

FILHOS DE CRIAÇÃO: UMA ABORDAGEM PARADIGMÁTICA

SONS OF CREATION: AN APPROACH PARADIGMATIC

Ana Paula Brandão Ribeiro¹

Isabella Carolina Miranda²

“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.”

Maria Berenice Dias

RESUMO

O conceito de família e paternidade assumiu nova roupagem, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. 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

¹ Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenadora de Pesquisa no Núcleo Acadêmico de Pesquisa/2012 da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Professora das disciplinas Direito Processual Civil I e Teoria Geral do Processo, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Advogada militante; Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/6766806228204739>.

² Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Coordenadoria de Publicação e Pesquisa do Grupo de Estudos em Arbitragem (GEArb). Bolsista do Programa de Extensão da PUC Minas. Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP); Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/2808045817359536>.

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 equidade 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. 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. 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.

PALAVRAS-CHAVE: Filhos de Criação; Família; Princípios Constitucionais; Tribunais.

ABSTRACT

The concept of fatherhood and family took on a new guise, especially with the advent of the Federal Constitution of 1988. The biological ties that were once regarded as the most relevant, today lost ground to much higher values. In this sense, one must preponderate the bonds of affection, care, ranging far beyond biological settings or any formal requirement. However, this is not what it seems in forensic practice. With regard to the children of creation, there is a complete mismatch between what is guaranteed by the Constitution and affirmed by the great scholars, and what is decided by our courts, that is, in theory, full equality, in practice, complete disparity. In this sense, there is a need to demonstrate that the legal practice can not close our eyes to a reality evident, after all, the law has a social role to fulfill, and the judge should participate in it, not only interpreting the laws according to its text and its words, but according to social needs that is required to govern according to the demands of justice and equity that make up your order. The goal of this work is to demonstrate that this practice is in complete sync with the reality that surrounds us, as well as the constitutional principles that

guide the civil context, since the creation of children should have the same rights as any other son. With regard specifically to the children of creation, they have the same rights and obligations as any other child, after all, the Constitution itself, it expressly prohibits any form of discrimination among children. The Family Law, today, can not be reduced to a code of rules ready and finished, because, it would be humanly impossible to create a rule book can cover all the situations in which a plural society such as ours, might to experience.

KEYWORDS: Sons of Creation; Family; Constitutional Principles; Courts.

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” (DWORKIN, 2005).

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 mesmos 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 equidade 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.

PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE

Antes de nos reportarmos especificamente ao tema proposto, mister se faz estabelecer o conceito do instituto *filiação*, 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 (VELOSO, 1997, p. 7).

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 mesmos 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.³ Assim sendo, pode-se observar

³ 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,

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.⁴ 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.”⁵

Deste modo, o elemento socioafetivo da filiação reflete a verdade jurídica que está para além do biologismo, sendo essencial para o estabelecimento da filiação (FACHIN, 2003, p. 20). Mesmo porque, o amálgama dos laços familiares é representado pela afetividade, que advém da convivência, do desprendimento de amor, carinho e cuidado que se constroem.

DO FORMALISMO À VERDADEIRA FILIAÇÃO

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 1.603⁶, 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, II⁷, dispõe apenas que na falta do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito, quando

com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a afetividade teve seu maior impulso ao ser elevada à categoria de princípio jurídico.

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

⁵ Expressão muito bem utilizada por Roberto Paulino em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família.

⁶ Art. 1603 CC/02 - A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil

⁷ 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.

existirem presunções veementes de fatos já certos. Assim sendo, este ordenamento é impreciso, para não dizer omissivo, no que diz respeito ao instituto “filhos de criação”.

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.

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.⁸ 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.

⁸ 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, 2002, p. 76-77).

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 concretos⁹. 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 encontrasse, hoje, alojada na relação de afeto despendida entre pais e filhos.

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 mesmos 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.

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.

Assim,

⁹ Neste sentido, ver Ac. 596038091, da 8 Câmara Cível do TJRS, em 15/04/1996, rel. Sérgio Gischkow Pereira, em RJTJRS 178/371; Apelação Cível nº 1.0000.00.339934-2/000, Tribunal de Justiça de MG, Relator: Sérgio Braga, julgado em 13/11/2003.

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 [...] (SÁ, 2005, p. 40).

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 (BARROS, 2002, p. 6).

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.¹⁰

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

¹⁰ 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.

da teleologia da regulamentação constitucional” (CANOTILHO, 1993, p. 238). 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” (CANOTILHO, 1993, p. 239).

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.¹¹ 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” (PEREIRA, 2002, p. 238). 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 (DIAS, 2005, p. 163).

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” (AMARAL, 2003, p. 182). 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.

¹¹ A respeito do tema, ver: DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto.

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 (DIAS, 2005, p. 60).

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” (VELOSO, 1997, p. 87).

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.¹²

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” (ROCHA, 2004, p. 248).

José Emílio Medauar Ommati, citando Baracho Júnior, dispõe que

¹² Dworkin em sua obra *Uma Questão de Princípio*, expõe que o Direito se assemelha à literatura. 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.

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 (OMMATI, 2004, p. 156).

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 (DOBROWOLSKI, 2007).

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 (NETTO, 2004, p. 27). 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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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 experiência do “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.

CORREIA, 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 Constitucional 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**, 2ª ed., 2ª 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.