® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

A constitucionalização do direito de família

filhos de criação: uma abordagem paradigmática

Ana Paula Brandão Ribeiro*

Resumo

A família, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, assume uma conotação diferenciada, havendo, hoje, um estatuto unitário e igualitário de filiação, tendo como pano de fundo os princípios da liberdade e da igualdade. Entretanto, no que se refere aos filhos de criação, há um descompasso entre o que garantido constitucionalmente e o que é decidido pelos tribunais. Assim, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que esta prática encontra-se em completo descompasso com a realidade que nos cerca, bem como com os princípios constitucionais que norteiam o âmbito civil, uma vez que os filhos de criação devem possuir os mesmos direitos que qualquer outro filho. Por isso, não apenas propomos como, principalmente, demonstramos ser imperioso que o Direito, hoje, seja aplicado através de uma visão de integridade e coerência, indispensáveis à promoção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Família; Processo; Princípios; Integridade; Estado Democrático de Direito.

Introdução

Estado Democrático de Direito. Este é o paradigma da vez.

A Constituição Brasileira de 1988 dispõe no caput do seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. É em meio a este novo contexto que se vêem quebrados conceitos, até então, tidos como prontos e sólidos, capazes de fornecer uma resposta a todas as questões fáticas apresentadas.

Com o advento desse novo paradigma, verifica-se que tais conceitos não mais conseguem fornecer respostas únicas, tendo em vista que, conforme pensamento de Habermas, vivemos em uma sociedade "colcha de retalhos", marcada por uma diversidade muito grande, seja ela de cunho político, religioso, moral ou social. Ou, dito de outra forma, fazemos parte de uma sociedade plural. Assim sendo, não há como, neste cenário, ter-se sempre uma única resposta para as diversas questões que nos são, a todo o momento, apresentadas. Não se

trata aqui de negar a existência de uma resposta certa para os problemas apresentados, mas antes, de procurar demonstrar que a resposta certa ou errada para uma questão de direito não é a única, uma vez que esta varia de acordo com cada caso concreto. Da mesma forma, não existe necessariamente um caso fácil ou um caso difícil, mas antes, existe um caso concreto, como bem expõe Dworkin em sua obra "Uma questão de Princípio."[1]

Neste cenário, a família assume nova roupagem, possuindo, agora, concepções e valores totalmente diferentes dos da primeira metade do século XX. Seu conceito liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para rios muito maiores, que desembocam nos mares do companheirismo, do amor, do desvelo e da livre expressão do afeto, buscando a proteção e promoção de seus membros.

Desde 1979, com João Baptista Villela, o instituto da paternidade vem assumindo uma conotação diferenciada. A partir de então, a paternidade vem assumindo novos contornos, a ponto de se falar em desbiologização da paternidade. Com isto, este instituto ganha novas interpretações; interpretações essas que não se prendem a conceitos prontos e acabados, mas que se ampliam e se constroem a cada dia, a cada situação apresentada.

O artigo 5º, da Carta Magna dispõe: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E mais. Em seu artigo 227, parágrafo 6º, encontra-se a igualdade estabelecida entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção. Disto, conclui-se que todos os filhos, sem diferenciação ou discriminação alguma, terão os mesmo direitos e deveres.

Partindo deste conceito de família e de paternidade, percebe-se que, em relação aos filhos, estes não mais se classificam. Portanto, há hoje um estatuto unitário e igualitário de filiação, tendo como pano de fundo os princípios da liberdade e da igualdade.

Entretanto, sabe-se que a lei não é capaz de abarcar a gama de situações pela qual esta sociedade passa. Dentre estas situações, tem-se hoje o instituto da adoção de fato.

Como já demonstrado, o conceito de família e paternidade assumiu nova roupagem, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, deixando claro que os laços biológicos, que outrora eram tidos como os de maior relevância, hoje perderam espaço para valores muito maiores. Neste sentido, devem-se preponderar os laços de afeto, de desvelo, que vão muito além de configurações biológicas ou de qualquer exigência formal. Entretanto, tal não é o que se afigura na prática forense. No que se refere aos filhos de criação, há um completo descompasso entre o que é assegurado pela própria Constituição e afirmado pelos grandes doutrinadores, e aquilo que é decidido pelos nossos tribunais, ou seja, na teoria, plena igualdade; na prática, completa disparidade.

Neste sentido, surge a necessidade de se demonstrar que a prática jurídica não pode fechar os olhos para uma realidade evidente, afinal, o Direito tem um papel social a cumprir, e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que é chamado a reger, segundo as exigências da justiça e da eqüidade que constituem seu fim.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que esta prática encontra-se em completo descompasso com a realidade que nos cerca, bem como com os princípios constitucionais que norteiam o âmbito civil, uma vez que os filhos de criação devem possuir os mesmos direitos que qualquer outro filho. Por isso, não apenas propomos como, principalmente, demonstramos ser imperioso que o Direito, hoje, seja aplicado através de uma visão de integridade e coerência, indispensáveis à promoção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

2. Filiação – Conceituação

Antes de nos reportarmos especificamente ao tema proposto, mister se faz estabelecer o conceito do instituto em epígrafe, com vistas não somente a situar o leitor e, assim, facilitar o seu entendimento, como principalmente, corroborar o posicionamento a seguir defendido e fundamentado.

Filiação é "a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos" sendo, assim, "[...] o vínculo capital na organização da família"[2], conforme leciona Zeno Veloso.

Paulo Luiz Netto Lobo estabelece que

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele. [3]

Vale dizer, ainda, que o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Assim sendo, o estado de filiação de cada pessoa, que não se confunde com origem biológica, "[...] é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos." [4] Ou seja, o estado de filiação consolida-se na afetividade, [5] instituto este que, conforme se verá adiante, foi elevado à categoria de princípio jurídico constitucionalmente assegurado.

Assim sendo, pode-se dizer que a filiação é o instituto jurídico no qual se desenvolve todo o liame existente entre pais e filhos, independentemente da origem biológica, uma vez que aquele, como se verá mais detidamente, encontra seu ancoradouro no princípio da afetividade.

2.1 Três vertentes da Filiação

2.1.1 Presunçãopater is est

A presunção pater is est constitui na mais tradicional e caduca idéia de se ligar a filiação à origem matrimonial. Por meio dela, o conceito jurídico da paternidade encontrava-se indissociada do instituto do casamento. Razão pela qual expõe Vanessa Ribeiro Corrêa que

Os valores que sustentaram a era patrimonialista do direito civil, vivenciada e refletida em nosso ordenamento durante grande parte do século XX, materializavam-se, no que diz respeito ao direito de filiação, através do estabelecimento de um estado ficto de filho, derivado da conhecida presunção pater is est quem justae nuptiae demonstran.[6]

Disto tem-se que, no que se refere a esta primeira vertente, o fator preponderante no que tange à constituição da paternidade não era outro senão a existência da instituição matrimonial.Ou seja, o legislador pátrio

[...] fixava os moldes da determinação da paternidade, se legítima ou ilegítima, hipocritamente tutelando somente relações sexuais entre homens e mulheres casados, como se estas fora do casamento não existissem, e que dessas não pudesse advir a paternidade.[7]

Assim, a relação de paternidade encontrar-se-ia excluída "[...] todas as vezes em que não restasse comprovada a impossibilidade física de coabitação ou a separação dos cônjuges [...]"[8], o que, sem sombra de dúvidas, fica demonstrado que a preocupação com a paz familiar possuía maior relevância do que a verdade dos fatos.

Hodiernamente, entretanto, esta presunção continua a existir, porém, com conotação diversa desta apresentada. Ela assume nova roupagem, uma vez que a mesma "[...] reconfigura-se no estado de filiação, que decorre da construção progressiva da relação afetiva, na convivência familiar. [...] Hoje, presume-se pai o marido da mãe que age e se apresenta como pai, independentemente de ter sido ou não procriador."[9]

2.1.2 DNA

Toda a tradicional construção jurisprudencial e doutrinária tinha como ponto de partida o fato de que "[...] a paternidade era um mistério impenetrável, um verdadeiro enigma, um fato que não podia ser provado com absoluta certeza."[10] E foi com base neste liame biológico que a norma edificou seu sistema de relações paterno-filiais.

Assim acontecia até que, com o avanço científico e o progresso tecnológico, surgiu o exame de DNA. Este conferiu à filiação uma mudança em proporções, tendo em vista que, por meio do mesmo, passou-se a obter de forma precisa e induvidosa a origem genética de qualquer indivíduo. Afinal, por meio deste referido exame, segundo palavras de Zeno Veloso, permitiu-se "[...] tanto a inclusão quanto a exclusão da paternidade com confiabilidade superior a 99,9999%."[11]

Mas, um questionamento deve ser levantado: representa o resultado deste exame a prova única e cabal da filiação?Outra não pode ser a resposta que não a negativa. Isto porque, conforme assevera João Baptista Villela, "pensar que a paternidade possa estar no coincidir

de seqüências genéticas constitui, definitivamente, melancólica capitulação da racionalidade crítica neste contraditório fim-de-século".[12]

Pelo exposto, não encontra cabida a afirmação de que

[...] quando falamos do reconhecimento da paternidade, verificamos que nem sempre o vínculo jurídico entre pais e filhos se dá volitivamente, sendo preciso a intervenção do Estado-Juiz para a identificação deste vínculo.[13]

Isto porque, ao se falar em intervenção do Estado-Juiz através da sua atuação jurisdicional no domínio privado, não se está fazendo referência ao reconhecimento da paternidade, mas antes, da origem genética. Embora pareçam ser institutos iguais, os mesmos são completamente diferentes. Enquanto esta representa um dado, aquela é fruto de um querer; assim sendo, "se andam juntas, complementam-se. Se dissociadas, podem se contrapor."[14]Ou, corroborados pelas lições de Paulo Luiz Netto Lôbo,

O exame de DNA não confere a paternidade ou maternidade e afiliação a quem quer que seja, porque são conceitos jurídicos, hauridos na experiência social e afetiva, mas a confirmação ou não da origem genética; em outras palavras, do exame não sai pai ou a mãe, mas o genitor biológico, que pode ser eventualmente uma doador anônimo de sêmem ou óvulo.[15]

E, ainda, merece transcrição a observação de Eduardo de Oliveira Leite, citado por Rose Melo Vencelau:

Priorizando o biológico, fazendo depender a paternidade de um mero exame de DNA, o legislador confundiu e nivelou duas noções, concludentes, mas que podem se apresentar distintas, porque genitor, qualquer homem potente pode ser [...][16]

Assim sendo, embora constituindo um importante e poderoso meio de prova no que se refere ao reconhecimento da origem genética, o mesmo não se pode afirmar no que diz respeito ao reconhecimento da paternidade. Conforme já afirmado, esta não descende de laços de sangue, mas sim, do cordão umbilical do amor. [17]

2.1.3 Tendência à socioafetividade

Uma vez demonstradas as duas primeiras vertentes da filiação, que se encontram completamente vazias de sentido dentro do novo paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito no qual se encontra inserido o Direito de Família, quando analisadas exclusiva e abstratamente, passamos a analisar a mais importante delas: a tendência da filiação socioafetiva.

Esta, embora já desenvolvida por alguns doutrinadores, merece sempre atenção, uma vez que constitui ou, pelo menos, deveria constituir no primeiro e mais importante fundamento de demonstração da verdadeira paternidade.

Devido ao grau de sua importância, o presente trabalho destinará um capítulo específico para tratar sobre o tema. Assim, teceremos aqui apenas breves considerações.

Importante ressaltar que o tema do afeto, "pedra de toque" para a identificação de um elo de natureza familiar[18], foi, inclusive, elevado à categoria de princípio constitucional. Isto se deve ao fato de que agora as atenções são voltadas para os sujeitos, uma vez que as normas, por si só, são insuficientes para preservar e garantir a igualdade e conseqüente dignidade da pessoa humana.

Afastando-se da estrita exegese do Código Civil de 1916, a doutrina brasileira partiu, de forma gradativa, para "uma postura de valorização da igualdade entre os filhos e do reconhecimento socioafetivo da relação paterno-filial."[19] Esta paternidade socioafetiva, conforme se verá adiante, capta-se juridicamente na expressão da posse de estado de filho.Daí afirmar Villela que a paternidade "[...] reside antes no serviço e amor que na procriação".[20]

No que tange à expressão "tendência à socioafetividade", esta se refere não à doutrina, que afirma ser a socioafetividade um instituto presente e imprescindível para a constituição da verdadeira paternidade, principalmente na seara do Estado democrático de Direito no qual se encontra o Direito de Família. O objetivo de tal locução é demonstrar que, embora considerada unânime pela doutrina a sua importância, a jurisprudência não aplica tal instituto com igual consideração, principalmente no que tange aos "filhos de criação".

Infelizmente, ainda hoje encontramos inúmeros aplicadores do direito que se encontram cegados para uma realidade que está aí, diante de seus olhos, protegida, inclusive, constitucionalmente. [21]

Mas, queiram eles ou não, o fato é que a socioafetividade é o tema chave que norteia todo o âmbito do Direito de Família, sobre o qual não podem esquivar.

3. Do direito de personalidade

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 institui em seu art. 5º os direitos e garantias fundamentais. Estes possuem como norte a dignidade da pessoa humana[22]. Em face deste princípio fundamental, pode-se afirmar que a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim[23].

Nos dizeres de Fernando Ferreira Santos, citado por Sílvio Beltrão, "não há valor que supere o valor da pessoa humana". E é justamente neste sentimento de valor que se encontra o direito da personalidade[24] como projeção da personalidade humana. Ou, dito de outra forma, constituem os direitos da personalidade como categoria especial de direitos subjetivos que têm por fim garantir o gozo e o respeito a cada pessoa, individualmente considerada, em todas as suas manifestações, sejam elas de quaisquer naturezas forem.

O Código Civil vigente, vale dizer, tem a preocupação com a pessoa como ponto de partida; pessoa esta "que é o sujeito das situações jurídicas"[25], e que possui a

personalidade como faculdade a este reconhecida. Tal personalidade, que se adquire ao nascer, possui três atributos que a caracterizam, a saber: a capacidade, o nome e o estado.

A capacidade, em linhas gerais, constitui na medida da personalidade. Personalidade esta que é o atributo conferido às pessoas para serem titulares de direitos e obrigações na ordem civil. O nome, por sua vez, possibilita a identificação da pessoa diante da sociedade, permitindo a individualização desta. E tem-se, por fim, o estado, que possui autonomia absoluta, tendo em vista que este exprime a condição global do ser humano, podendo, conforme dizeres de Juliane Fernandes Queiroz, "prescindir de qualquer outro status".[26]

A pessoa, do nascimento com vida, que passa a ser titular do status personae[27], integra-se a uma comunidade maior que lhe concederá o estado de cidadão, assumindo, assim, o status civitatis logo que participa desta organização política estatal.[28] Existe ainda o status profissional que, sendo sempre adquirido e modificável, indica um estatuto normativo profissional. E, por fim, o status familiae, que se configura na posição ocupada dentro da comunidade familiar. [29]

3.1 Estado de Filiação como decorrência do direito de personalidade

Conforme mencionado, o status familiae tem por fim individualizar a pessoa dentro da família, definindo a sua posição bem como as posições que por ela serão exercidas.Além disso, estabelece os direitos advindos da sua posição para que, afinal, o Direito possa protegê-los.[30]

Importante assinalar que o status familiae é gênero, do qual são espécies o estado de cônjuge e o estado de filho. O primeiro, por não se referir ao trabalho ora apresentado, não será abordado. O segundo, por se tratar diretamente do presente estudo, será analisado posteriormente, com todas as minúcias devidas, tendo em vista o grau de sua importância dentro do atual contexto em que vivemos do Estado Democrático de Direito, onde a família assume nova roupagem[31].

Conforme entendimento de João Baptista Villela, em fase anterior à promulgação da Constituição da República de 1988, havia já uma nova tendência ao conceito de legitimidade em matéria de filiação, tendo esta como pressuposto

[...] não mais a fortuita procedência de justas núpcias, mas direito que assiste a cada ser humano de ter asseguradas as condições próprias ao seu processo de atingimento da idade adulta corretamente entendida, isto é, não mais como simples maturidade biológica, senão como verdadeira e integral autossuficiência; uma prerrogativa que se poderia incorporar ao capítulo dos direitos individuais nas constituições.[32]

Pode-se concluir disto posto, que o estado de filiação é um status, determinante, por sua vez, de outros aspectos do estado das pessoas[33]. Ou seja,

[...] determina a experiência da filiação, só possível através de uma construção parental, com esteio na vontade, no desejo, em uma verdadeira opção externada a todo tempo através do cuidado, do desvelo, do compromisso.[34]

Assim sendo, certo e completamente respaldado de razão encontra-se Paulo Luiz Netto Lôbo ao afirmar, categoricamente, que "o estado de filiação constitui-se ope legis ou em razão da posse de estado, por força da convivência familiar (a fortiori, social), consolidada na afetividade".[35]

Isto porque, além de conferir à pessoa um estado jurídico, garantindo-lhe deveres e prerrogativas, o estado de filiação encontra-se diretamente vinculado à experiência do "ser filho" e do "viver o afeto", fato este que contribui decisivamente para a promoção da dignidade da pessoa humana[36]; princípio este que constitui o cerne do ordenamento jurídico.

3.2 Posse de estado de Filho

A posse do estado de filho ou posse do estado de filiação , conforme já mencionado, constitui espécie do gênero status familiae. Ela é uma realidade social, apreensível no mundo dos fatos e condição si nen qua non para o estabelecimento de uma realidade jurídica da filiação alicerçada na verdade socioafetiva.

Tem-se esta quando, conforme se denota dos ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo, alguém assume o papel de filho em face de alguém que assuma o papel ou lugar de pai ou mãe; lugar este, vale dizer, que independe de vínculo biológico. Conforme próprias palavras do aludido doutrinador, "a posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade"[37], ou seja, é ela a responsável por revelar a relação paterno-filial.

Assim é que Zeno Veloso dispõe que a posse do estado de filho

[...] é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A desbiologização da paternidade tem, na posse de estado de filho, sua aplicação mais notória. [38]

Embora não contempladas expressamente pelo ordenamento jurídico tanto a posse do estado de filho quanto a paternidade socioafetiva, são encontradas através de uma interpretação extensiva e teleológica da Constituição, dentre outras fontes normativas, constituindo tanto elemento probatório quanto fonte de pretensão da filiação. Importante assinalar que, ao contrário dos nossos legisladores, que não atentaram para a importância técnica de se prever expressamente tais institutos em nosso ordenamento, os franceses caminharam há anos luz em nossa frente, uma vez que os mesmos, em legislação atual, já estabeleceram as espécies de presunção do estado de filiação, que não são taxativas.

Art. 311-1 do Código Civil Francês: A posse de estado se estabelece por uma reunião suficiente de fatos que indiquem a relação de filiação e de parentesco entre um indivíduo e a família a que se diz pertencer.

Assim, diante da timidez de nossa lei, torna-se imperioso que os nossos magistrados, quando da aplicação da lei, não a façam ao "pé da letra", mas antes, que realizem um trabalho interpretativo e coerente, alicerçado nos princípios constitucionais que informam a relação de filiação, de maneira tal que aqueles não sejam apenas a boca da lei, como diria Montesquieu, e sim promotores da dignidade da pessoa humanae colaboradores de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

3.2.1 Posse de Estado de Filho e seus elementos constitutivos

A posse do estado de filho é um instituto que possui natureza social e afetiva. E, como tal, não se constitui em um dado, mas antes, dá-se de maneira contínua, através de um construído.[39] Tal afirmação encontra substrato no fato de que, conforme palavras de Luiz Edson Fachin, "viver juntos, sem liame jurídico prévio, o que mantém esta condição é ser possuidor de um estado"[40].

Jacqueline Filgueras Nogueira, citando Julie Cristine Delinski conceitua a posse de estado como sendo "[...] o exercício de fato representado pela aparência de um estado, donde se presume sua existência, de tal forma que ela permite provar a filiação de afeto."[41]Deste modo, pode-se afirmar que a posse do estado de filho constitui o farol condutor da paternidade socioafetiva, sendo aquela materializada sempre que se consiga visualizar os seus elementos constitutivos; elementos estes que levam "[...] a uma concreta e efetiva relação filial, levando-se em consideração o comportamento daqueles que a integram."[42]

Salutar mencionar aqui o fato de que a legislação brasileira nada informa acerca deste instituto, ao contrário do ordenamento civil francês que, claramente, apresenta as espécies não taxativas de presunção do estado de filiação, em seus arts. 311-312:

a.Quando o indivíduo porta o nome de seus pais;

b.Quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais;

c.Quando os pais provêem sua educação e seu sustento;

d.Quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família;

e.Quando a autoridade pública o considere como tal.

Embora sendo indícios veementes da filiação, o Código Civil brasileiro não se utiliza da expressão "posse de estado". Tal omissão pode ser percebida da leitura de seu art. 1.605, inciso II, in verbis:

Art. 1.605 CC/02 – Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I – (..)

II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Certo é que a posse do estado de filho representa a manifestação fática do afeto, constituindo este na base das relações familiares. Uma vez reconhecido o afeto como valor fundante das relações parentais, dentre elas a paternidade, torna-se inafastável a consagração da posse de estado de filho como "o instituto apto a permitir o acolhimento da filiação como fato socioafetivo."[43]

A doutrina, tradicionalmente, indica como elementos caracterizadores ou constitutivos da posse de estado de filho o nome (nominatio), o trato (tractatus) e a fama (reputatio).

O primeiro significa a utilização pelo filho do patronímico pertencente ao pai, afinal é razoável que se pretenda que o nome da família seja utilizado pelo indivíduo ou, erroneamente como afirma alguns, pelo suposto filho.[44] Entretanto, o elemento nome é de somenos importância, uma vez quea paternidade poderá ser comprovada apenas com os outros dois elementos. Coaduna-se com referida posição as lições de José da Costa Pimenta, para quem "o elemento nomem encontra-se materializado sempre que exista entre as partes interessadas o simples chamamento recíproco de pai e filho".[45] Corroborando com o mesmo posicionamento está também José BernardoRamos Boeira, ao afirmar que

[...] a doutrina reconhece em sua maioria , o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a posse do estado de filho se concorrerem os demais elementos – trato fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado.[46]

Com relação ao trato, conforme se infere do próprio termo, este se configura através do tratamento que é dispensado na relação paterno-filial, ou seja, dá-se por meio da convivência. Não é de toda descabida a afirmação de que o elemento trato (tractatus) representa o "carro chefe" dos elementos constitutivos da posse de estado de filho. Tal assertiva encontra-se embasada no próprio conceito de filiação, sendo este único o de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, consolidando-se, portanto, na afetividade. Deste modo, o estado de filho encontra-se completamente ligado com a própria relação vivenciada com o pai,

[...] na medida em que este revela os sentimentos que nutre pelo filho através da preocupação com o seu bem-estar, cuidando de sua saúde, promovendo a sua educação, e também zelando a todo instante pela boa informação do filho.[47]

Portanto, o elemento tractatus é aquele que se dá no conviver, ou seja, manifesta-se nos atos do dia-a-dia, no educar, no instruir, no se divertir, no chorar e no sorrir, enfim, o trato

representa a manifestação fática da mais pura e verdadeira prova de filiação: aquela que se constrói e que se encontra alicerçada na afetividade.

E, por fim, como terceiro elemento tem-se a fama ou a reputatio. Esta nada mais é que a notoriedade acerca da filiação. Tal notoriedade não permanece circunscrita apenas no lar em que vivem pais e filhos, devendo transcendê-lo tanto a outros familiares quanto à sociedade como um todo.

Mister enfatizar que esta clássica trilogia não se trata de algo taxativo ou, recorrendo-nos à uma terminologia mais técnica, não se constitui em "numerus clausus", pois, conforme bem expõe Fachin,

[...] outros fatos podem preencher o se conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríplice elenco há o mérito de descrever os elementos normais que de modo corrente demonstram a presença da posse de estado.[48]

De todo modo, o importante é que o estado de filho vai muito além da mera aparência, uma vez, segundo ensinamentos do mesmo doutrinador,

[...] não só se exige a coincidência entre a verdade exterior e objetiva – aferível pelo meio social – e a verdade interior e psicológica, mas esta verdade interior se manifesta também objetivamente, na naturalidade com que se edifica a vida em relação.[49]

Em se tratando especificamente da experiência brasileira, a posse de estado de filho configura-se em três institutos, a saber, na adoção, na chamada adoção à brasileira e, inclusive, nos filhos de criação, aqui tratados.

Inegável, portanto, é o fato de que a posse de estado de filho, embora ainda não reconhecida expressamente pela legislação brasileira e analisada com muita cautela pelos "doutos juízes", representa algo presente na seara jurídica[50].E, em sendo assim, a mesma deve nortear não apenas a criação das leis, mas, principalmente, a aplicação destas pelos nossos magistrados, afinal, "[...] o estudo no âmbito do Direito de Família não se dá apenas sob o teor objetivo. É mais que o conjunto de normas que regulam as pessoas que estão ligadas entre si por alguma relação de parentesco ou outro vínculo que o Direito estabeleça."[51] Daí, poder-se afirmar que "não está aí o código da família"[52], tendo em vista que este encontra-se na configuração dos laços de afeto, que transcendem os mares do sangue[53] e não se arraigam a formalismos sem qualquer fundamentação. Conclusiva é a explanação de Silvana Maria Carbonera ao estabelecer que

Em se tratando de relações familiares, seu campo de atuação deve se limitar ao controle da observação dos princípios orientadores, deixando às pessoas a liberdade quanto à formação e modo de condução das relações. Nesse sentido, formando-se uma família que respeite a dignidade de seus membros, a igualdade nas relações entre eles, a liberdade necessária ao crescimento individual e a prevalência das relações de afeto entre todos, ao operador jurídico resta aplaudir, como mero espectador. [54]

Portanto, utilizando-se do pensamento de Zeno Veloso,"o legislador não pode dar as costas para este fato social"[55], haja visto o fato de que o tema ora enfocado trata-se de algo sobre o qual não se pode olvidar, devido a importância do mesmo.

4. Princípio jurídico da Afetividade

A família assume nova roupagem, possuindo, agora, concepções e valores totalmente diferentes dos da primeira metade do século XX. Seu conceito liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para rios muito maiores, que desembocam nos mares do companheirismo, do amor, do desvelo e da livre expressão do afeto, buscando a proteção e promoção de seus membros.

O art. 5º da Carta Constitucional dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E mais. Em seu art. 227, parágrafo 6º, encontra-se a igualdade estabelecida entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção. Disto, conclui-se que todos os filhos, sem diferenciação ou discriminação alguma, terão os mesmo direitos e deveres.

Partindo deste conceito de família e de paternidade, percebe-se que em relação aos filhos, estes não mais se classificam, uma vez que se encontram libertos dos carimbos e etiquetas, fruto de um passado estático. Portanto, há hoje um estatuto unitário e igualitário de filiação, tendo como pano de fundo os princípios da liberdade e da igualdade. Isso porque a afetividade é o valor fundante de qualquer núcleo familiar. [56] Assim sendo, pode-se observar que hoje, o personagem principal do ordenamento jurídico é a pessoa humana, objetivando fazer valer o princípio da dignidade.

Assim, encontramos no texto constitucional a igualdade estabelecida entre os filhos, sejam eles biológicos ou não. [57] Desta forma, o atual diploma não comporta nenhuma forma de exclusão entre os filhos, retirando destes qualquer possível "etiqueta" que lhes pudesse ser atribuída. Por isso, poder-se afirmar que o Direito de Família, hoje, encontra-se reedificado na "tábua axiológica constitucional."[58]

Embora não disposto expressamente em nossos diplomas legais, através de uma interpretação extensiva e teleológica dos mesmos torna-se possível encontrar a afetividade elevada à categoria de princípio jurídico[59]. O art. 1593 CC/02 é exemplo claro disso, ao rezar que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade ou outra origem." Fachin pronuncia-se a respeito do tema:

O contido no art. 1593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens de parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consangüinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e principiológica. [60]

Reiterando posicionamento anteriormente firmado, "a verdade socioafetiva da filiação se revela na posse do estado de filho, que oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação".[61]

Deste modo, ainda que timidamente, o elemento socioafetivo da filiação "[...] reflete a verdade jurídica que está para além do biologismo, sendo essencial para o estabelecimento da filiação."[62]Mesmo porque, conforme expõe José Sebastião de Oliveira,

[...] os integrantes das famílias, não obstante a intensa liberdade com que mantém seus relacionamentos, buscam cada dia mais o fortalecimento da reciprocidade dos seus sentimentos. Esse amálgama dos laços familiares é representado pela afetividade. Essa razão não vem de nenhuma estrutura legislativa codificada,[63]

Mas antes, advém da convivência, do desprendimento de amor, carinho e cuidado que se constroem.

4.1 A afetividade e os filhos de criação

O estado de filho afetivo, vale aqui mais uma vez frisar, revela, conforme ensinamentos de Maria Berenice Dias, "[...] a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva." [64]

A posse de estado de filho, na experiência brasileira, configura-se na adoção, na chamada "adoção à brasileira" e entre os filhos de criação. [65]

A adoção trata-se de um ato jurídico, formal e de vontade, "[...] que se prova e se estabelece por meio de um contrato ou de um julgamento (ato de vontade do juiz, mas que supõe previamente a vontade do(s) interessado (s)."[66] E, conforme se extrai da leitura do art. 1626 CC/02, é atribuída a situação de filho ao adotado, desligando o mesmo de qualquer vínculo com seus parentes consangüíneos, excetuando-se os impedimentos para casamento. Assim, embora sendo um ato jurídico e formal, o mesmo dá-se por meio da livre manifestação de vontade e, igualmente, mantém-se alicerçado no afeto.

No que se refere à chamada "adoção à brasileira", esta nasce quando a pessoa, voluntariamente, registra filho de outrem como se dela fosse, não existindo nenhum vício de consentimento no ato registral. Mas, independentemente do registro, é a relação de afetividade entre os pais e a criança que irão gerar a verdadeira paternidade. Conforme palavras de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira, "a autoridade parental é um processo dialético em que o pai educa o filho e, ao mesmo tempo, se deixa construir, se deixa mudar pela convivência e aprendizado." [67]

E, por fim, temos os filhos de criação; instituto que aqui possui maior relevância, por isso devendo ser analisado com maiores minúcias. O mesmo possui existência a partir do momento que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico, os pais criam uma criança por mera opção, entregando a esta todo amor, carinho e cuidado, próprios de

uma verdadeira paternidade. Afinal, conforme palavras de Jacqueline Filgueras Nogueira, "a paternidade não é uma imposição, mas uma opção," mesmo porque "[...] o amor depende de se tê-lo e se dispor a dá-lo."[68]

Com relação à terminologia utilizada no que tange ao instituto "filhos de criação", uma crítica deve ser levantada, haja vista o seu caráter pejorativo. Isto porque, uma vez que a Constituição não admite qualquer forma de discriminação entre os filhos, havidos estes do casamento ou não, sejam biológicos ou não, tal igualdade deve prevalecer, inclusive, na sua titulação. Assim, com propriedade afirma Maria Berenice Dias que

A palavra filho não admite qualquer adjetivação. A identidade dos vínculos de filiação divorciou-se das verdades biológica, registral e jurídica. Assim, aquele que sempre foi chamado de "filho de criação", ou seja, aquela criança [...] que passa a conviver no seio de uma família, ainda que sabendo da inexistência de vínculo biológico, merece desfrutar de todos os direitos atinentes à filiação. A pejorativa complementação "de criação"está mais que na hora de ser abolida.[69]

A partir daqui, pode-se afirmar categoricamente que, no que diz respeito aos filhos, erroneamente adjetivados pela expressão "de criação", estes terão os mesmos direitos e deveres atribuídos a qualquer filho, afinal, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de estabelecer a igualdade na filiação, possui como fim precípuo em seu ordenamento a proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, por questões didáticas, a expressão "filhos de criação" será utilizada no transcorrer do presente estudo.

Portanto, pode-se afirmar que a afetividade representa o valor fundante de qualquer núcleo familiar e que há, hoje, na seara do Estado Democrático de Direito, um estatuto unitário e igualitário de filiação, tendo como pano de fundo os princípios da liberdade e da igualdade.

5. Do Formalismo à verdadeira Filiação

Conforme anteriormente firmado no item 3.1 do presente trabalho - Estado de Filiação como decorrência do direito de personalidade -, o estado de filiação, além de conferir à pessoa um estado jurídico, garantindo-lhe deveres e prerrogativas, encontra-se diretamente vinculado à experiência do "ser filho" e do "viver o afeto", fato este que contribui decisivamente para a promoção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, além de não estar o princípio da afetividade manifestado expressamente em nosso ordenamento pátrio - o que por si só já constitui um óbice à sua efetivação, tendo em vista a restrita visão à letra da lei por alguns magistrados quando de sua aplicação -, igualmente não encontra a proteção expressa no que tange aos filhos de criação.

Tal inobservância encontra-se patente no Código Civil Brasileiro. Este, em seu artigo 1.603[70], limita-se a disciplinar que a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil. E em seu artigo 1.605, II[71], dispõe apenas que na falta do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível

em direito, quando existirem presunções veementes de fatos já certos. Assim sendo, este ordenamento é impreciso, para não dizer omisso, no que diz respeito ao instituto "filhos de criação".

Como já demonstrado, o conceito de família e paternidade assumiu nova roupagem, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, deixando claro que os laços biológicos, que outrora eram tidos como os de maior relevância, hoje perderam espaço para valores muito maiores. Neste sentido, devem-se preponderar os laços de afeto, de desvelo, que vão muito além de configurações biológicas ou de qualquer exigência formal.

Entretanto, o que se percebe na prática dos nossos tribunais é que os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade não são aplicados em relação aos filhos de criação, no que tange aos direitos e deveres decorrentes da própria relação paterno-filial, como por exemplo, as sucessões e os alimentos. O fato de não serem estes registrados, ou seja, de inexistir uma formalidade burocrática - como ocorre com a adoção judicial, que passa por todo um trâmite legal -, retira da pessoa, por exemplo, o direito a suceder, ainda que presentes todos os requisitos que, hoje, levam à configuração da verdadeira paternidade, quais sejam, a relação de afeto, carinho e companheirismo entre pais e filhos, sejam eles biológicos ou não.

A par do que hoje se tem como verdadeira paternidade é que propomos uma aplicação do direito, baseada em uma hermenêutica constitucional, afastando, portanto, toda e qualquer pura subsunção da lei, que não possui consonância alguma, pelo menos no que diz respeito aos filhos de criação, com o paradigma atual do Estado Democrático de Direito, no qual se encontra inserido o Direito de Família.

5.1 Do fetichismo das normas a uma aplicação construtiva do Direito

Vivemos em uma sociedade plural, onde situações novas aparecem a todo instante, não sendo possível a existência de um ordenamento jurídico que consiga disciplinar, de forma completa, todos os possíveis eventos que venham ocorrer nesta seara. [72] Uma destas situações não abarcadas pela legislação civil, diz respeito aos filhos de criação.

Entretanto, o fato de existir este silêncio normativo não retira dos filhos de criação a igualdade que é conferida à filiação, em sua acepção mais ampla. Mesmo porque,

A descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito da filiação, qualquer que seja ela, de ver declarada a paternidade. Essa negação é francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal.[73]

Entretanto, o que se percebe, na prática forense, é que nas ações que têm como pedido uma declaração de filiação aos filhos de criação, seja esta para a concessão do direito a suceder e obter alimentos, ou quaisquer outros direitos e deveres decorrentes da relação paterno-filial, os tribunais não chegam, sequer, a analisar o mérito da questão. É praticamente unânime, nestes casos, a extinção do processo sem julgamento do mérito, uma vez que, segundo a errônea interpretação dos nossos doutos juízes, configura-se nestas ações a impossibilidade

jurídica do pedido. E o mais alarmante é que estas análises dão-se sem que ao menos sejam analisadas as situações concretas, diante das quais se encontraria provada a materialidade da existência real de filiação. Ou seja, os tribunais buscam o sentido das proposições jurídicas na abstração da lei para solucionar casos concretos. Assim, o simples fato de não possuir o filho de criação um documento formal de registro retira deste todos os direitos a ele inerentes, ainda que, conforme comprovado, a verdadeira paternidade encontra-se, hoje, alojada na relação de afeto despendida entre pais e filhos.

A CR/88 dispõe, claramente, que não pode existir diferenciação entre os filhos. Entretanto, o que se percebe é que há uma discriminação clara e evidente no que tange aos filhos de criação.Exemplo disso é o que se haure do seguinte julgamento do TJRS, citado por Belmiro Pedro Welter:

No sistema jurídico brasileiro não existe a adoção de fato, e o filho de criação não pode ser tido como adotado ou equiparado aos filhos biológicos para fins legais, tais como direito à herança. (Ac. 596038091, da 8 Câm. Cív. Do TJRS, em 15/04/1996, rel. Sérgio Gischkow Pereira, em RJTJRS 178/371). [74]

Igual discriminação é o que se observa na seguinte apelação do TJRS:

AÇÃO ORDINÁRIA DE RECONHECIMENTO DE QUALIDADE HEREDITÁRIA, NA CONDIÇÃO DE FILHO. O filho de criação não pode ser equiparado ao filho adotivo. Assim, pouco importa a incidência ou não, das normas constitucionais (grifo nosso). Ação improcedente. Apelo desprovido, unânime. [75]

Para tornar mais veemente a flagrante discriminação realizada por nossos tribunais, valemo-nos, ainda, da seguinte apelação do TJRS:

FILHO DE CRIAÇÃO. ADOÇÃO. SOCIOAFETIVIDADE. No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessário que esteja efetivamente consolidada. A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não de posse de estado, revelando quem efetivamente são os pais. A apelada fez questão de excluir o apelante de sua herança. A condição de "filho de criação" não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato (grifo nosso). APELO DESPROVIDO.[76]

Além destes flagrantes atentados aos preceitos constitucionalmente assegurados à filiação, resta ainda demonstrar que outros absurdos são igualmente realizados na prática forense, tendo como explicação única o fato de que os filhos de criação não podem ter os mesmo direitos, por exemplo, no que se refere à sucessão, simplesmente pelo fato de que o Estado não pode praticar um ato que, em vida, o pai ou a mãe, podendo-o fazer, não fizeram. [77] É o que se observa do julgado recente do TJMG:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - POSSE DO ESTADO DE FILHA - EFEITOS JURÍDICOS - INGERÊNCIA DO ESTADO NA VONTADE DO CIDADÃO - DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE - ADOÇÃO -

GARANTIA CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS - NÃO PROVIMENTO DO RECURSO - O Estado não pode contrariar a vontade do cidadão, já falecido, que teve a oportunidade deadotar a Autora e não o fez, preferindo apenas cumprir com as obrigações do pátrio poder que lhe foi outorgado judicialmente pela mãe biológica, função que exerceu com brilhantismo.

[...] Quanto ao mérito, não vejo como acolhê-lo (grifo nosso). Em que pese o brilhantismo do ilustre causídico, bem como o aspecto inovador da tese da paternidade sócio-afetiva, a questão é mais ampla, porque o falecido teve oportunidade de legalizar a adoção e não o fez em vida, razão pela qual não vejo como a Justiça poderá preencher tal lacuna.

A tese da posse do estado de filho como fato gerador de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação nos leva a questionar se a verdadeira paternidade se explica apenas pela genética. Sabemos que não. Tanto que a legislação veio ampliar o instituto jurídico da adoção, consagrado na Constituição Federal que, no art. 226, § 6º concede aos filhos, havidos ou não das relações do casamento ou por adoção os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

No presente caso, a Autora requer seja declarado que seu pai é o senhor Joaquim Fernandes de Morais, pessoa que a acolheu aos três anos e a criou como se filha fosse [...]

Compulsando os autos, ficou evidenciado que a Autora foi realmente criada pelo Sr. Joaquim Fernandes de Morais, que a levou para residir em sua casa, sendo que ele preencheu o papel de pai e a mãe do falecido, Sra. Ana, foi quem exerceu a função de mãe da criança, sendo que os outros irmãos do falecido a consideram como verdadeira irmã, haja vista as declarações dos mesmos juntada aos autos, (grifo nosso) fls. 20 a 26.

A prova documental também é clara ao evidenciar que o falecido compareceu em juízo e recebeu da mãe biológica da Autora autorização para a outorga do pátrio poder, fls. 27, em 1961. Outra evidência é a sentença de emancipação concedida à menor a fim de contrair matrimônio.

Portanto, diante do grau de afetividade que a Autora demonstrou pelo falecido, evidente que ele se desincumbiu com brilhantismo da função outorgada pelo pátrio poder, ou seja, "obrigou-se a criá-la, educá-la, mantê-la em sua companhia e de sua mãe, (mãe do falecido),cuidar de seus interesse em juízo e fora dele e ampará-la como se fossem seus pais"...fls. 29. Deu-lhe realmente uma família em que se sente perfeitamente integrada e há mesmo notícia de que o de cujus fez doação à autora do imóvel no qual reside atualmente, fls. 25.

E a Autora honra a educação que recebeu, demonstrando carinho e reconhecimento para com o pai/padrinho, bem como para a mãe do falecido, que foi sua verdadeira mãe e aos seus irmãos, trazendo muitas alegrias a esta família.

Mas o falecido não cuidou de adotá-la do ponto de vista legal, sendo este o ponto central da questão. Se tinha este instituto a sua disposição e não o utilizou em vida, não pode agora, depois de sua morte, haver ingerência estatal a autorizar tal situação (grifo nosso).

Não se discute que o Direito de Família deve ser dinâmico e seguir a evolução dos tempos. Também é perfeita a assertiva de que a interpretação das leis não deve ser formal, mas antes de tudo real, humana e socialmente útil, cabendo ao Judiciário examinar cada caso e aplicar a lei com eqüidade (grifo nosso). Mas não pode o Estado exercer ingerência na vida do cidadão a ponto de contrariar sua vontade ou mesmo impor uma vontade que não foi manifestada pelo falecido.[78]

De todo o exposto, o que se observa é que, independentemente de toda vedação que se tem com referência à discriminação na filiação, bem como através da elevação da afetividade à categoria de princípio jurídico, o que se tem, ainda hoje, é um flagrante desrespeito a estes preceitos. Isto reside no fato de que, hodiernamente, na conjuntura do atual Estado Democrático de Direito, existem ainda aplicadores arraigados a formalismos, à aplicação literal da lei, esquecendo-se estes de que, continuando assim a agir, o princípio da dignidade da pessoa humana não passará de bela expressão normativa, sem aplicação prática alguma, tornando-se, desta forma, um fim em si mesmo.

Torna-se imperioso afirmar que a aplicação do Direito deve se dar de maneira construtiva, desprendendo-se das amarras das formas e da burocracia, que acabam por gerar um retrocesso social.

Valendo-nos das lições de Eduardo Cambi,

O fetichismo das normas há de ceder à justiça do caso concreto, quando o juiz tem que optar entre o formalismo das regras jurídicas e a realização humana e mais socialmente útil do Direito. Na dúvida, há sempre que escolher a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana."[79]

Assim,

É de grande relevância desmistificar o estado de filiação como vínculo exteriorizado através de uma certidão de nascimento, para investigar o seu real conteúdo. Apenas quando estiverem sedimentados os contornos do que significa ser filho para o Direito é que será possível a verdadeira incorporação deste como um direito da personalidade, porque esta experiência é essencial para a concretização da dignidade humana [...]. [80]

Concluindo, fazemos nossas as palavras de Maria Berenice Dias:

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização destes direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva para a sua satisfação. Passa a haver também uma obrigação negativa de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização. Assim, o legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo legislador ou pelo Judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional. [81]

5.2 Filhos de Criação e União Estável: uma analogia necessária

O tema em epígrafe busca demonstrar que, no que refere às garantias devidas aos filhos de criação, embora estas não se encontrem manifestamente inseridas no ordenamento civil, as mesmas não podem deixar de serem aplicadas. Como salienta Sérgio Resende de Barros,

[...] por ser uma relação entre os indivíduos, o afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidades entre os sujeitos. Daí, porque o direito o protege não apenas como fato individual, mas, também como fato social. O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação, etc.[82]

Não obstante a existência dos princípios jurídicos, poder-se-á suprir as lacunas da lei por meio, inclusive, da analogia; analogia esta que constitui fonte do direito.[83]

No âmbito constitucional, segundo a lição de Canotilho, existe uma lacuna "quando se verifica uma incompletude contrária ao "plano" da ordenação constitucional", sendo possível deduzir a disciplina jurídica faltante "a partir do plano regulativo da Constituição e da teleologia da regulamentação constitucional"[84]. A técnica utilizada para a complementação é a analogia, que se traduz "na transferência de uma regulamentação de certas situações para outros casos merecedores de igualdade de tratamento jurídico e que apresentam uma coincidência axiológica significativa".[85]

A analogia imediata não seria outra senão com a união estável, instituto conceituado como convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.[86] Esta, assim como o instituto filhos de criação, é desprovida de maiores formalidades constitutivas. Tal fato, entretanto, não lhe retira o atributo de entidade familiar, tendo em vista que, conforme palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, "clareza e transparência acabam por preservar o mais importante, que é o amor, o afeto." [87] Solidificando tal afirmativa encontra-se a lição de Maria Berenice Dias:

A Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao afeto, ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar. Não obstante as interpretações restritivas do texto constitucional pelos profetas da conservação, há a necessidade de afastar essa baixa constitucionalidade que se quer emprestar à união estável, a desigualando do casamento. A esse tratamento equalizador foram fiéis as primeiras leis que regulamentaram a união estável, não estabelecendo diferenças ou revelando preferências. [88]

Além da união estável, podemos nos valer, ainda, da experiência das sociedades de fato do Direito Comercial. Sociedade de fato, nas palavras de Francisco Amaral, "é aquela sociedade que, não preenchendo os requisitos legais para sua existência jurídica, tem, contudo, uma existência material."[89] Assim, embora não possuindo personalidade jurídica, a mesma tem responsabilidade pelos atos que praticar. Deste modo, ambas são situações de fato. Ainda que desprovidas de meras formalidades, não há dúvidas quanto aos efeitos jurídicos gerados pelas mesmas.

Feitas estas considerações, mister dizer que em relação aos filhos de criação, á falta de formalidades, prevalece a liberdade em conviver e a igualdade entre as entidades familiares.

Importante entendimento é firmado por Maria Berenice Dias em suas considerações acerca do princípio da igualdade e respeito à diferença:

É a questão da justiça que permite pensar a igualdade. Na presença de vazios legais, o reconhecimento de direitos deve ser implementado pela identificação da semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia que se funda no princípio da igualdade.[90]

Sendo assim, se aos conviventes e às sociedades de fato são deferidos direitos e deveres, por que aos filhos de criação são negados? Não há uma contradição aparente, na prática, entre o que dispõe a Constituição e a própria doutrina, em relação ao que é decidido pelos tribunais no que diz respeito aos chamados filhos de criação?

Por isso afirmar-se que esta prática encontra-se em completo descompasso com a realidade que nos cerca, bem como com os princípios constitucionais que norteiam o âmbito civil, uma vez que os filhos de criação devem possuir os mesmos direitos que os filhos da adoção judicial. Afinal, "filho, de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação, é filho, simplesmente filho, e basta, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho."[91]

6. Aplicação do Direito como integridade

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme visto, houve a consolidação de novos paradigmas no Direito de Família, deixando este de se pautar nos clássicos conceitos de casamento, procriação, patrimonialismo, patriarcalismo, bem como na diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos.

Perante este diploma normativo, a família torna-se a base da sociedade, "independente do tipo de arranjo familiar na qual se revela;" assim, trata-se a Constituição de uma regra de inclusão e, portanto, enaltece a liberdade de cada um.

É nesta perspectiva que o Direito deve ser visto numa concepção de integridade; concepção esta desenvolvida por Ronald Dworkin e merecedora de todas as atenções, devido à importância de sua aplicação no paradigma do Estado Democrático de Direito em que nos encontramos.

Tal concepção possui relevância extrema no que tange aos filhos de criação, afinal, para estes não existem normas civis expressas que tutelem os seus direitos. E, não obstante o fato de inexistirem essas normas expressas, as normas existentes de caráter geral não são observadas pelos aplicadores do direito, uma vez que estes se encontram, em sua grande maioria, presos a formalismos exacerbados.

Entretanto, o fato de um caso concreto não se subsumir claramente a uma norma jurídica, ainda assim não confere ao juiz discricionariedade para decidir ao seu bel prazer. Isso

porque, além do juiz dever interpretar o direito de maneira flexível, reformulando decisões que não se adequam mais àquele paradigma, o mesmo deve descobrir o melhor direito para o caso específico. [92]

Tomando como ponto de partida o fato de que o Direito é uma ciência humana, o mesmo não pode se estagnar no tempo. Desta forma, ele deve acompanhar a evolução constante da sociedade; sociedade essa, vale dizer mais uma vez, completamente plural, caracterizada por uma heterogeneidade marcante de concepções políticas, filosóficas, religiosas, morais e culturais.

Desta forma, por saber o juiz que o livro de regras é pobre demais, simplista e insuficiente demais para uma sociedade plural como a nossa, deve este juiz transcender o legalismo. Entretanto, para que isto ocorra, não pode este mesmo juiz INVENTAR o Direito, mas antes, flexibilizar ou adaptar o Direito. De acordo com os ensinamentos de Ronald Dworkin, isto não se trata de INVENÇÃO e sim de DESCOBERTA. Descoberta aqui entendida como aplicar o melhor direito para o caso em concreto. Neste viés, quando se fala em poder discricionário do juiz, não se fala em invenção, tendo em vista que a decisão deste encontra-se envolta pelos princípios, entendidos estes como direitos individuais das partes envolvidas. Tudo depende do contexto. Isto porque o referido autor trabalha o Direito como integridade; integridade essa que "pressupõe um dinamismo e uma permanente transformação, sem perder, contudo, a coerência."[93]

José Emílio Medauar Ommati, citando Baracho Júnior, dispõe que

A integridade é dividida por Dworkin em integridade na legislação e integridade na aplicação. No primeiro caso, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios; no segundo, requer-se que aqueles responsáveis por decidir o sentido da lei busquem coerência com a integridade. Isso explicaria porque os juízes devem conceber o corpo de normas que eles administram como um todo, e não como um cenário de decisões discricionárias no qual eles são livres para fazer ou emendar as normas, uma a uma, com um interesse meramente estratégico.[94]

Portanto,

Perante uma situação em que se discuta a existência de um direito fundamental não enumerado, é preciso interpretar as normas de princípios a serem consideradas e, se for o caso, as relativas ao regime, a fim de constatar a dimensão da zona cinzenta nelas presente e elaborar o preceito capaz de suprir a lacuna. A natureza fundamental desse direito assim revelado há de ser argumentativamente demonstrada, pela sua compatibilidade ao sistema de direitos existente e à própria Constituição material, cujo pressuposto antropológico é a dignidade da pessoa humana, a ser realizada em uma sociedade de pessoas livres e iguais, em um Estado de Direito, organizado sob regime de Democracia Social. O resultado deve ser compatível com o texto constitucional, como um todo, pois a interpretação e a integração devem ser sistemáticas. No trabalho integrativo, mister examinar não apenas o texto, mas também o contexto, a realidade social onde aquele se insere.[95]

Assim, conforme palavras de Menelick Carvalho Netto, o Judiciário ocupa um papel central na árdua tarefa de promover não somente a segurança jurídica, mas a crença no próprio Direito, na justiça[96]. Afinal, o Direito, enquanto princípio, somente se realizará de forma efetiva a partir do momento em que o intérprete – leia-se aqui, juiz – fornecer uma decisão pautada pela análise daquele caso concreto, de maneira tal que todos os indivíduos formadores daquela lide sejam tratados com igual consideração e respeito.

Conclusão

A tendência da família contemporânea é, sem sobra de dúvidas, tornar-se um grupo cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados. Família essa, vale dizer, considerada a base da sociedade pela nossa Constituição. Daí, poder-se falar na figura da família-instrumento, uma vez que agora, na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito, é ela a responsável por propiciar um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros , de maneira a se promover, de maneira efetiva, a dignidade de seus integrantes. ,

É nesse sentido que se pode afirmar, de forma categórica, que a família, hoje, não se encontra caracterizada pela sua estrutura, mas antes, pela sua função desempenhada de espaço de troca de afeto, assistência moral e material, companheirismo e auxílio mútuo.E é na filiação, seja ela biológica ou não biológica, que a família encontra seu vínculo capital de organização. Importante estabelecer que o estado de filiação representa um status determinante de outros aspectos do estado das pessoas, uma vez que muito além de conferir à pessoa um estado jurídico, garantindo-lhe direitos e deveres, ele encontra-se diretamente ligado à experiênciado "ser filho" e do "viver o afeto", contribuindo de forma decisiva para a promoção da dignidade da pessoa humana. Esta experiência do ser filho, de suma importância para a família contemporânea, é auferida através da posse de estado de filho.

O instituto da posse de estado de filho encontra-se, por sua vez, alicerçado na verdade socioafetiva , ou seja, sua exteriorização encontra-se na convivência familiar e na afetividade. Desta forma, a sua configuração não diz respeito à existência de registros, de nomenclaturas técnicas ou de exames laboratoriais, por exemplo, mas antes, da convivência fraternal, que se constrói dia-a-dia, como se dá com os filhos de criação.

Entretanto, não bastasse o fato de nossa legislação civil ser omissa no que se refere ao reconhecimento expresso quanto aos filhos de criação e seus conseqüentes efeitos jurídicos, existe ainda o entrave que gira em torno da aplicação das leis pelos magistrados. Estes, em sua grande maioria, fecham os olhos para uma realidade que saltam aos seus olhos, optando em continuar seguindo seus formalismos exacerbados, aplicando o processo abstrato da subsunção da lei ao caso, ainda que isso implique lesão a direito. Desta forma, arraigado às formas, o aplicador do direito esquece-se de sua real função, qual seja, aplicar o direito de maneira efetiva, justa e coerente. Ou, dito de outra forma, preso à literalidade das normas, suas decisões acabam por ferir de morte a ordem jurídica, tendo esta a pessoa humana como seu fundamento e seu fim e, desta forma, afastando-se cada vez mais das necessidades sociais. Assim, vê-se que o afeto, ainda hoje, perde espaço para critérios deterministas e descomprometidos com a tutela da dignidade da pessoa humana.

No que tange especificamente aos filhos de criação, estes possuem os mesmos direitos e deveres que qualquer outro filho, afinal, a própria Constituição, de forma expressa, veda qualquer forma de discriminação entre os filhos. Assim, o fato de inexistir um mero registro não constitui justificativa capaz de retirar destes todas as prerrogativas devidas, mesmo porque não são formalidades que configuram a paternidade, mas antes, as relações de afeto despendidas entre pais e filhos, que são construídas no dia-a-dia da família.

Além disso, importante frisar que além da igualdade estabelecida entre os filhos, a família contemporânea é caracterizada pela liberdade. Assim, sua forma de constituição fica a cargo do livre arbítrio dos seus membros. É com base nisso que nas ações que tenham como pedido uma declaração de filiação aos filhos de criação, completamente vazios de sentidos encontram-se os argumentos dos nossos doutos juízes, no sentido de que, segundo os mesmos, ao Estado não cabe praticar um ato que, em vida, o pai ou a mãe, podendo-o fazer, não fizeram.

O Direito de Família, hoje, não pode ser reduzido a um código de regras prontas e acabadas, mesmo porque, humanamente impossível seria criar um livro de regras capaz de abarcar todas as situações pelas quais uma sociedade plural, como é a nossa, possa vir a vivenciar. Desta forma, o problema maior não reside nos textos normativos, mas acima de tudo, na aplicação destes. Isto porque, sem que seja feita uma análise minuciosa de cada caso específico, não há que se falar em aplicação efetiva do Direito; afinal, esta efetivação somente ocorrerá a partir do momento em que houver coerência na criação e, principalmente, aplicação do Direito.

Ou, reportando-nos aos ensinamentos de Dworkin, ao aplicador do Direito resta o dever de aplicar o melhor Direito a cada caso concreto, de modo tal a encontrar a resposta certa para aquela situação específica. Afinal, a resposta certa para o Direito sempre existe, entretanto, ela não é a única, uma vez que varia de acordo com cada caso específico.

Portanto, é partindo da igualdade na filiação estabelecida pelo diploma constitucional, bem como do seu preceito maior que é a promoção da dignidade da pessoa humana, que afirmamos categoricamente que aos filhos de criação deve o aplicador do direito – leia-se aqui juiz – conceder-lhes todos os direitos e deveres derivados da própria relação paterno-filial, quando presente a mais robusta de todas as provas em questão de paternidade: a relação de afetividade existente entre pais e filhos; relação esta que, conforme outrora mencionado, é fruto de um querer.

Somente assim, tratando a todos com igual consideração e respeito e aplicando o Direito numa perspectiva de integridade é que se poderá chegar a uma sociedade verdadeiramente democrática e a um real Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS:

ALBUQUERQUE JÚNIOR. Roberto Paulino. A filiação socioafetiva no Direito Brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre , v.8, n.39, p.52-78, dez./jan. 2007.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 5ª ed., rev. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre : Síntese, v.4, n.14, p. 05-10, jul./set. 2002.

BELTRÃO, Sílvio Romero. Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

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

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral à infância e adolescência. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n 18, p. 30-48, jun./jul.2003

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame de DNA, na hipótese de "Adoção à Brasileira". Revista de Direito Privado. São Paulo, n.13, p. 85-89, jan./mar. 2003.

CAMPOS, Wânia Andréa Luciana Chagas Duarte de Figueiredo. O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva. IN: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). A ética da convivência familiar. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 6ª ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. IN: FACHIN, Luiz Edson (Org.). Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORRÊA, Vanessa Ribeiro. A filiação entre a verdade biológica e afetiva. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n 2 e 3, 2001/2002.

DIAS, Maria Berenice. A discriminação sob a ótica do Direito. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n 13, p. 05-25, abr./jun. 2002.

DIAS, Maria Berenice.Manual de Direito das Famílias, 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. 2ª ed., 2ª tir., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Família, ética e afeto. Revista Jurídica. Brasília: Consulex, v. 8, n 174, p. 34-35, abr. 2004.

DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Hermenêutica Constitucional. Disponível em http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_silvio_dobrowolski.pdf. Acesso em 23 de maio de 2007.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

FACHIN, Luiz Edson. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família, n 19, p. 3, mar./abr. 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do Novo Código Civil. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese,v. 5, n 17, p. 07-35, abr./mai. 2003.

FELIPE, J. Franklin Alves. Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato, 9ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito Civil – Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GLANZ, Semy. A Família mutante. Sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KAUSS, Omar Gama Bem. Manual de Direito de Família e das Sucessões, 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

LEVY, Lídia; CARNEIRO, Terezinha Féres. Da maternidade impossível ao possível da filiação:sobre o desejo de adoção. Tempo Psicanalítico, Rio de Janeiro: Sociedade de Psicanálise Iracy Doyle (Spid), n.33, p. 77-88, jan.2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. 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.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: Direito de Família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693, v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula n 301/STJ. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, v. 10, n.223, p. 56-60, abr. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, n 3, p. 35-41, jul./set. 2000.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Tomo 7, Campinas: Bookseller, 2000.

NETTO, Menelick Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. IN: CATTONI, Marcelo (Coord.). Jurisdição e Hermenêutica onstitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Alimentos e investigação de paternidade, 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OLIVEIRA, José Lamartinie Côrrea de.; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de Direito de Família. Curitiba: Juruá, 1998.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como integridade. IN: CATTONI, Marcelo (Coord.). Jurisdição e Hermenêutica onstitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; Pereira, Tânia da Silva (Coords.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do século XXI. IN: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional, trad. Maria Cristina de Cicco, 3ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIMENTA, José da Costa. Filiação. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. IN: CATTONI, Marcelo (Coord.).

Jurisdição e Hermenêutica onstitucional no Estado Democrático de Direito.Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SÁ, Maria de Fátima freire de.,Teixeira, Ana Carolina Brochado. Filiação e Biotecnologia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VELOSO, Zeno. Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. IN: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Direito de Família e o Novo Código Civil, 2 ª ed., 2 ª tir., rev. atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família: a família na travessia no milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELOSO, Zeno. Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VENCELAU, Rose Melo. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e Família. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

VILLELA, João Baptista. O Direito de Família no Senado: emendas ao projeto de Código Civil. Belo Horizonte: UFMG, 1985.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. Revista Brasileira de Direito de Família, Ano I, n. 2, jul./-set. 1999.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: UFMG, n 21, 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n 14, p. 111-147, abr./jun. 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto,Alegre: Síntese, v. 6, n 27, p. 40-71, dez./jan. 2005.

---

[1] DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005

[2] VELOSO, Zeno. Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 7

[3] LÔBO, Paulo Luiz Netto. 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, p. 507, 508

[4] LÔBO, Paulo Luiz Netto. 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, p. 507

[5] Tendo a filiação seu alicerce na afetividade, resta frustrado todo entendimento de que "filho é aquele em que se fundem os sangues dos pais"(QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade – Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 15), bem como a errônea concepção de que "pai é o homem que, através da cópula, fertiliza a mãe. E mãe é aquela mulher que carrega o filho no ventre, gerado que foi de um óvulo seu, e o coloca no mundo"(QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade – Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 15).

[6] CORRÊA, Vanessa Ribeiro. A Filiação entre a verdade biológica e afetiva. Revista da Faculdade de Direito de Campos,n 2 e 3, 2001 e 2002, p. 543

[7] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 66-67

[8] CORRÊA, Vanessa Ribeiro. A Filiação entre a verdade biológica e afetiva.Revista da Faculdade de Direito de Campos, n 2 e 3, 2001 e 2002, p. 544

[9] LOBO, Paulo Luiz Netto. 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, p. 518-519

[10] VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família: a família na travessia no milênio, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 195

[11] VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. IN:PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família: a família na travessia no milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 195

[12] VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade & superstições. Revista Brasileira de Direito de Família, A.I, n 02, jul-set, 1999, p. 133

[13] CAMPOS, Wânia Andréa Luciana Chagas Duarte de Figueiredo. O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva. IN: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA,

Rodrigo da Cunha (Coords.). A ética da convivência familiar. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 347

[14] FACHIN, Luiz Edson. Da Paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 59

[15] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado: Direito de Família relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693, v. XVI, São Paulo: Atlas, 2003, p. 138

[16] VENCELAU, Rose Melo. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 113

[17] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. Revista de Direito Privado, v. 4, n 14, 2003, p. 130.

[18] DIAS, Maria Berenice. A discriminação sob a ótica do Direito. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 4, n 13, 2002, p. 9

[19] FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17

[20] VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, n 21, 1979, p. 400

[21] CR/88, art. 227, parágrafo 6 – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[22] Importante aqui é a consideração da prof.ª Maria Berenice Dias: "A Constituição Federal do Brasil elegeu o respeito à dignidade humana como seu dogma maior, arrimado nos princípios da igualdade e liberdade" (DIAS, Maria Berenice. A discriminação sob a ótica do Direito. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 4, n 13, 2002, p. 5)

[23] BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil, São Paulo: Atlas, 2005, p. 23

[24] Pontes de Miranda dispõe que os direitos da personalidade "são todos os direitos necessários à realização da personalidade, `a sua inserção nas relações jurídicas". MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, Tomo 7, 2000, p. 39

[25] BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil, São Paulo: Atlas, 2005, p. 15

[26] QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2.001, p. 30

[27] O status personae exprime o próprio ser humano, representando a pessoa. (QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2.001, p. 30). Ele constitui uma situação permanente de base [...]. (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3 ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 135)

[28] QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2.001, p. 31

[29] QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2.001, p. 31

[30] QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2.001, p. 31

[31] Importante consideração sobre a família é levantada por Rodrigo da Cunha Pereira, para quem "Nunca é demais repetir que é justamente aí, na família, que residem, nascem e morrem todas as questões mais fundamentais do ser humano. É aí que se funda e estrutura-se o sujeito. Por aí transita a afetividade, o amor paterno, fraterno e conjugal. É a partir daí que se organizam todas as demais instituições, inclusive o próprio Estado." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do século XXI. IN: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 237)

[32] VILLELA, João Baptista. Liberdade e Família. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1.980, p. 30

[33] QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2.001, p. 32

[34] SÁ, Maria de Fátima freire de., Teixeira, Ana Carolina Brochado. Filiação e Biotecnologia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 40

[35] LÔBO, Paulo Luiz Netto. 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, p. 508

[36] A dignidade da pessoa é um valor e princípio. Valor porque, conforme leciona a profa. Ana Carolina, "encerra o cerne da opção personalista da sociedade contemporânea" e, constitui um princípio jurídico, "uma vez que é o norte hermenêutico de todo o Direito [...]" (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, Guarda e Autoridade Parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 65). Em razão da pessoa humana estar no centro do ordenamento jurídico, cabe ao Estado, através do seu poder-dever , atuar, por meio de ações negativas

e/ou positivas, com vistas a alcançar tal intento, qual seja, promover a dignidade da pessoa humana de maneira efetiva (grifos nossos).

[37] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Cord.). Afeto, ética, família e o Novo Código Civil., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 510

[38] VELOSO, Zeno. Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 33

[39] Fachin, muito sabiamente já afirmava: "Se o vínculo genético é um dado, a posse de estado de filho é um construído". (FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 321)

[40] FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 321

[41] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 103

[42] CORRÊA, Vanessa Ribeiro. A Filiação entre a verdade biológica e afetiva. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n 2e 3, 2001 e 2002, p. 554

[43] FACHIN, Luiz Edson. Direito além do Novo Código Civil. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 5, n 17, 2003, p. 24

[44]Embora tratar-se de questão terminológica, importante se faz ler criticamente tais colocações, tendo em vista que estas possuem conotação discriminatória."[…] a vontade de que o nome da família fosse perpetuado na pessoa do suposto filho". (CORRÊA, Vanessa Ribeiro. A Filiação entre a verdade biológica e afetiva. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n 2 e 3, 2001 e 2002, p. 555).Ou, ainda, "[...] a utilização pelo suposto filho do nome do suposto pai (nominatio)". (OLIVEIRA, José Lamartinie Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de Direito de Família. Curitiba: Juruá, 1998, p. 53)

[45] PIMENTA, José da Costa. Filiação. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 163

[46]BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de Paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 53-54

[47] CORRÊA, Vanessa Ribeiro. A Filiação entre a verdade biológica e afetiva. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n 2 e 3, 2001 e 2002, p. 556

[48] FACHIN, Luiz Edson. Da Paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 68

[49] FACHIN, Luiz Edson. Direito além do Novo Código Civil. Revista Brasileira de Direito de Família., v. 5, n 17, 2003, p. 25

[50] Importante frisar que "ainda que a Constituição Federal tenha posto fim a essa verdadeira alquimia, enlaçando as relações afetivas no conceito de entidade familiar, não perdeu a Justiça o hábito de fingir que não vê situações que estão diante de seus olhos" (DIAS, Maria Berenice. Família, ética e afeto. Consulex: Revista Jurídica, v.8, n 174, 2004, p. 35). Assim é que, ainda hoje, principalmente no que tange aos filhos de criação, embora a CR/88 tenha colocado fim a toda e qualquer espécie de discriminação entre os filhos, esta ainda encontra-se presente quando da aplicação da lei. Isso porque os nossos doutos juízes, em sua grande maioria, encontram-se arraigados a formalismos descabidos, negando não apenas direitos, mas também a existência de fatos.

[51] FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 319

[52] FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 319

[53] Importante faz-se aqui transcrever as sábias palavras de Belmiro Pedro Welter, para quem '[...] enquanto a família biológica navega na cavidade sanguínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal de paternidade e maternidade responsáveis, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (des) velando o mistério insondável da filiação, engendrando o reconhecimento do estado de filho afetivo." (WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. Revista de Direito Privado,v. 4, n 14, 2003, p. 130).

[54] CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. IN: FACHIN, Luiz Edson (Org.). Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 310

[55] VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. IN: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o Novo Código Civil. 2ª ed. 2ª tir. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 254

[56] O marco inicial da afirmação da paternidade socioafetiva no Direito Civil brasileiro deu-se com a publicação do artigo do professor João Baptista Villela, em 1979, intitulado "Desbiologização da Paternidade". E, m 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a afetividade teve seu maior impulso ao ser elevada à categoria de princípio jurídico.

[57] CR/88, arts. 226, parágrafo 4 e 227, parágrafos 5 e 6.

[58] Expressão muito bem utilizada por Roberto Paulino em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família. (ALBUQUERQUE JÚNIOR. Roberto Paulino. A filiação socioafetiva no Direito Brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 8, n 39, 2007, p.53)

[59] Com relação a isso, bem expõe Fachin ao afirmar que "Ancorado nos princípios constitucionais, o direito de família constitucionalizado não deve ter como horizonte final o texto constitucional expresso. Por isso sustentamos o direito para além do novo Código Civil. Os princípios constitucionais desbordam das regras codificadas e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz." (FACHIN, Luiz Edson. Direito Além do Novo Código Civil. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 5, n 17, 2003, p. 35)

[60] FACHIN, Luiz Edson. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família,n 19, mar/abr, 2003,p. 3

[61] FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23

[62] FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20

[63] OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 233

[64] DIAS, Maria Berenice.Manual de Direito das Famílias, 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 342

[65] Dentre outros doutrinadores, afirma Paulo Luiz Netto Lobo, in verbis: "Na experiência brasileira, configuram posse de estado de filiação a adoção de fato, em que muitas vezes se converte em guarda, os filhos de criação e a chamada "adoção à brasileira"." (LOBO, Paulo Luiz Netto. 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, p. 511). Igual posicionamento possui Belmiro Pedro Welter, ao dizer que "a filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto com o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida "adoção à brasileira"." (WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. Revista de Direito Privado, v. 4, n 14, 2003, p. 116).

[66] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. Revista de Direito Privado, v. 4, n 14, 2003, p. 117

[67] SÁ, Maria de Fátima Freire; TEIXEIRA, Carolina Brochado. Filiação e Biotecnologia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 74

[68] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 93

[69] DIAS, Maria Berenice.Manual de Direito das Famílias, 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 439

[70] Art. 1603 CC/02 - A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil

[71]Art. 1605 CC/02, caput – Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

[72] Como bem observa José Sebastião de Oliveira, "o sistema jurídico é dinâmico e o ordenamento jurídico, incompleto, mutável e prospectivo. Constituído por normas, fatos e valores, o ordenamento jurídico mostra-se lacunoso e em constante tentativa de adaptação às vicissitudes pelas quais a sociedade, diariamente, passa."Além disso, o referido autor, citando a profa. Maria Helena Diniz, expõe que "[...] juízes e tribunais constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. Está, de há muito tempo, superada a concepção de que o Direito seria constituído apenas por normas. Sua constituição é muito mais complexa do que simples redução a um conjunto normativo. Abrange diversas experiências (históricas, antropológicas, sociológicas, axiológicas) que se completam" (OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76-77

[73] FACHIN, Luiz Edson. Da Paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 31

[74] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. Revista de Direito Privado, v. 4, n 14, 2003, p. 117

[75] Apelação Cível nº 596098509, 8 Câm. Cível ,Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliseu Gomes Torres, julgado em 10/10/1996.

[76] Apelação Cível n 70007016710, 8 Câm. Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desemb. Rui Portanova, julgado em 13/11/2003.

[77] Tal colocação não encontra amparo algum, uma vez que, sendo a liberdade um dos princípios regentes das relações familiares, não há que se falar que a abstenção de um ato de registro civil pelo pai ou pela mãe configura a "não vontade" de se ter fulano de tal como filho; mesmo porque isso é uma questão meramente formal, que não encontra ligação alguma com o conceito de paternidade.Afinal, conforme leciona a profª. Maria Berenice, "todos têm a liberdade de escolher o tipo de entidade que quiserem para constituir a sua família" (DIAS, Maria Berenice.Manual de Direito das Famílias, 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 59). Posicionamento merecedor de honrarias é o de Silvana

Maria Carbonera: "Em se tratando de relações familiares, seu campo de atuação deve se limitar ao controle da observação dos princípios orientadores, deixando às pessoas a liberdade quanto à formação e modo de condução das relações. Neste sentido, formando-se uma família que respeite a dignidade de seus membros, a igualdade nas relações entre eles, a liberdade necessária ao crescimento individual e a prevalência das relações de afeto entre todos, ao operador jurídico resta aplaudir, como mero espectador." (CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. IN: FACHIN, Luiz Edson (Org.). Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.310)

[78] Apelação Cível nº 1.0000.00.339934-2/000, Tribunal de Justiça de MG, Relator: Sérgio Braga, julgado em 13/11/2003

[79] CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame de DNA, na hipótese de "Adoção à Brasileira". Revista de Direito Privado,v. 4, n 13, 2003

[80] SÁ, Maria de Fátima Freire; TEIXEIRA, Carolina Brochado. Filiação e Biotecnologia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 40

[81] DIAS, Maria Berenice.Manual de Direito das Famílias, 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 65

[82] BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre : Síntese, v.4, n.14, jul.-set. 2002, p. 6

[83] Art. 4 da Lei de Introdução do Código Civil (Dec. Lei 4657/1942) – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

[84] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 238

[85] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 239

[86] A respeito do tema, ver: DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Repensando do Direito de Família – Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 55

[87] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. IN: DIAS, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coords.). Direito de Família e o Novo Código Civil. 2 ed., 2 tir., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 238

[88] DIAS, Maria Berenice.Manual de Direito das Famílias, 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 163

[89] AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução, 5 ed. rev. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182

[90] DIAS, Maria Berenice.Manual de Direito das Famílias, 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 60

[91] VELOSO, Zeno. Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade. São Paulo: Malheiros Editores 1997, p. 87

[92] Dworkin em sua obra Uma Questão de Princípio, expõe que o Direito se assemelha à literatura (RONALD, Dworkin. Uma Questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges, 2 ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 217). Ele diz que esta semelhança ocorre quando há uma interpretação flexível do Direito. Ou seja, ele se assemelha na medida em que esteja pronto a reformular soluções que não se adequam mais àquele paradigma.

[93] ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. IN: CATTONI, Marcelo(Coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004, p. 248

[94]OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como integridade. IN: CATTONI, Marcelo(Coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004, p. 156

[95]DOBROWOLSKI, Sílvio. Hermenêutica Constitucional. Disponível em: http://www.Trf4.gov.br/ trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_silvio_dobrowolski.pdf . Acesso 23 de maio de 2007

[96] NETTO, Menelick Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. IN: CATTONI, Marcelo (Coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004, p. 27

* Bacharel em Direito pela PUC Minas/Serro – anapbr07@gmail.com

Advogada, formada em Direito pela PUC Minas/Serro, pós-graduanda em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas.

Disponível em:
http://www.webartigos.com/articles/4415/1/filhos-de-criacao-uma-abordagem-paradigmatica/pagina1.html
Acesso em: 11 mar. 2008.