dados do Mapa da Violência 2012, houve um crescimento de 346% na taxa de homicídios de crianças e adolescentes entre 1980 e 2010 (WAISELFISZ, 2012, p. 47), ocupando o Brasil a 4º posição internacional entre os países com maiores números de violência contra crianças e adolescentes.

No tocante à família, os dados levantados em 2012 pelo Mapa da Violência indicam que 68,8% dos homicídios femininos ocorridos no Brasil se dão no ambiente doméstico (WAISELFISZ, 2012b, p. 13). O ambiente doméstico é também apontado, por estudo feito pela Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal, como o local em que mais ocorrem violações contra a população LGBT, com o total de 38,63% (BRASILIA, 2012, p. 31) das violações. Apontar esses dados é relevante porque indica que, embora a família seja considerada pelo direito como fonte de afeto e solidariedade, são muitas as famílias brasileiras

² Neste trabalho, optou-se por abordar exclusivamente o caso da utilização da Ação de Investigação Paternidade proposta pelo Ministério Público como possibilidade de reconhecimento da *paternidade* socioafetiva, em casos em que a criança está registrada apenas no nome da mãe, ou seja, em um paradigma heterossexual da paternidade. Não se exclui, no entanto, a necessidade de se considerar tal possibilidade para inclusão da segunda maternidade no caso de projeto parental no interior de uniões homossexuais entre mulheres, ausentando-se de abordar esta hipótese no momento apenas pelo entendimento de que o tema requer abordagem específica e aprofundada.

nas quais ainda impera a hierarquização dos papéis, a ponto de determinados sujeitos exercerem sua dominação de forma violenta sobre outros.

Tal quadro estatístico revela que ainda que há permanências em relação à família patriarcal, de modo que a mudança nas relações familiares ainda se está por fazer, inclusive quanto à concretização do princípio do melhor interesse da criança.

O domicílio da cidadania da família brasileira de acordo com o que já enfatizamos ainda não foi fixado. Sobre a mesa da contemporaneidade está o que se relegou sob os véus da formação histórica e cultural do Brasil. O legado histórico é de exclusão, presente na permanência de valores cravados num tempo e num espaço (FACHIN, 2003, p. 4).

É a partir da necessidade de se compreender esse legado que se passará brevemente por aspectos da história da família burguesa ocidental, em especial da família brasileira, a fim de que se possa apreender adequadamente o tema analisado neste trabalho.

Algumas considerações metodológicas se colocam, neste ponto, necessárias: quando se pretende abordar aspectos históricos, aponta-se para um viés crítico da realidade atual. A história é entendida, aqui, não como um conhecimento vazio, escasso de operacionalidade; mas sim como meio, capaz e necessário, de possibilitar ao pesquisador melhor apreender as complexidades do tempo presente.

Busca-se tomar a história não apenas como ciência do passado, mas sim do presente; compreender as modificações da família burguesa ocidental, e em especial da família brasileira, são o primeiro passo para se vislumbrar a possibilidade de desvendar as particularidades da família atual e, principalmente, de se avistarem as possibilidades de mudança, rumo a uma família cada vez mais centrada na construção e proteção da pessoa humana, em especial na proteção integral da criança e do adolescente, tendo-se em vista o debate dos direitos humanos. Assim, "Nota-se como a problematização do objeto de estudo procura torná-lo operacional, útil (...). A história não pode ser passadista, mas deve estar com um olho no presente, pois o ontem e o hoje estão indissolivelmente ligados" (FONSECA, 2012, p. 76).

Este trabalho não tem a pretensão - e sequer a possibilidade - de exaurir o complexo debate da história da família, mas apenas apresentar considerações acerca dela. Esclareça-se, desde já, que ao se falar em 'família' nesta perspectiva histórica, referir-se-á a uma família

específica: se estará falando da família ocidental, principalmente europeia, a partir dos séc. XV e XVI.³

Ademais, cabe ainda uma última, e extremamente relevante, consideração acerca da história e da família a serem abordadas: estará a se tratar, principalmente, de modelos e estruturas familiares idealizados nos discursos de cada época histórica, sem jamais ignorar o fato de que a realidade das formações familiares de determinada época podem, e muitas vezes são, completamente diversas do discurso apresentado. Em verdade, os modelos tidos como ideais são os modelos vivenciados geralmente por uma classe dominante, detentora do poder econômico. Tal opção metodológica não se faz, no entanto, por desconsideração das formações familiares diversas, mas exclusivamente porque foram esses modelos familiares os idealizados no discurso de uma época, e portanto os recepcionados no discurso jurídico. E isto se mantendo em vista que "reconhecer a prevalência de uma dada classe social não implica, entretanto, o desprezo pelas demais formações familiares, sob pena de se operar distorções na análise do fenômeno estudado" (RUZYK, 2005, p. 91).

Iniciar este artigo com algumas considerações das transformações que marcaram o modelo europeu é ter em vista, portanto, "a relevância da influência estrutural do elemento europeu na formação da família brasileira" (RUZYK, 2005, p. 90), sem jamais se ignorar a existência da diversidade das formações familiares.

Apreender essas transformações no tempo é essencial para compreender o papel da criança no interior da família, e as funções atribuídas a esta mesma família no interior da sociedade. A partir disso, é que se poderá questionar-se acerca da vertente socioafetiva da filiação, e sua relevância no interior da estrutura familiar. Para tanto, requer-se que se questione a formação da família recente, partindo da influência europeia e, finalmente, analisando-se a realidade brasileira.

2.1. A MODERNIDADE E A TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA OCIDENTAL

Através da análise histórica de como os indivíduos e a sociedade se relacionavam (com) e viam a família, observa-se que até o século XVI esta detinha pouquíssima importância no tocante à vida afetiva e social das pessoas; a família não era campo de afeto e socialização, essas funções pertenciam à comunidade (ARIÈS, 1981). Dessa forma, o próprio espaço privado e a ideia de intimidade eram inexistentes, "na realidade não existia quase

³ Em verdade, a história da família que será aqui apresentada se baseia na obra de Philippe ARIÈS, intitulada "História Social da Infância e da Família" (ARIÈS, 1981).

nenhuma intimidade, (...) as pessoas viviam misturadas umas com as outras, senhores e criados, crianças e adultos, em casas permanentemente abertas às indiscrições dos visitantes" (ARIÈS, 1981, p. 190-191).

O que atualmente entendemos por família é construção recente, e com íntima relação com o desenvolvimento do "sentimento da infância"⁴. De fato, nessa antiga família a criança era praticamente anônima, e até mesmo as idades da vida se confundiam; não havia, por exemplo, uma diferença clara entre a criança e o adolescente, ou entre ambos e os adultos. Excetuando-se a fase em que a criança era ainda muito pequena e, portanto, incapaz de assumir qualquer função social – fase essa que se estendia geralmente até os sete anos – ela era considerada apenas como um adulto em menores proporções, e incorporada ao universo das relações sociais, completamente imersa no mundo adulto (ARIÈS, 1981).

No entanto, com o adir do "sentimento da infância", a família separou-se do restante da comunidade, isolando-se num núcleo fechado, muitas vezes até mesmo hostil ao restante da sociedade; a família moderna se torna nuclear, separando-se do restante da sociedade e opondo a ela o grupo dos pais e filhos (ARIÈS, 1981).

Esse recente desenvolvimento do que atualmente se chama de infância, e também de adolescência é, portanto, elemento indicador e conformador das mudanças ocorridas nesse período em relação a família, e que modificaram as funções por ela cumpridas na vida dos sujeitos e também em sociedade.

As funções de socialização e proteção, antes pertencentes à comunidade, passam a pertencer à família, de modo que os pais passam a ter funções em relação às crianças que antes não lhes pertenciam, assim como estas crianças passam a ter em relação a eles.

Essa mudança na família, de medieval rumo à moderna, iniciou-se nas camadas dominantes da sociedade da época; este modelo de família burguesa acaba, no entanto, por impor-se às demais camadas da sociedade, tornando-se um sentimento de família partilhado: "A partir do século XVIII até nossos dias, o sentimento de família modificou-se muito pouco. Ele permaneceu o mesmo que observamos nas burguesias rurais ou urbanas do século XVIII. Por outro lado, ele se estendeu cada vez mais a outras camadas sociais" (ARIÈS, 1981, p. 191).

O Direito europeu absorve este novo ideário de família, como se vê no exemplo paradigmático do Código Civil Francês de 1804, o qual conjugou um ideal de família

⁴ "O sentimento da infância não significa o mesmo que afeição pelas crianças: corresponde à consciência da particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem. Essa consciência não existia." (ARIÈS, 1981, p. 155)

patriarcal com o individualismo moderno, consagrando o casamento e atribuindo ao marido a autoridade sobre esposa e filhos (FACHIN, 1992).

Erigindo-se este modelo como aquele juridicamente reconhecido, este se impôs cada vez mais sobre todas as classes, bem como acabou por influenciar as legislações de outros países, como é o caso brasileiro.

2.2. BREVE ANÁLISE JURÍDICA DAS TRANSFORMAÇÕES DA FAMÍLIA BRASILEIRA

Em que pese as diferenças de formação da família brasileira, os processos acima abordados podem ser identificados na transformação da maneira como nosso ordenamento jurídico debruçou-se sobre a família; no modo como ela foi regulada a partir do séc. XX. Tal fato se observa pelas influências da cultura europeia sobre a brasileira, inclusive no campo jurídico. As ideias de proteção da família, presentes no Código Civil francês, acabaram por se projetar para o sistema do Código Civil brasileiro (FACHIN, 1992).

Quando da promulgação do Código Civil de 1916, o direito protegia a família como uma estrutura autônoma, cuja proteção era vista como essencial para o manutenção da ordem social⁵. Assim, a família não era protegida na pessoa de seus membros, mas em si mesma; em verdade, a realização e dignidade das pessoas, e mesmo seus direitos mais básicos, eram preteridos em prol da proteção da instituição familiar.⁶

Tal estrutura era marcada pelo patriarcalismo⁷, como se pode observar a partir de uma variada gama de artigos que dispunham sobre os papéis e funções dos membros da família⁸, bem como pelo patrimonialismo⁹, através do qual se atribui maior importância à proteção dos bens familiares do que das pessoas que integram a família.

⁵"A ideia central que norteia o sistema é a da preservação da família calcada no matrimônio (...)" (FACHIN, 1992, p. 45).

⁶"Desse modo, ao centrar as preocupações na instituição familiar e nos princípios que visam protegê-la, o legislador deferiu amparo privilegiado da "honra e da paz familiar", cuidando primordialmente dos interesses da instituição acima dos interesses das pessoas que a compõem, particularmente os filhos" (FACHIN, 1992, p. 46).

⁷"O regime jurídico que dedica capítulos inferiores à mulher escreve-se num assento tripartite que une sexo, sangue e família. E aqui se mostra mais claramente o liame entre as funções femininas segundo a norma jurídica e o sentido da paternidade clássica, monolítica e autoritária" (FACHIN, 1996, p. 107). Assim como: "Por outro lado, o Código modelou as relações entre pais e filhos de maneira acentuadamente hierarquizada, conferindo especial relevo ao papel do pai na comunhão familiar, o que faz aparecer um desenho tradicional e patriarcal da família" (FACHIN, 1992, p. 46).

⁸Vide os artigos constantes do Título II, do Livro I da Parte Especial do Código de 1916, que trata sobre os efeitos jurídicos do casamento.

⁹"No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais" (LÔBO, 2011, p. 23).

Esta família, consolidada no século XIX e trazida até o século XX é, assim, nas palavras da historiadora Michelle Perrot: "A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei" (PERROT, 1991, p. 105).

Neste contexto a família é, portanto, apenas aquela expressamente e detalhadamente prevista na lei, a qual guarda como função central a transmissão do patrimônio e a disciplina das crianças, a partir do exercício da autoridade paterna, do *pátrio poder*¹⁰.

A separação entre filhos legítimos e ilegítimos¹¹, e a proibição da legitimação dos filhos advindos do adultério¹², demonstram essa proteção da família como instituição e *fluxo de propriedades*, e a total desconsideração das relações de fato, existentes na realidade, bem como a não proteção das pessoas em suas vidas concretas. "Esse sistema é o da família patriarcal, heterossexual, matrimonializada, monogâmica, hierarquizada e 'transpessoal'" (MATOS, 2008, p. 16).

As mudanças na sociedade brasileira, aceleradas pelos movimentos feministas e LGBT¹³, principalmente nas décadas de 60 e 70 do século XX (FACCHINI, 2003), acabaram por modificar paulatinamente essas questões¹⁴. A pressão desses movimentos e as mudanças ocorridas na sociedade incidem sobre o direito, fazem surgir leis como a do divórcio, em 1977, e encaminham o ordenamento para o que a Constituição Federal procurou garantir em 1988: igualdade de direitos entre homens e mulheres, proibição de tratamento diferenciado em relação aos filhos, reconhecimento de outras entidades familiares que não o casamento, valorização da criança enquanto sujeito de direito:

O constituinte de 1988 foi além, reconhecendo às crianças e adolescentes o seu lugar na família e na sociedade, não mais em atitude protecionista, mas declarando os direitos que lhe são próprios como *pessoas em desenvolvimento*. A Lei Maior adotou, assim, de modo efetivo, os princípios básicos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (...) (BARBOZA, 1999, p. 110).

Em consonância com o disposto na Constituição Federal em 1988, seguiu-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, no ano de 1990, que regulamentaria a mudança trazida

¹⁰ Vide Capítulo VI do Código de 1916, intitulado "DO PATRIO PODER".

¹¹ Vide art. 337 do mesmo diploma. "A primeira nota do sistema é a de separar, de modo indisfarçável, a filiação "legítima" da "ilegítima" (...)" (FACHIN, 1992, p. 43).

¹² Vide art. 358 do Código Civil de 1916.

¹³ Movimento de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros.

¹⁴ "Certamente que as alterações verificadas na conformação jurídica da família, e que repercutem na disciplina da filiação, carregam estreita relação com as próprias transformações sociais e as concepções culturais da sociedade" (FACHIN, 1996, p. 23).

pela Constituição em relação ao tratamento das crianças e adolescentes: o tratamento destes passa a ser considerado prioritário. A efetivação desta mudança, no entanto, é encarada como um desafio: "Perceber a criança ou adolescente como 'sujeito' e não como objeto dos direitos dos adultos reflete, talvez, o maior desafio para a própria sociedade e, sobretudo, para o Sistema de Justiça" (PEREIRA, 1999, p. 29).

Dois anos depois, na seara da obrigatoriedade da igualdade entre os filhos, é que surge a Lei 8.560/92, que ampliou as possibilidades de reconhecimento dos filhos, e instituiu a competência do Ministério Público para atuar em prol desse reconhecimento, como já brevemente tratado¹⁵.

A Constituição veio para possibilitar, no âmbito legislativo, doutrinário e, cada vez mais, jurisprudencial, uma concepção mais aberta de família. Se antes a preocupação era com a instituição familiar e com o patrimônio desta instituição, agora seus membros - entendidos relacionalmente, e não individualmente - foram considerados prioritários para o direito; se antes o principal elemento de formação da família era se obedecer uma estrutura formal legalmente estabelecida, agora, passou a ser a presença do afeto, da convivência, do sentimento de família, enfim, da socioafetividade. Inaugurou-se, então, o que a doutrina contemporânea veio denominar como família 'eudemonista'¹⁶.

Por fim, foi promulgado um novo Código Civil em 2002, que veio com o intuito de adaptar as leis civis à essa nova concepção trazida pela Constituição. A crítica de Lôbo revela, no entanto, que esse objetivo não foi de todo cumprido:

O Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família, desprezando-se o móvel do *affectio*, inclusive no Título I destinado ao "direito pessoal" (LÔBO, 2011, p. 24).

Tais modificações, de suma importância, possibilitaram pensar a família a partir de uma nova localização, que procura romper com a patrimonialização, a hierarquia entre os membros e entre as entidades familiares, as estruturas rígidas e a ausência de liberdade dentro do Direito de Família.

¹⁵ "Inovou, introduzindo primeiramente a averiguação oficiosa e admitindo a legitimidade do Ministério Público para propor a ação de investigação de paternidade (...)" (FACHIN, 1995, p. 15).

¹⁶ "Transforma-se o sentido da proteção jurídica da família na medida que se privilegia a relação coexistencial concreta de seus componentes em detrimento da tutela de um ente abstrato e transpessoal. (...) O eudemonismo é doutrina que enfatiza o sentido da busca, pelo sujeito, de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição, para o sujeito, como se infere do disposto na primeira parte do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal" (RUZYK, 2005, p. 24-25).

O processo de efetivação daquilo que foi trazido pela legislação e que tem sido defendido por parte da doutrina, porém, ainda está em curso, como apontam os dados que informam este trabalho. É em cima de todo esse legado, do histórico da família e da filiação, que devemos nos debruçar a fim de problematizar a abordagem da filiação na atualidade, a fim de questionar as possibilidades trazidas pela Lei 8.560/1992 para o reconhecimento da filiação socioafetiva.

As mudanças ocorridas no ordenamento no tocante à família e à filiação ainda não têm repercutido de maneira decisiva na realidade de muitas famílias e crianças e adolescentes brasileiros. A dificuldade da efetivação dessas mudanças parece estar ligada a esse legado histórico de exclusão abordado, que não se localiza apenas na história como passado, mas também na história-presente. Tal legado, ainda que não esteja - ao menos de todo - presente na legislação ou mesmo na doutrina do Direito das Famílias atual, ainda permanece na subjetividade de magistrados, promotores, advogados, enfim, daqueles que atuam concretamente na efetivação desses direitos; o julgamento desses sujeitos, embaçado pela reprodução desses ranços arcaicos, apresenta uma barreira para o avanço de uma compreensão mais aberta e mais humana das relações familiares (OLIVEIRA, 2007, p. 150).

A superação desse histórico que ainda hoje se encontra no ideário social requer que as questões até aqui abordadas sejam postas em relevo, de modo a ficar evidente o aspecto cultural que envolve a família, sendo possível, portanto, pensar a aplicação do direito enquanto voltada para a realidade fática, e não para este modelo de família que se projeta, ainda, do século XX. A partir disto, é que se pode pensar a possibilidade da equiparação da vertente socioafetiva da filiação às demais, principalmente a biológica, que atualmente tem sido priorizada sobre as demais. "Chegamos à suprema veneração: a descoberta do pai de sangue. Será o último ato? Ou melhor: a certeza da verdade biológica é a certeza da verdadeira filiação?" (FACHIN, 1996, p. 21).

3. A FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Destacadas essas questões, e delas munidas para que sejam tecidas as próximas considerações, é que se avança para a análise da filiação no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, desde 1988, a filiação é conceito único, no sentido de que não permite adjetivações de qualquer ordem; filho é filho, independente da natureza de seu vínculo de filho. Para pensarmos na filiação enquanto um conceito, podemos nos utilizar das palavras de LÔBO (2011), que enuncia: "Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se

estabelece entre duas pessoas, umas das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga" (LÔBO, 2011, p. 216).

A filiação é, portanto, vínculo que se dá entre pessoas naturais, que pode advir de um vínculo jurídico, ou genético, ou de um vínculo psicossocial. Assim, do ponto de vista da doutrina jurídica, temos que o conceito de filiação é unitário, mas pode advir de três vertentes: a jurídica, a biológica, e a socioafetiva.

A vertente jurídica da filiação está historicamente ligada à família transpessoal, sendo caracterizada pela presença de presunções legais de paternidade, funcionando principalmente em relação aos filhos advindos na constância do casamento. Por muito tempo, viveu-se a sacralização dessa vertente, que era priorizada em descon sideração às outras:

Neste período histórico, vivia-se, muitas vezes, uma imaginação jurídica com relação à identificação da paternidade, porque o sistema da época não permitia aberturas para desestabilizar a família matrimonial. Quando não coincidia o dado biológico com a presunção legal, o sistema enunciava a prevalência desse critério, afastando-se, portanto, da realidade (CARVALHO, 2012, p. 100).

Com as mudanças operadas na regulação jurídica da família, e com o avanço dos laudos técnicos de vínculo genético via comparação do DNA, a importância da filiação jurídica foi diminuindo, ao passo que crescia a da filiação biológica. Esta se conceitua a partir do próprio nome: trata-se da filiação advinda da genética, da consanguinidade, que pode ser aferida a partir de laudos científicos que atestam, com a segurança de 99,9999% para afirmação do vínculo e de 100% para exclusão deste, a existência ou não da paternidade biológica.

Tal vertente, embora tenha garantido efetivos direitos para sujeitos inicialmente excluídos da família patriarcal, permanece ligada a este modelo, uma vez que a filiação advinda da genética e não da afetividade resulta numa parentalidade necessariamente binária, e necessariamente heterossexual, assim como se mantém ligado à ideia de função procriadora que se atribui tradicionalmente ao casamento. Dessa forma, é que FACHIN anuncia: "(...) é sob o modelo biológico que o sistema jurídico inicialmente organiza o estabelecimento da filiação, embora não o reproduza fielmente" (FACHIN, 1992, 22).

Muda-se o paradigma: da centralidade da filiação jurídica passa-se à centralidade da filiação biológica; se antes as presunções legais, conectadas diretamente com o matrimônio, eram indiscutíveis - passado o exíguo tempo dado para sua contestação - ao passo que a ausência dessas presunções significava a impossibilidade de se estabelecer juridicamente o vínculo da paternidade, atualmente este tem sido estabelecido majoritariamente em

consonância com o disposto nos laudos de DNA. Mas tal mudança não significa necessariamente uma ruptura em termos de modelo ou estrutura familiar¹⁷.

No paradigma biológico, o qual pode ainda ser considerado dominante, a filiação tem sido entendida diretamente como a correspondência genética, não se levando em conta, muitas vezes, outros elementos da filiação, de modo que:

Houve uma mudança para outro extremo, também impróprio, pois se permite a propositura da negatória da paternidade indefinidamente no tempo, (...), correndo-se o risco de a discussão se resumir à análise da conclusão do exame de DNA e de não se averiguar a existência de filiação socioafetiva (CARVALHO, 2012, p. 101).

A predominância desta vertente pode ser identificada nas disposições da Lei 8.560 de 1992, especialmente em seu art. 6º, que dispõe: "Art. 6º. Das certidões de nascimento não constarão indícios de a *concepção* haver sido decorrente de relação extraconjugal." A importância dada pela Lei à paternidade biológica, advinda dos laudos genéticos, é também percebida no parágrafo único do art. 2º-A, incluído pela Lei nº 12.004 de 2009, que versa: "Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório."

Em vista dessa valorização, é que o aspecto socioafetivo da paternidade tem sido muitas vezes desconsiderado quando se trata da Ação de Investigação de Paternidade proposta pelo Ministério Público: "De certa perspectiva, a Lei 8.560/92 revela um biologismo exacerbado, superlativado ao avultar em único plano o aspecto de sangue da filiação. Peca por desconhecer seu caráter sociológico, que é reconhecido e considerado pelas mais modernas legislações sobre a matéria" (FACHIN, 1995, p. 44).

Neste ponto, para melhor delimitação do tema, é necessário que se faça uma ressalva acerca do direito ao conhecimento das origens genéticas, que se entende aqui relacionado com o reconhecimento da parentalidade, no termos que indica LÔBO (2004). Na verdade, como bem indica ALMEIDA (2003), o direito ao conhecimento das origens genéticas é um direito à *identidade pessoal*, advindo dos direitos da personalidade em consonância com a dignidade da pessoa humana, não se confundindo portanto com as teorizações aqui feitas acerca da paternidade socioafetiva. Esta ressalva é necessária para que se esclareça que, não obstante a defesa da importância do vínculo socioafetivo, não se está a diminuir a relevância do direito ao conhecimento das origens genéticas. Desta forma, "não significa dizer que a dimensão do vínculo de afeto entre pais e filhos afasta a verdade genética" (ALMEIDA, 2001, p. 161).

¹⁷ "Adentrando às portas do sistema jurídico, a ideia da verdade da filiação não apenas fez sucumbir o modelo clássico que inspirou o Código Civil brasileiro, como também fez ver a insuficiência do critério da descendência genética." (FACHIN, 1992, p. 150).

A terceira vertente da filiação é exatamente a que advém da socioafetividade, ou seja, da vivência concreta de uma relação paterno-filial ou materno-filial, identificada socialmente como tal, e sentida no profundo dos sujeitos nela envolvidos. Tal relação prescinde de qualquer relação jurídica ou mesmo consanguinidade, visto que é construída na realidade empírica, no mundo dos fatos, no dia-a-dia, através da convivência familiar.

Consideradas essas ressalvas, é necessário que se parta para uma análise mais detalhada da vertente socioafetiva da filiação, ainda não totalmente desenvolvida e aplicada no meio jurídico brasileiro, a fim de problematizar sua importância quando da aplicação da Lei 8.560 de 1992, sob a perspectiva da doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, prevista nos diplomas internacionais de Direitos Humanos.

3.1.FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: UMA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR.

As conformações familiares assumem diferentes formatos em diferentes sociedades, de forma que a relação entre as crianças e os adultos, principalmente aqueles entendidos como seus pais, varia e assume uma grande diversidade. Tal é a conclusão do trabalho desenvolvido pela antropóloga Barbara ROGOFF (2005), que ao estudar o desenvolvimento humano em variadas sociedades, indicou a presença de diferenças nos modos de se compreender o período que é entendido pela sociedade ocidental como *infância*, bem como nas próprias estruturas do parentesco.

Assim, enquanto em nossa sociedade os pais – no viés da família patriarcal, principalmente a mãe - se dedicam à criação dos filhos e assumem para si a responsabilidade de seu cuidado e educação, em outras sociedades, ou mesmo em diferentes momentos históricos, essa responsabilidade é, em diferentes medidas, mais socializada, de modo que:

As condições que dão conforto aos bebês muitas vezes envolvem outras pessoas, além da mãe. Seus vínculos estão intimamente relacionados a sistemas de cuidado de crianças da comunidade, refletindo circunstâncias históricas e valores culturais em relação aos papéis da família nesse cuidado (ROGOFF, 2005, p. 101).

O que esse estudo vem nos indicar, pode também ser identificado levando-se em conta algumas contribuições trazidas por autores da psicanálise, especialmente na vertente lacaniana: a relação paterno/materno-filial que predomina em nossa sociedade não deve ser entendida como natural; não advém de qualquer 'instinto' que se possa imaginar presente na espécie humana em seu cuidado com a prole, mas sim das construções culturais de cada sociedade, construções essas que podem se alterar a todo momento (LACAN, 2008).

Nesse sentido, a filiação não tem outro caráter senão cultural, construído nas vivências e práticas do dia-a-dia. LACAN (2008) se demonstra contrário à concepções segundo as quais haveria a atuação de um 'instinto' na relação entre mães/pais e seus filhos, afirmando que "as instâncias culturais dominam as naturais, ao ponto de não se poderem considerar paradoxais os casos em que umas substituem as outras, como na adoção" (LACAN, 2008, p. 08).

Também nesse sentido cite-se RODULFO (1990), psicanalista argentino que procura analisar a incidência do chamado *mito familiar* na construção do sujeito em sua infância. Tal *mito* trata-se da transferência dos *significantes* presentes no simbólico da família, na pré-história dessa família, que condicionam a construção da psique de seus integrantes; assim: "A questão do que é uma criança, em que consiste uma criança, conduz à pré-história (...) em direção às gerações anteriores (pais, avós, etc.), a história dessa família, seu folclore" (RODULFO, 1990, p. 17).

A história familiar, este folclore, enfim, o *mito familiar*, consiste num conjunto de determinações simbólicas, que incidem sobre a criança principalmente através da linguagem; uma bagagem hereditária simbólica, à qual é preciso questionar para se compreender a constituição de um determinado sujeito, membro de uma determinada família.

Sendo simbólica, esta bagagem se transfere com o atuar concreto através do papel parental: o cuidar, o educar, o afeto direcionado à criança, à convivência dada entre os sujeitos; posto esse aspecto em relevo, é clara a centralidade que o vínculo socioafetivo assume, pois que a parentalidade assim definida é "(...) vínculo socioafetivo, construído na convivência familiar por atos de carinho e amor, olhares, cuidados, preocupações, participações diárias. Investe-se no papel de mãe ou pai aquele que pretende, intimamente, sê-lo e age como tal (...)" (CARVALHO, 2012, p. 107).

Tal aspecto é essencial quando se analisa a regularização da situação jurídica de uma criança ou adolescente no tocante à sua paternidade. O reconhecimento de paternidade, forçado ou voluntário, faz parte da constituição da identidade da criança ou adolescente, influenciando na maneira como vivencia a proteção integral e os direitos conferidos pelo ordenamento, principalmente tendo em vista que:

Ser sujeito de direitos é ser titular de uma identidade social que lhe permita buscar proteção especial, já que se trata de uma "pessoa em condição peculiar de desenvolvimento" (art. 6º, ECA). Sua identidade pessoal tem vínculo direto com sua identificação no grupo familiar. Seu nome o localiza em seu mundo (PEREIRA, 2007, p. 29).

Daí porque não se pode desconsiderar a importância da vertente socioafetiva na constituição da paternidade, uma vez que ela se coloca como relevante para o sujeito que busca definir ou adequar juridicamente seu estado de filiação, de modo que este esteja em consonância com sua realidade histórica, representando o grupo familiar ao qual o sujeito de fato pertence.

Argumentar nesse sentido não é, no entanto, ignorar a importância do estabelecimento da paternidade a partir da vertente biológica da filiação, ou mesmo jurídica. A vertente biológica¹⁸, em especial, é meio necessário para se garantir a proteção integral da criança e do adolescente, como se abordará no tópico seguinte.

3.2. A SEGURANÇA ALIMENTAR E A PATERNIDADE BIOLÓGICA

Em que pese a relevância da paternidade socioafetiva, e a necessidade de que ela seja valorizada, importante destacar aqui que não se está a defender que as outras sejam desconsideradas, mas sim que esta seja encarada como tão importante quanto as demais. Atitude diferente levaria à uma transformação indesejada: acabar-se-ia com a hegemonia da verdade genética, e se entraria na absolutização da verdade socioafetiva.

Esta questão deve ser observada à luz, principalmente, dos casos em que não há paternidade socioafetiva configurada, nos quais colocá-la como necessária para se atribuir a paternidade a alguém, poderia significar insegurança material a uma criança, e mesmo à sua mãe, que se veria na necessidade de assumir todas as responsabilidades do cuidado de uma criança sozinha.

Em uma sociedade na qual ainda permanecem resquícios da ótica heteropatriarcalista da família, idealizar a socioafetividade e considerá-la requisito necessário para o estabelecimento da paternidade pode levar a um movimento que é o contrário do que a defesa da socioafetividade procura estabelecer: ignorar a realidade empírica, e voltar a consagrar um modelo ideal de família em detrimento das pessoas reais que muitas vezes se localizam a margem desse modelo.

Ora, a definição da paternidade tem efeitos práticos que não podem ser ignorados, principalmente a obrigação da prestação de alimentos; prestação esta que, na grande maioria das famílias brasileiras, é questão de segurança alimentar, e não de conforto. Condenar crianças à não terem acesso a esse direito porque seu genitor biológico não assumiu suas

¹⁸ "Na origem de sangue, por outra parte, a paternidade também se apresenta (...)" (FACHIN, 1996, p. 22).

responsabilidades afetivas em relação a elas, não construindo uma paternidade socioafetiva, seria a contramão do que se pretende alcançar com a abordagem da socioafetividade¹⁹.

Portanto, quando se defende aqui a consideração da socioafetividade, principalmente na atuação do Ministério Público a partir da Lei 8.560 de 1992, não é como requisito necessário para que se estabeleça a filiação, ou se proponha a Ação de Investigação de Paternidade; apenas como requisito que, presente nas relações concretas, deve ser considerado em relação aos demais, em vistas de se atingir o melhor interesse da criança, constitucionalmente e infraconstitucionalmente garantido em nosso ordenamento jurídico, bem como consagrado internacionalmente em vistas a proteger os direitos humanos destas.

O que não parece adequado é, em estabelecida uma relação paterno-filial na realidade fática, que se apresente a necessidade de realização do exame de DNA, como única forma possível para a regularização da situação jurídica da criança, como se apenas a vertente biológica da filiação merecesse consideração.

Assim,

Não se está aqui defendendo a adoção única ou prevalecente da "verdade" socioafetiva sobre as demais, o que seria deixar um modelo, um paradigma para dotar outro, mas sim, que essa "verdade" é uma outra face igualmente importante da filiação a ser, sempre, observada quando do estabelecimento ou do desfazimento da paternidade ou da maternidade (CARVALHO, 2012, p. 112).

É a partir dessas considerações e ressalvas, que analisaremos a possibilidade jurídica de o Ministério Público atuar como garantidor do reconhecimento da paternidade socioafetiva, através do instrumento da Ação de Investigação de Paternidade.

4. NOTAS SOBRE A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PARA RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Não existe em nosso ordenamento previsão normativa específica que disponha expressamente sobre filiação socioafetiva. Ela é construído que se apreende preponderantemente da realidade, e que é absorvida pelo direito a partir principalmente da principiologia constitucional, que incide sobre as normas de filiação, de forma que estas sejam

¹⁹ "A paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável" (FACHIN, 1996, p. 59).

compreendidas a partir da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, da paternidade responsável, da afetividade e do melhor interesse da criança.

A partir dessa interpretação constitucional, pode-se compreender estar presente a filiação socioafetiva em nosso ordenamento, a partir de alguns institutos jurídicos, como o art. 1593 do Código Civil, que estabelece: "Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem".

Há dois Enunciados nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, referentes a interpretação do supracitado artigo, que reforçam este entendimento; o Enunciado 103, da I Jornada de Direito Civil, de 2002, estabelece:

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 sócio-afetiva, fundada na posse de estado de filho (AGUIAR JR, 2007, p. 29-30, APUD: CARVALHO, 2012, p. 113-114).

O Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil de 2004, por sua vez, estabelece: "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil" (AGUIAR JR, 2007, p. 57, APUD: CARVALHO, 2012, p. 114). Colocada está, portanto, a possibilidade jurídica da filiação e, portanto, da paternidade socioafetiva.

Esta não pode, no entanto, ser exercida mediante reconhecimento expresso, diretamente diante do Ofício Registrador, uma vez que se estaria diante da chamada 'adoção à brasileira', prática não aceita pelo direito. Pode, e em alguns casos é, ser exercida através do instituto da adoção, na modalidade de adoção unilateral. No entanto, não se tratará aqui desta possibilidade, por ser já pacífica no direito, e por ser instrumento utilizado apenas em caso de desejo expresso do pai socioafetivo, e no qual a procura da regularização fica às custas e à cargo dos envolvidos, o que acaba por excluir grande parcela da população brasileira, de baixa instrução e frágil situação econômica²⁰. É exatamente em prol da salvaguarda dos direitos dessa população mais vulnerável, que se faz necessária a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva através do instrumental da Lei 8.560 de 1992.

Tratando-se a Ação de Investigação de Paternidade de meio processual adequado para se aferir paternidade atribuída a alguém, e reconhecendo-se a paternidade socioafetiva como vertente possível e relevante da filiação, não teria porque argumentar-se no sentido da

²⁰ Adicione-se, ao lado dessas questões de importância material, o apontamento formal de que a adoção unilateral não é o meio mais adequado de regularização da paternidade de uma criança que já possui vínculo constituído com um pai, uma vez que a adoção *constitui* a paternidade, ao passo que a Ação de Investigação de Paternidade *declara* situação já existente na realidade, sendo mais adequada, portanto.

inadequação do uso da referida ação para o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva. Por isso, defende-se a atuação do Ministério Público em se tratando desta vertente da filiação.

Mas, para sua utilização na prática, requer-se que seja mais do que uma possibilidade jurídica em abstrato. É necessário que se estabeleçam parâmetros para se identificar sua presença, ainda que estes não possam fixá-la de modo definitivo: por ser decorrente da realidade empírica, mister é que se respeite suas especificidades²¹. Feita essa ressalva, a doutrina tem indicado como parâmetro para a verificação da socioafetividade, a presença da chamada *Posse de Estado de Filho*.

4.1. A POSSE DE ESTADO DE FILHO COMO PARÂMETRO PARA O ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

O Estado de Filho refere-se exatamente à vivência da filiação na realidade fática, estando presente ou não o reconhecimento legal. Conforme ensina LÔBO (2011), a posse do estado de filho: "É uma combinação suficiente de fatos indicando um vínculo de parentesco entre uma pessoa e sua família que ela diz pertencer, (...)" (LÔBO, 2011, p. 236), ou ainda:

A posse de estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele, ou daqueles, que assume(m) o papel ou lugar de ou mãe, ou de pai, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade (...), devendo ser contínua (LÔBO, 2004, p. 510).

Tal estado se constrói, assim, na convivência familiar, pelo cumprimento dos pais dos deveres a eles estabelecidos, pela constituição e pela legislação infraconstitucional, pelo comportamento dos pais e do filho como tal, e pelo tratamento da comunidade em seu entorno, que reconheça a existência de vínculo paterno/materno-filial entre eles. Sobre a importância do reconhecimento da posse de estado de filho, FACHIN enuncia: "Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que apenas laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade socioafetiva que se capta juridicamente na expressão da posse de estado de filho" (FACHIN, 1996, p. 37).

De maneira geral, a doutrina identifica a posse de estado de filho quando estão presentes alguns elementos: a) *tractatus*: comportamento ostensivo de pais e filhos, os pais

²¹ "Não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam." (FACHIN, 1996, p. 68).

tratam determinado sujeito como se seu filho fosse, e este trata aqueles como se seus pais fossem; b) *nomen*: a pessoa leva o nome de família dos pais; c) *fama*: a comunidade reconhece que há entre aquelas pessoas vínculo de filiação (FACHIN, 1996, p. 69).

Não se devem erguer, no entanto, essas características ao patamar de *requisitos necessários*, uma vez que pode haver filiação socioafetiva ainda que não haja um, ou dois desses elementos. O *nomen*, por exemplo, pode não estar presente em caso em que não há o registro da pessoa pelo pai, embora este de fato a trate como se seu filho fosse, de modo que são assim reconhecidos pela comunidade em que vivem. Estes elementos devem ser, portanto, utilizados como parâmetro para se identificar a presença ou não de uma relação socioafetiva de filiação, e não como requisitos necessários sem os quais não se conceda a declaração da relação existente.

Ademais, a tradicional trilogia que a constitui (*nomem, tractatus, fama*), mostra-se, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríptico elenco há o mérito de descrever os elementos normais que de modo corrente demonstram a presença da posse de estado (FACHIN, 1996, p. 68).

Para a comprovação do estado de posse de filho, "qualquer meio de prova pode ser utilizado, desde que admitido em direito, para o convencimento do juiz, não tendo a lei estabelecido restrições ou primazias. São válidas as provas documentais, testemunhais, periciais, entre outras" (LÔBO, 2011, p. 237).

Assim, e utilizando-se deste conceito, comprovado a partir de quaisquer provas admitidas em direito, é que se pode defender o uso da Ação de Investigação de Paternidade, proposta pelo Ministério Público como representante da criança ou adolescente cuja paternidade se deseja regularizar, como meio de reconhecimento jurídico da realidade fática da filiação socioafetiva.

Tal reconhecimento, a partir de tal instrumento processual, poderia ocorrer inclusive em casos nos quais, não obstante o estabelecimento de vínculo paterno/filial socioafetivo através de vivência de longa duração, o pai venha a se ausentar de suas responsabilidades para com seu filho, ou seja, quando não se está diante de situação harmônica, mas sim litigiosa.

Nesse sentido, CARVALHO (2012) afirma ser possível se utilizar do instrumento da ação de investigação de paternidade, para se reconhecer juridicamente aquilo que já está no mundo dos fatos:

Não estabelecida a filiação, ou mesmo querendo afastar o vínculo jurídico existente, o filho pode sim, demandar o estado de filiação, através da ação de investigação de paternidade ou maternidade. É o estado de filiação que se busca, não se reduzindo a

uma paternidade/maternidade biológica. Logo, é admissível fundamentar uma investigação de paternidade ou maternidade na posse de estado de filho, buscar o reconhecimento do estado de filiação real da pessoa (CARVALHO, 2012, p. 94).

Tal entendimento é transformador, e deve ser levado em conta ao se interpretar as disposições da Lei 8.560 de 1992 e atuar em prol do reconhecimento da filiação socioafetiva, de modo que se abandone a completa hegemonia da verdade inscrita nos laudos de vínculo genético que impera atualmente no mundo jurídico, ingressando num outro momento do debate acerca da filiação, que seja marcado pela valorização da presença do afeto na realidade concreta, e pela proteção efetiva da pessoa humana e de sua dignidade, sem jamais perder em vista e, em verdade, guiando-se através do princípio do melhor interesse da criança.

Para consolidação de tal quadro, a legitimidade ativa do Ministério Público tem de ser reconhecida, como meio de igualar a importância das duas vertentes da filiação e, principalmente, de possibilitar que o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva seja possível mesmo para aquelas crianças cujas mães e pais não possuam as condições econômicas ou a instrução necessária para demandar a adoção unilateral, e também para aquelas cujos pais socioafetivos, após estabelecido o vínculo, venham a ofender o princípio da paternidade responsável, ausentando-se de suas vidas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Necessário é, enfim, que se avance ainda mais no que se refere à superação do paradigma anterior sobre filiação, o qual ainda se impõe de maneira forte em alguns âmbitos institucionais, principalmente nas Promotorias com competência para impetrar Ação de Investigação de Paternidade em nome das crianças que não possuem o nome paterno em seus registros de nascimento, nos termos da Lei 8.560/1992, as quais ainda insistem em se centrar na vertente biológica da filiação, ignorando a importância da socioafetividade.

Se existente uma relação socioafetiva constituída, deve-se considerar o Ministério Público competente para atuar em sua proteção, uma vez que assim já o é quando se trata da paternidade biológica.

Portanto, a inclusão da filiação socioafetiva como passível de ser requerida via investigação de paternidade, é necessária para que se iguale o *status* dessa filiação frente à filiação biológica; ora, se aquela é meio de filiação tão legítimo e reconhecido pelo direito como esta, não é possível que se defenda que não possa ser auferida através do instrumento

processual através do qual o Ministério Público, em defesa principalmente do interesse de crianças e adolescentes oriundos de famílias de baixa renda, está habilitado a atuar.

Diante de todo o exposto é que se demonstra, assim, a possibilidade de que o Ministério Público proponha Ação de Investigação de Paternidade para investigar a paternidade socioafetiva, nos moldes da Lei 8.560 de 1992.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Trad. Dora Fraksman. 2.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BARBOZA, Heloísa Helena. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil**. IN: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 103-136.

BRASÍLIA. Secretaria de Direitos Humanos. **Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2012**. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 25 de maio de 2014.

CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação Socioafetiva e "Conflitos" de Paternidade ou Maternidade: A análise sobre a Desconstituição do Estado Filial pautada no Interesse do Filho**. Curitiba: Juruá, 2012.

CNJ. **Cartilha Pai-Presente**. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/programas/relatorios-anuais/cartilha_pai_presente_v2.pdf>. Acesso em: 28/05/2014.

FACHIN, Luiz Edson(coord.). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Genesis, 1995.

_____. **Da Paternidade:** relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

FACCHINI, Regina. **Movimento homossexual no Brasil:** recompondo um histórico. In: Cadernos AEL, Vol. 10, No. 18/19 (2003), pag. 79-127. Disponível em: <http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes_ael/index.php/cadernos_ael/article/view/73>. Acesso em: 25 de maio de 2014.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** 1ª ed. (2009). 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

LACAN, Jacques. **Os Complexos Familiares.** Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge; Potiguara Mendes da Silveira Júnior. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética:** uma Distinção Necessária. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 505-530.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **“Novas” Entidades Familiares.** In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A construção dos novos direitos.** Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **"Isto é contra a natureza...":** acórdãos judiciais e entrevistas com magistrados sobre conjugalidades homoeróticas em quatro estados brasileiros. IN: GROSSI, Miriam Pillar; MELLO, Luiz; UZIEL, Anna Paula (orgs.). **Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis.** Rio de Janeiro: Garamond, 2007. Pp.131-152.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O "melhor interesse da criança"**. IN: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 01- 102.

PERROT, Michelle (org.). **História da vida privada 4: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. Trad. Denise Bottman; Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

RODULFO, Ricardo. **O Brincar e o Significante: um estudo psicanalítico sobre a constituição precoce**. Trad. Francisco Franke Settineri. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

ROGOFF, Barbara. **A Natureza Cultural do Desenvolvimento Humano**. Trad. Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2005.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WASELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2012. Crianças e Adolescentes do Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro, Flacso, 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_Crianças_e_Adolescentes.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2014.

WASELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2012. Os novos padrões da violência homicida no Brasil. Caderno Complementar 1: Homicídio de mulheres no Brasil**. São Paulo, Instituto Sangari, 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2014.