

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: Análise da posse de estado de filho no contexto da socioafetividade.

Arthur Tardin Rodrigues¹
Cristina Grobério Pazó²

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de compreender a filiação no contexto social e jurídico brasileiro, em específico a filiação socioafetiva, fazendo, inicialmente, um breve paralelo entre o Código Civil de 1916, primeira codificação do assunto, e o tratamento atual. Compreendendo isso, busca-se entender a posse de estado de filho e seus elementos constitutivos, que são levados em consideração como formadores do vínculo de filiação no caso da socioafetividade. Por meio do método dialético, se estudou as posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes ao tema, bem como um curto diálogo com a psicologia, vez que as relações interpessoais, dentre elas a de filiação, são importante campo de estudo da psicologia. Assim, buscando entender a filiação, levando em conta suas características para além da segurança jurídica, que objetivou a relação de pais e filho, entende-se que os parâmetros adotados hodiernamente não são os ideais, sendo necessária uma flexibilização - e mesmo uma reformulação - dos requisitos da posse de estado de filho.

Palavras-chave: Filiação Socioafetiva. Posse de estado de filho. Flexibilização. Requisitos da Posse de Estado de Filho.

ABSTRACT: This work's goal is to comprehend the filiation in the Brazilian social and legal contexts, in specific the social-affective filiation, doing, initially, a short parallel between the Civil Code of 1916, first codification of the matter, and the current treatment. After this comprehension, it seeks out to understand the possession of son state and its constitutive elements, considered as bond formers of filiation in social-affective cases. By means of the dialectical method, it was studied the doctrinal and jurisprudential positions about the theme, as well as a short dialogue with psychology. Therefore, trying to understand filiation, considering its characteristics in addition to legal security that objected the relationship between parents and son, we understand that the adopted parameters nowadays aren't the ideal, being necessary a soft enation – or a real reformulation – of the requirements of the possession of son state.

Key words: Social-affective filiation. Possession of son state. Soft enation. Requirements of the possession of son state.

SUMÁRIO

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO; A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA; A POSSE DE ESTADO DE FILHO; CRÍTICAS AO

¹ Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Vitória – FDV; E-mail: arthur.r1929@gmail.com

² Doutora em Direito pela UGF, Mestre em Direito pela UFSC. Advogada e professora universitária da FESV; E-mail: crispazo@uol.com.br

TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DADO À POSSE DE ESTADO DE FILHO; CRÍTICAS À POSSE DE ESTADO DE FILHO: PONTUAÇÕES ACERCA DO TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO; O REQUISITO DO NOME (*NOMINATIO* OU *NOMEN*); O REQUISITO DA FAMA (*REPUTATIO*); O REQUISITO DO TRATO (*TRACTATUS*); CRÍTICAS SOBRE A CUMULAÇÃO DOS REQUISITOS E SOBRE A VONTADE INEQUÍVOCA; CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

A filiação no Ordenamento Jurídico brasileiro sofreu uma série de alterações com o tempo. Ocorre que, inobstante as mudanças legislativas da disciplina acontecerem, elas ainda não estão totalmente de acordo com a realidade atual exigida pelo contexto social em que nos encontramos.

Exemplo disso é a filiação socioafetiva, que independe de vínculos biológicos. Tal previsão é relativamente recente em nosso Ordenamento, de modo que a legislação e a doutrina que envolvem o tema são, ainda, escassas.

Diante dessa precariedade, que apresenta lacunas em pontos determinantes, os parâmetros a ser adotados pelo Estado-Juiz para que ele não se omita de prestar a jurisdição, são, majoritariamente, construções doutrinárias.

Assim, o meio que vem sendo considerado como exteriorização da criação do vínculo de filiação é a posse do estado de filho. Porém, há muitas acepções a esse termo, de modo que foi necessário que a doutrina objetivasse, por meio de requisitos básicos, a expressão referida.

Destarte, “posse de estado de filho” passou, por convenção majoritária, a ser entendida como a ocorrência concomitante do “nome, trato e fama”.

Contudo, observando o fato de que as relações de filiação são íntimas, pessoais por definição, cabe o questionamento de se os requisitos que objetivam a posse de

estado de filho, se tornando determinantes para a declaração de vínculo socioafetivo são, realmente, a melhor opção a se adotar.

Para responder tal questionamento, trataremos especificamente da posse de estado de filho, analisando-a de forma geral, bem como o tratamento jurisprudencial dado à matéria. Por fim, estudaremos especificamente cada requisito que constroi a posse de estado de filho, posicionando-nos acerca da força que eles têm – e da que pensamos que deviam ter – para a declaração de filiação socioafetiva.

2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

É inegável que o Ordenamento Jurídico brasileiro, desde a primeira codificação do Direito de Família, no Código Civil de 1916, passou por diversos avanços quanto ao tema da filiação. Isso se depreende, por exemplo, quando se observa o tratamento dado à matéria naquele código, conforme lição de Antônio Elias de Queiroga:

Legítimos eram os que nasciam da relação de casamento civil; ilegítimos eram os nascidos de relação extramatrimonial. Os ilegítimos dividiam-se em naturais ou espúrios. Filhos ilegítimos naturais eram nascidos de pais que não estavam impedidos de se casar. Os ilegítimos espúrios eram nascidos de pais que não podiam se casar, em virtude de impedimento. Os espúrios classificavam-se em adulterinos e incestuosos. Dava-se o primeiro caso, quando o impedimento decorria de casamento dos pais. (...) Se o impedimento para o matrimônio procedia de parentesco entre os pais, o filho dessa relação era chamado de incestuoso. (QUEIROGA, 2004, p.212).

Com o passar dos anos, porém, inclusive com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, a filiação como um todo passou, gradativamente, a ser tratada de modo muito mais sensível.

Uma das mudanças que expõe essa sensibilidade é a base do presente estudo, que é a previsão do art. 1.593 do Código Civil de que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consaguinidade ou outra origem”.

Isso nos é relevante porque, ao utilizar o termo “outra origem”, expande-se as hipóteses de filiação civil para além da adoção. Assim, dilatou-se a possibilidade da filiação por socioafetividade, que é o tema central a ser aqui abordado.

E, além de possibilitar a introdução da filiação por socioafetividade no nosso Direito, a nova ordem principiológica do Direito de Família consubstanciou, por intermédio do princípio da igualdade, que tal modo de filiação é igual a todos os outros.

Nesse ponto, é necessário observar os artigos 227, § 6º da CF e 1.596 do Código Civil, que fulminam qualquer discriminação entre filhos. Como leciona Dimas Messias de Carvalho:

O princípio da igualdade, além da absoluta igualdade entre homem e mulher, importa mesmo tratamento e isonomia dos filhos, respeitando as diferenças, pouco importando a origem, sepultando definitivamente a velha concepção de ilegitimidade da prole. (CARVALHO, 2015).

Fundamental trazer as palavras do mesmo autor, valendo-se da lição de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues acerca da aplicação do princípio em questão:

O princípio da igualdade entre os filhos opera (...) em dois planos distintos. Em um plano perante o legislador, vedando a criação de normas jurídicas que atribua tratamento distinto aos filhos ou que tenha conteúdo que revele discriminação. No outro plano, a igualdade jurídica da filiação obriga que a lei seja aplicada igualmente a todos aqueles que se encontrem na mesma situação, vedando ao aplicador estabelecer diferenças em razão das origens dos filhos ou circunstâncias que não estejam contempladas na norma, como ocorre no parentesco socioafetivo, que produz todos e os mesmos efeitos do parentesco biológico. (CARVALHO, 2015).

Esse princípio guarda relação profunda com a filiação por socioafetividade, razão pela qual será percebido em outros momentos no presente trabalho.

2 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A ideia da filiação por socioafetividade foi concebida por João Baptista Villela, no artigo “Desbiologização da paternidade”. Em tal texto, o autor assevera que “a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural”. (VILLELA, 1979, p.400). Ou seja, ser pai/mãe vai além do vínculo biológico.

Segundo Villela, “pai ou mãe se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é”. (VILLELA, 1979, p.416).

E essa decisão não se dá somente por fatos biológicos. Citando Hegnauer, o mesmo João Baptista Villela observa que “não é a voz mítica do sangue que indica à criança quem são seus pais, senão o amor e o cuidado, que a conduzem do desvalimento para a autonomia”. (VILLELA, 1979, p. 414).

Nessa esteira, Dimas Messias de Carvalho assim expõe:

A socioafetividade como espécie da filiação, caracterizada pela convivência, afetividade e pela estabilidade nas relações familiares, é cada vez mais marcante na evolução do direito de família, considerando a doutrina que a verdade real é o fato de o filho gozar da posse do estado de filho, que prova o vínculo parental civil ou de outra origem, atribuindo um papel secundário à verdade biológica. (CARVALHO, 2015).

Sobre tal excerto, ressalta-se a parte final. Era quase que assente na doutrina a prevalência da filiação socioafetiva sobre a filiação biológica. Exemplo disso é a disciplina de Arnaldo Wald (2015) que assevera: “Hodiernamente, a paternidade ou maternidade biológica convive e até muitas vezes cede o lugar àquela que se houve por bem denominar socioafetiva ou sociológica”.

No entanto, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário número 898060, de relatoria do Ministro Luiz Fux, dotado de Repercussão Geral, resolveu que não há prevalência da filiação socioafetiva sobre a biológica.

Assim foi decidido: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Essa igualdade é aferida a partir do que o hoje Ministro do STF, Luiz Edson Fachin, em lição irretocável, ensinou: “Pai é aquele quem cuida, educa, alimenta, acompanha o desenvolvimento e a formação do filho, seja ele biológico, adotivo, ou filho de criação”. (FACHIN, 1996, p. 37). Destarte, independentemente da “modalidade” em que se der a filiação, seus efeitos serão os mesmos em toda a seara do Direito.

No entanto, surge o questionamento: Como demonstrar que houve a formação do vínculo socioafetivo no caso concreto? Visando objetivar o subjetivo, ou seja, tentando encontrar requisitos de ordem geral para relações íntimas, que mudam caso a caso, a doutrina convencionou em adotar a “posse de estado de filho”, que passará a ser tratada agora.

3 A POSSE DE ESTADO DE FILHO

Como dito, a posse de estado de filho é considerada pela doutrina como sendo suficiente para que haja a formação do vínculo de filiação. Conforme se extrai da lição de Paulo Lobo:

A posse de estado de filiação refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do status de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal. É uma combinação de fatos indicando um vínculo de parentesco entre uma pessoa e sua família que ela diz pertencer. (LOBO, 2015).

Ou seja, de modo geral, é considerado que a posse de estado de filho é a situação que permite que um indivíduo crie vínculo de filiação com outros indivíduos, não o sendo biologicamente filho, o que seria a função constitutiva desse instituto.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tratando sobre o tema, expõem que “o outro lado da moeda da paternidade socioafetiva é a figura da posse do estado de filho, em que, exteriorizando-se a convivência familiar e a afetividade, admite-se o reconhecimento da filiação”. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015).

Inobstante a dificuldade de se definir o que é a posse de estado de filho e sua formação, a maioria da doutrina convencionou em admitir sua formação por três requisitos básicos: nome, trato e fama.

Pontes de Miranda, citado por Carlos Gonçalves de Andrade Neto, assim resume:

Tal posse de estado de filho consiste no gozo do estado, da qualidade de filho havido da relação do casamento e das prerrogativas dela derivadas. Os antigos escritores exprimiam isso, concisamente, em três palavras, dizendo que são elementos necessários: *Nomen*: isto é, que o indivíduo use o nome da pessoa a que atribui a paternidade. *Tractatus*: que os pais o tratassem como filho, e nessa qualidade lhe tivesse dado educação, meios

de subsistência, etc. Fama: que o público o tivesse sempre como tal. (2007, p.109).

Esses elementos constitutivos permanecem os mesmos até hoje. Isso é o que se extrai da lição de Roberto Senise Lisboa:

A chamada posse de estado de filiação, que, a rigor, revela-se em uma dessas três figuras:

- a) a *reputatio*, ou seja, a aparência social de existência de uma relação de filiação entre um ascendente e um descendente;
- b) a *nominatio*, caracterizada pela adoção do apelido ou do patronímico da família perante terceiros; e
- c) a *tractatus*, revelada externamente pelo tratamento dispensado entre o que aparenta ser ascendente e o descendente. (LISBOA, 2013).

No entanto, é necessário discordar parcialmente da definição de Lisboa. O autor afirma que a posse de estado de filho revela-se em havendo um dos requisitos. Não é essa a visão dos nossos tribunais.

Ao menos é o que se entende de julgado do STJ, que sustenta a tríade da posse de estado de filho, sendo seus requisitos cumulados concomitantemente. A decisão monocrática exarada pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva em 28/02/2016, julgando o AResp 555846, assim previu:

(...)

Não se demonstrou a chamada posse do estado de filho, que se apresenta por uma série de fatos indicativos da relação da filiação entre um indivíduo e a família a que pretende ligar-se, externados pelos clássicos atributos do nome, trato e fama

(...)

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016)

Ressalta-se, aqui, o que José Bernardo Ramos Boeira alerta:

(...) 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. (BOEIRA, 1999, p.104).

Então, segundo o autor, a posse de estado não precisa, necessariamente, ter a incidência do requisito da *nominatio*.

Observando esses parâmetros, surgem críticas necessárias, as quais passamos a fazer agora.

3.1 CRÍTICAS AO TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DADO À POSSE DE ESTADO DE FILHO

O tratamento que os tribunais pátrios vêm dispensando à posse de estado é no sentido de que, havendo a cumulação dos requisitos da posse de estado de filho, há a constituição do vínculo filial.

Denota-se das decisões dos Colegiados nacionais a consideração da posse de estado enquanto força capaz de constituir vínculo de paternidade. Isso se extrai de julgado do Egrégio TJRS, em decisão recente nos autos da Apelação Cível número 70069643377, julgado pela Oitava Câmara Cível, em que o Relator foi o Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Tal decisão, exarada em 08/09/2016, foi no sentido de que a ocorrência da posse de estado de filho é fundamental em seus requisitos clássicos, consoante se deduz de parte da ementa, que vale colacionar:

(...)

A alegação da existência de paternidade e maternidade socioafetiva reclama prova cabal da posse do estado de filho. Ausência de demonstração da presença dos respectivos elementos caracterizadores, quais sejam, nome, trato e fama.

(...)

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Também segue esse entendimento a Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos dos Embargos Infringentes número 0011627-89.2007.8.26.037, relatorizados pelo Desembargador Mendes Pereira, cujo trecho do *voto conductore* guarda íntima relação com o tema em debate:

Não se demonstrou a chamada posse do estado de filho, que se apresenta por uma série de fatos indicativos da relação de filiação entre um indivíduo e a família a que pretende ligar-se, externados pelos clássicos atributos do nome, trato e fama.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2012).

Diante disso, conclui-se que a posse de estado vem sendo considerada em sua função constitutiva, com a soma dos requisitos do nome, do trato e da fama. Quanto ao nome, diga-se, há movimento no sentido de dispensar, como será demonstrado adiante.

Insta dizer que declarar a filiação socioafetiva somente observando se houve a ocorrência do nome, trato e fama, ou então deixar de declarar ante a ausência de qualquer desses requisitos, ressalvada a já comentada flexibilização do requisito nome, é decisão que não encontra guarida no direito escrito nacional.

Ocorre que não é só essa a crítica a ser feita.

4 CRÍTICAS À POSSE DE ESTADO DE FILHO: PONTUAÇÕES ACERCA DO TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO

Em consonância com o que foi, por vezes, tratado no correr do presente trabalho, a posse de estado de filho é formada, sob a ótica majoritária, por três requisitos clássicos. Ressalta-se que não são unânimes, justamente porque definir o que é a posse de estado é tarefa difícil.

Isso ocorre porque a subjetividade é inerente às relações interpessoais, qualquer que seja o caso. Desse modo, obviamente, uma relação de filiação, que impacta intensamente no espaço íntimo dos indivíduos envolvidos, tem essa subjetividade potencializada.

Assim, buscar requisitos objetivos para definir o que é uma relação de filiação, ou seja, para definir onde há família, conceitos essencialmente subjetivos, não é a melhor via. Aliás, podemos dizer, até, que é uma contradição sistemática do direito pátrio.

Em síntese, não é possível generalizar casos tão específicos. Isso porque a especificidade que decorre desses casos não segue qualquer regra, vez que decorrentes de conceitos determinantes (felicidade, afetividade, entre outros) que variam de pessoa para pessoa.

Dessa maneira, a ideia de requisitar de forma objetiva a posse de estado de filho já surgiu fadada ao insucesso se observada sob a ótica teleológica do direito de família moderno, já que, mesmo que os envolvidos se sintam em uma relação de filiação, há requisitos que podem afastar juridicamente a formação de tal vínculo.

E, inobstante a consideração quase que automática dos três requisitos clássicos, isso não é unanimidade na doutrina. Paulo Lôbo, referenciado por Dimas Messias de Carvalho, entende que:

para se verificar a existência da filiação socioafetiva, é necessário a presença dos seguintes elementos: a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; d) afetividade. (CARVALHO, 2015).

Em nossa opinião, essa visão é mais apropriada do que o clássico “nome, trato e fama”, no entanto é minoritária. Em verdade, advogamos em consonância com a previsão de Luiz Edson Fachin no sentido do seguinte excerto:

não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante (...). (FACHIN, 1992, p.161).

Referido doutrinador, contudo, expõe a formação da posse de estado como sendo os três já citados requisitos.

Não é levado em consideração, porém, que a filiação socioafetiva é instituto relativamente recente em nosso ordenamento. Disso decorre que a posse de estado, utilizada, há anos, em outras hipóteses (ação de reconhecimento de filiação, por exemplo), não pode ser aplicada ao relento. Mormente porque ela não pode ser aplicada igualmente em situações de filiação biológica e não biológica.

Seria o caso, então, de considerar uma reestruturação da posse de estado a ser utilizada em casos específicos de socioafetividade, de forma mais adequada a esses casos, menos objetivada.

Isso porque, além das críticas gerais à relação entre a constituição da posse de estado de filho e a filiação socioafetiva, se analisados individualmente os requisitos considerados pela doutrina, também não está adequada tal objetivação.

4.1 O REQUISITO DO NOME (*NOMINATIO* OU *NOMEN*)

De acordo com Dalcilene Rocha da Silva Furtado, citando Paulo Lobo e Maria Berenice Dias, “Nomen consiste no fato da pessoa portar o nome de família dos pais, ou seja, o filho usa o nome de família e assim se apresenta”. (FURTADO, 2010, p. 46).

Tal requisito é extremamente formalista, exigindo rigor dissociado do objetivo do direito de família.

Fundamental comentar que, nesse ponto, houve nítida evolução jurisprudencial. Conforme já dito, o requisito em questão passou a ser dispensável. Ou seja, foi relativizado.

Prova disso é o julgamento da Apelação Cível número 2012.058872-1 pela Terceira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob relatoria do Desembargador Fernando Carioni, realizado em 10/09/2012, que dispensa a utilização do nome, apesar de preconizar pela concomitância da ocorrência dos requisitos clássicos. Vale colacionar trecho do voto do relator nesse sentido:

(...)

Todavia, não se pode exigir que a posse de estado de filho demonstre a efetiva utilização do nome de família, como fator necessário para o acolhimento da teoria do caso concreto. É que o elemento nome não é decisivo, possuindo menor ou nenhuma importância para a determinação da posse de estado de filho, uma vez que as pessoas, de regra, são conhecidas pelo prenome. (...) Assim, a não comprovação do uso do patronímico não compromete o acatamento da posse de estado de filho.

(...)

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2012).

Essa flexibilização é a melhor solução a ser aplicada, de fato. Ora, a assunção do nome da família não é unânime nos casos de filiação por socioatividade porque, ainda que aquela pessoa se considere filha de outra, o comum é que ela se apresente com o nome de registro, já que é a verdade aparente.

De outro giro, ao passo em que é o mais inexigível dos requisitos, caso seja verificado no caso concreto, é dotado de indispensável valor enquanto prova. Ora, se o vínculo é tão forte a ponto de tomar para si o nome que não lhe é registral, é

tão estreito o laço que se deve, indubitavelmente, ser encarado com considerável força.

4.2 O REQUISITO DA FAMA (*REPUTATIO*)

Tomando novamente lição de Dalcilene Furtado, referenciando Paulo Lobo e Maria Berenice Dias, “Fama refere-se à imagem social ou reputação. A pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade, ou melhor, a pessoa é conhecida pela opinião pública como pertencente à família de seus pais”. (FURTADO, 2010, p. 46).

Ou seja, exige-se que o relacionamento seja público e notório, para que se considere existente a filiação.

Maria Cláudia Crespo Brauner assim define:

o elemento da notoriedade é aquele que se manifesta na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social, devendo esse fato ser contínuo e apresentar uma certa duração que revele estabilidade. (BRAUNER, 2000, p. 208).

Ocorre que essa exigência é direcionada muito mais à sociedade como um todo do que ao núcleo familiar em si. E, tendo em vista o caráter íntimo da família, deve-se priorizá-la em detrimento de um todo social cada vez menos altruísta e empático.

O que se quer dizer é que a sociedade, de modo geral, não se preocupa realmente com o que é realizado dentro da suposta normalidade no âmbito familiar. Se um indivíduo é considerado filho por outro quem se considera pai, não é dever da sociedade apontar que a relação inexistente.

Aliás, não podemos nos olvidar que, caso a sociedade é que determinasse o que é família e o que não é, voltaríamos aos tempos excludentes. Isso porque temos, ainda, uma sociedade essencialmente patriarcal, conservadora e tradicionalista, que não reconhece como família o que extrapole a formação clássica.

E o movimento que tende a ser realizado é o inverso: reconhecer como família todas as formações em que os envolvidos considerem família. Quer anaparental, quer monoparental, quer família mosaico ou reconstruída, quer paralela. O que não pode acontecer é o direito fechar os olhos para a realidade.

Por outro lado, parece que há nova contradição sistemática no Ordenamento quando se exige a notoriedade e a publicidade de relações, ao passo que as ações judiciais referentes ao tema são dotadas de segredo de justiça.

Isso porque, de acordo com o Novo Código de Processo Civil, artigo 189, inciso II, os processos que versam sobre filiação são automaticamente dotados de caráter privado, em segredo de justiça.

Aí é que direito processual e direito material se enfrentam em ordem lógica. Ora, para o direito processual, é caso de segredo de justiça em que só podem ter acesso os interessados e advogados. No entanto, para o direito material, o objeto a ser discutido deve ser dotado de conhecimento público.

De modo geral, deve-se ter em vista que a família é espaço de intimidade, não sendo determinante que a sociedade é que vá dizer onde há relação de filiação. Porque a sociedade não conhece o relacionamento da forma profunda que um vínculo de filiação socioafetiva reclama.

Exposto isso, reitera-se a flexibilização defendida quanto ao requisito do nome: não se pode tornar a fama como sendo determinante, mas, sim, como uma ferramenta valiosa enquanto meio de prova a demonstrar a ocorrência da socioafetividade no caso concreto.

4.3 O REQUISITO DO TRATO (*TRACTATUS*)

Observando os dizeres de Paulo Lôbo, chegamos ao conceito do trato, qual seja “tractatus (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, e esta trata aqueles como seus pais)”. (LÔBO, 2015).

No segmento jurisprudencial, é também essa a interpretação dada. Conforme se depreende da Apelação Cível número 07064039020128020001, julgada pela 2ª

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Alagoas, relatorizada pela Desembargadora Elisabeth Carvalho Nascimento, em 30/03/2015, que, em ação declaratória de filiação socioafetiva, definiu da seguinte forma o requisito do trato: “Tractatus (tratamento, de parte à parte, como pai/mãe e filho)”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ALAGOAS, 2015).

Diante disso, importa ressaltar que, inobstante a tentativa de objetivar a filiação, estamos diante de um requisito dotado de forte carga subjetiva. Isso porque a filiação é demonstrada caso a caso, não seguindo um padrão definido.

De modo geral, definir o que é ser pai/mãe e filho é, essencialmente, pessoal, como ressaltado. No entanto, nesse ponto há que se dizer que é mais fácil encontrarmos um parâmetro generalista, no sentido do que é o tratamento de pais e filho.

Isso porque as expressões usadas para designar o que é ser pai/mãe e filho são, igualmente, subjetivas. Nota-se isso na definição de Luiz Edson Fachin de que “Pai é aquele quem cuida, educa, alimenta, acompanha o desenvolvimento e a formação do filho, seja ele biológico, adotivo, ou filho do coração”. (FACHIN, 1996, p.37).

No mesmo sentido, Ionete de Magalhães Souza:

o significado de ser “pai” é indicado por meio de estudos sociais e psicológicos como aquele homem que cria, educa, ensina e direciona, convive e oferece respaldo afetivo, além de material. (SOUZA, 2008, p. 91).

Ou seja, além de respaldo afetivo, há outros núcleos que determinam o que é ser pai: Criar, educar, ensinar, direcionar, etc.

Ressalte-se que, observando os dispositivos do Ordenamento Jurídico brasileiro que tratam sobre os deveres dos pais, constam exatamente esses direcionamentos. Então, é dever dos pais sustentar, guardar e educar os filhos (art. 1.566, IV, Código Civil), assistir, criar (art. 229, Constituição Federal), bem como todo o rol do art. 1.634 do Código Civil, entre outras disposições.

O que importa observar é que o dever dos pais, revestido do afeto inerente às relações de filiação, é que forma o requisito do trato.

Não se exige na filiação biológica o relacionamento público, por exemplo. No entanto isso se exige para os casos da socioafetividade, o que viola o princípio da igualdade.

Portanto, o requisito do trato é aquele limitado ao dever de ser pai. E ser pai é a causa de ser da declaração de socioafetividade. O que se busca com a declaração de filiação socioafetiva é, cumpridos os deveres paternos/maternos, que sejam cumpridos os direitos decorrentes da mesma relação.

Assim, conclui-se que o requisito do trato é a externalização da filiação. No entanto, não se pode olvidar que, como dito, mesmo o trato é dotado de carga subjetiva, o que reclama a análise caso a caso para averiguar se houve, de fato, o tratamento de pai e filho.

4.4 CRÍTICAS SOBRE A CUMULAÇÃO DOS REQUISITOS E SOBRE A VONTADE INEQUÍVOCA

O tratamento jurisprudencial dado à posse de estado de filho quanto à cumulação dos requisitos não é pacífico ainda. Tribunais estaduais ainda sinalizam em exigir a cumulatividade, em contrariedade ao que prevê o Superior Tribunal de Justiça, que opta pela dispensa desse acúmulo.

Por exemplo, em sede do Recurso Especial nº 1.189.663/RS, relatoriado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 06/09/2011, consignou-se que a cumulação dos requisitos é dispensável, conforme trecho do voto da relatora que se extrai:

A falta de um desses elementos, por si só, não sustenta a conclusão de que não exista a posse de estado de filho, pois a fragilidade ou ausência de comprovação de um, pode ser complementada pela robustez dos outros.

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011).

Da mesma maneira, o Recurso Especial 1.328.380/MS, relatoriado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/10/2014, requisita a filiação socioafetiva como sendo formada pela vontade clara e inequívoca do apontado pai ou mãe socioafetivo, e a presença da posse do estado de filha, compreendida como a

presença não concomitante do nome, trato e fama. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014).

Em nosso ponto de vista, no entanto, essa não concomitância não pode se dar de qualquer maneira. Há que se sopesar o que é, de fato, importante em relação de filiação, para então considerar a flexibilização.

Destarte, quando defendemos a não cumulação, o que propomos é a inexigibilidade dos requisitos do nome e da fama, sendo determinante o trato, capaz de ensejar o real vínculo de filiação.

Por fim, importa observarmos acerca da vontade inequívoca de ser reconhecido como pai/mãe. Não concordamos com o sentido que a jurisprudência caminha nesse ponto.

Inobstante termos a consciência das impactantes consequências trazidas por um vínculo de filiação, que exige elevado nível de certeza acerca da ocorrência, não vislumbramos a vontade clara e inequívoca como sendo elemento hábil a externizar a filiação.

A discussão aqui passa a ser muito mais psicológica, do que propriamente jurídica. Aliás, a psicologia dialoga diretamente com o direito na questão da filiação, tanto é que, por vezes, exige-se avaliação psicológica para identificar se houve ou não afeto.

Não deve ser dispensado tratamento diferente para a questão da vontade de ser pai/mãe.

Para isso, entretanto, devermos introduzir alguns conceitos psicológicos no presente estudo.

José Maurício da Silva conclui, após ampla digressão histórica: A organização social de diferentes culturas mostra um arranjo interno e externo que, independentemente da questão biológica da figura do pai, sobressai a dimensão da função. (SILVA, 2007, p.53).

Portanto, ser pai é assumir a função paterna. Essa assunção, pela ótica psicológica se faz, necessariamente, com a vontade de ser pai, como podemos constatar pelo estudo de Miza Maria Barreto de Araújo Vidigal e Maria Izabel Tafuri, que afirmam: “O estudo psicanalítico sobre o parentesco, o lugar da criança na família e o desejo de ter um filho são questões centrais para o estudo da parentalidade”. (VIDIGAL e TAFURI, 2010, p.68).

Ocorre que esse *animus* prescinde de consciência. Conforme Glaucy Abdon, “O desejo de ter um filho é algo imaginário, derivado da intersecção do casal. Para isso, deve haver uma disponibilidade interna no casal para ‘tornar-se’ mãe ou pai.” (ABDON, 2013).

Em que pese o direcionamento da autora ao vínculo sanguíneo, deve-se observar que o vínculo socioafetivo tem sua formação intrínseca à psicologia, *a fortiori*, a lição deve ser importada para o âmbito do presente trabalho.

Assim, a disponibilidade interna a qual a autora se refere, é muito mais uma questão de inconsciente do que do próprio consciente.

Dessa forma, é demasiado incerto exigir vontade clara de ser pai/mãe, porque o próprio indivíduo que assume essa função não possui, necessariamente, a clareza interna da intenção.

Ora, a intenção de ser pai quando é clara e inequívoca se realiza em processos como a adoção, por exemplo, porque ali está bem definido o interesse. No caso da socioafetividade, em que o vínculo se forma de modo espontâneo, com a criação ao longo do tempo, não há que se exigir vontade clara e inequívoca.

Por isso, entendemos que a manifestação da vontade se dá pela pura ocorrência do tratamento com o afeto. Porque ali está realizada a formação da função parental, de modo a criar o efetivo vínculo que enseja as declarações de filiação socioafetiva.

CONCLUSÃO

Inobstante os avanços legislativos quanto à filiação, que possibilitaram a inserção da socioafetividade em nosso Direito, o tema ainda é embrionário, reclamando maior atenção doutrinária e jurisprudencial.

Principalmente na forma de se constituir mencionado vínculo, ainda há que se imergir de forma mais direcionada a essa modalidade. A importada “posse de estado de filho” não se demonstra a melhor maneira.

Isso porque a relação de filiação é essencialmente íntima e subjetiva, não sendo possível aplicar requisitos objetivos como regra geral, condicionando o reconhecimento de vínculos pessoais a esses requisitos.

O requisito do nome, aliás, já é considerado dispensável pela doutrina e jurisprudência, o que consideramos um avanço notável. Já o requisito da fama, exige uma participação social que denota um movimento de intervenção excessiva do meio social nos núcleos familiares. Dessa maneira, são requisitos que devem ser flexibilizados, sendo considerados como robustos meios de prova para a declaração da filiação socioafetiva.

Por outro lado, o requisito do trato é aquele que denota que os indivíduos se enxergam enquanto pai/mãe e filho, dependendo do exercício dos deveres do poder familiar, somado a presença do afeto. Por isso, tal requisito, sim, deve ser determinante para a identificação da socioafetividade no caso concreto.

Ressalta-se, no entanto, que não existe um padrão de tratamento aplicável genericamente para todos os pais e filhos, de modo que é necessário haver análise caso a caso para identificar se aqueles indivíduos que ali estão envolvidos, realmente, criaram vínculo de filiação entre si.

REFERÊNCIAS

ABDON, Glaucy. **A dinâmica familiar**: A importância da função do pai e da mãe para a constituição do novo sujeito sob uma perspectiva psicanalítica. 2013.

Disponível em: <<http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESPS/Edicoes/24/artigo70925-1.asp>>. Acesso em 25 out. 2016.

ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves. **Limites à função constitutiva da posse de estado na relação paterno-filial**. 2007. 187 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25 out. 2016.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Acórdão no Recurso Especial n. 1189663/RS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 06/09/2011. T3 – TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 15/09/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21082296/recurso-especial-resp-1189663-rs-2010-0067046-9-stj>>. Acesso em 25 out. 2016.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Acórdão no Recurso Especial n. 1328380/MS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 21/10/2014. T3 – TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 03/11/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483514/recurso-especial-resp-1328380-ms-2011-0233821-0>>. Acesso em 25 out. 2016.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Decisão Monocrática no Agravo em Recurso Especial n. 555846/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 28/02/2016, Data de Publicação: DJe de 07/03/2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/110516038/stj-07-03-2016-pg-7004>>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Acórdão em Recurso Extraordinário n. 898.060. Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 21/09/2016. Data de Publicação: DJ 30/09/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>>. Acesso em: 02 out. 2016.

_____. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ALAGOAS**. Acórdão na Apelação Cível n. 07064039020128020001. Relator: Desembargadora Elisabeth Carvalho Nascimento. Data de Julgamento: 30/03/2015. Data de publicação: 31/03/2015. Disponível em: <<http://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178675915/apelacao-apl-7064039020128020001-al-0706403-9020128020001>>. Acesso em 25 out. 2016.

_____. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**. Acórdão na Apelação Cível n. 70055434393. Relator: Desembargador Rui Portanova, Data de

Julgamento: 14/11/2013. Data de Publicação: DJ 20/11/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113330753/apelacao-civel-ac-70055434393-rs>>. Acesso em 08 out. 2016.

_____. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**. Acórdão na Apelação Cível n. 70066508581. Relator: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 04/11/2015. Data de Publicação: DJ 10/11/2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254075279/apelacao-civel-ac-70066508581-rs>>. Acesso em 25 ago. 2016.

_____. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**. Acórdão nos Embargos Infringentes n. 0011627-89.2007.26.0637. Relator: Desembargador Mendes Pereira, Data de Julgamento: 20/06/2012. Data de Publicação: DJ 07/08/2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22207062/embargos-infringentes-ei-116278920078260637-sp-0011627-8920078260637-tjsp>>. Acesso em 25 out. 2016.

_____. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**. Acórdão na Apelação Cível n. 2012.058872-1. Relator: Desembargador Fernando Carioni. Data de Julgamento: 10/09/2012. Data de Publicação: 12/09/2012. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23818772/apelacao-civel-ac-20120588721-sc-2012058872-1-acordao-tjsc>>. Acesso em 25 out. 2016.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos contornos do direito de filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, p. 208, jun. 2000. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/3c265/3c2c2/3c973?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em 25 out. 2016.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse do estado de filho**: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e socioafetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FURTADO, Dalcilene Rocha da Silva. **Tutela jurídica da filiação socioafetiva**: filhos de criação. 2010. 71 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Maurício da. **O lugar do pai: uma construção imaginária**. 2007. 150 f. Monografia (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www1.pucminas.br/documentos/dissertacoes_jose_mauricio.pdf>. Acesso em 25 out. 2016.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil – Direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIDIGAL, Miza Maria Barreto de Araújo; TAFURI, Maria Izabel. Parentologia: uma questão psicológica. **Latin American Journal of Fundamental Psycopatholy Online**. v. 7, n. 2. p. 65-74, nov. 2010. Disponível em: <http://www.psicopatologiafundamental.org/uploads/files/latin_american/v7_n2/parentalizacao_uma_questao_psicologica.pdf>. Acesso em 25 out. 2016.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, ano XXVIII, n. 21, 1979. Disponível em: <www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso em: 28 ago. 2016.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito de família**. 19. ed. totalmente reformulada. São Paulo: Saraiva, 2015.