

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDA DE MELLO RIOS

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA
DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR**

CURITIBA

2012

FERNANDA DE MELLO RIOS

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA
DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA DE MELLO RIOS

Paternidade socioafetiva e a impossibilidade de sua desconstituição posterior

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

EROULTHS CORTIANO JUNIOR

Orientador

Coorientador

MARCELO MIGUEL CONRADO -

Núcleo de Prática Jurídica

Primeiro Membro

DIOGO NASCIMENTO BUSSE

Segundo Membro

Aos meus pais, Miriam e José Antonio,
e às minhas irmãs, Daniela e Giulia.
Ao meu filho querido, Arthur,
responsável por minha saída e pelo
meu retorno a esta Universidade.
À minha filha amada, Alice.
Ao meu amor, Emerson.
Por todo o amor e apoio, por fazerem
de mim quem eu sou e por tudo o que
construímos juntos.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, ao igualar os direitos dos filhos havidos dentro ou fora do casamento ou por adoção, e proteger a figura da entidade familiar nos seus mais diversos aspectos, demonstrou uma mudança no paradigma da família brasileira, que passou a ser fundamentada no afeto. A paternidade socioafetiva enquadra-se dentro deste novo paradigma e surge como forma de parentesco que deve ser protegido, embora não conste expressamente no texto de lei. O objetivo deste trabalho é, a partir desta nova visão da família, estudar a paternidade socioafetiva, especialmente no que diz respeito à impossibilidade de, uma vez reconhecida, vir a ser posteriormente desconstituída. A partir de estudos doutrinários e análise jurisprudencial, é realizado um panorama geral da evolução do direito de família, que leva a uma nova visão do instituto da filiação, chegando à delimitação das principais características da paternidade socioafetiva. Por fim conclui-se, fundamentada em decisões judiciais consolidadas, sobre a impossibilidade, em regra, de desconstituição da paternidade socioafetiva.

Palavras-chave: Afeto. Desconstituição. Direito de Família. Filiação. Paternidade Socioafetiva.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. CAPÍTULO I – A FAMÍLIA	7
2.1 A FAMÍLIA BRASILEIRA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	7
2.2 A CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	8
2.3 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA: A FAMÍLIA PLURAL, EUDEMONISTA E SOCIOAFETIVA.....	13
2.4 O AFETO.....	15
3. CAPÍTULO II – FILIAÇÃO	17
3.1. MODELOS DE FILIAÇÃO	17
3.2. A PRESUNÇÃO <i>PATER IS EST</i>	18
3.3 PATERNIDADE NÃO BIOLÓGICA	21
3.3.1 Paternidade por Adoção	21
3.3.1.1 “Adoção à brasileira”	22
3.4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	23
3.5 CONCEITO ATUAL DE PATERNIDADE	24
3.6 A PATERNIDADE COMO FUNÇÃO.	25
4. CAPÍTULO III - A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	27
4.1 A POSSE DE ESTADO DE FILHO	27
4.2 CONCEITO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	30
4.3 PATERNIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	33
4.3.1 As diferenças entre o Genitor e o Pai.....	33
4.3.2 O Direito a Origem Genética.....	34
4.4 A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	35
4.5 DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	37
4.6 JURISPRUDÊNCIA SOBRE A POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	40
5. CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50
DOCUMENTOS CONSULTADOS	54

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a paternidade socioafetiva, conceito que se consolidou na doutrina e na jurisprudência nos últimos anos, fundada na posse de estado de filho e na convivência duradoura, uma vez reconhecida, tem por regra a impossibilidade de desconstituição posterior, de forma análoga ao que ocorre com a paternidade por adoção e biológica.

Inicialmente, o trabalho irá tratar sobre o conceito tradicional de Família e a evolução que este conceito teve a partir do Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002, passando pela Constituição Federal de 1988. A evolução cultural, científica e tecnológica alterou a maneira de viver e de pensar e obteve reflexos no direito de família, que mudou, deixando o modelo de família patriarcal para se tornar um modelo de família plural. A concepção atual de família é a de família eudemonista, preocupada com a felicidade de seus membros, em que o afeto é primordial, pautada pela igualdade garantida pela Constituição Federal de 1988.

O segundo capítulo é dedicado à filiação, englobando as formas de filiação e o conceito atual de Paternidade, pautado na convivência duradoura e no afeto.

O terceiro capítulo é inteiramente dedicado à paternidade socioafetiva, esta “nova” paternidade que na realidade é gênero do qual todas as outras espécies de paternidade derivam, e demonstrar que através de elementos como a posse de estado de filho ela vem sendo reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência.

Por fim, o trabalho irá verificar, através da utilização de decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, de que forma a justiça brasileira tem se posicionado nos últimos anos a respeito da existência de paternidade socioafetiva e da possibilidade ou impossibilidade de sua desconstituição posterior.

2. CAPÍTULO I – A FAMÍLIA

2.1 A FAMÍLIA BRASILEIRA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A família do Código Civil de 1916 é inspirada na família romana, que tem como característica principal o patriarcalismo, pautado por um poder extraordinário que o pai tinha sobre os filhos, a mulher e os escravos. O *pater* tinha o poder sobre a vida e a morte do filho. Sobre o patriarcalismo romano, explica Orlando Gomes (1998, p.39)

A família romana assentava-se no poder incontestável do pater famílias, “sacerdote, senhor e magistrado”, em sua casa – que se exercia sobre os filhos, a mulher e os escravos, multiformemente, permitindo-lhe dispor livremente das pessoas e bens, a ponto de se lhe reconhecer *o jus vitae et necis*. (...) A figura singular do pater famílias absorve inteiramente a dos outros membros do grupo. A esposa está in manu, perdurando o vínculo conjugal enquanto existisse a *affectio maritalis*. Os filhos são incapazes. Bens que adquirissem, pertenciam-lhe, salvo os que podiam constituir determinados pecúlios, ampliados no direito pós-clássico. Sobre os escravos exercia da *domenica potestas*. Monogamia e exogamia, a família romana traduz o patriarcado na sua expressão mais alta.

A concepção de família pelo Código Civil de 1916, descrita entre os artigos 233 a 242 era pautada por preceitos religiosos e pela preservação da família como instituto fechado, deixando à margem aqueles que estavam fora deste instituto, como os filhos ilegítimos, que tinham um tratamento claramente diferenciado, desprovidos de reconhecimento e de direitos.

A família legítima era apenas aquela formada pelo casamento. Tratava-se de uma família hierarquizada, paternalista, com divisão de funções entre os membros.

O marido, pai, chefe de família, inspirado no *pater* romano, era a autoridade máxima com relação a todos os aspectos da vida familiar, sendo ele o representante legal da família (artigo 233, I); o administrador do patrimônio (artigo 233,II), o detentor do direito de fixar e alterar o domicílio da família (artigo 233, III), o detentor do direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência (artigo 233,IV); além de ser o responsável por prover à manutenção da família (artigo 233, V). O pátrio poder (como já faz alusão a expressão) era exercido pelo pai, exclusivamente, sendo que a mulher só o exercia subsidiariamente ou na ausência do pai.

A mulher tinha a função de cuidar dos filhos e da casa, e o dever de obediência ao marido, não podendo por exemplo exercer profissão sem a autorização deste.¹.

Aos filhos cabia o dever de obediência, sendo punidos em caso de descumprimento deste dever. A relação entre pai e filho era pautada por um comando superior por parte do pai e de mera obediência por parte do filho, não havendo espaço para conversa. O pai determinava desde o emprego e a forma de vida até o casamento dos filhos.

O casamento, de base patrimonialista, era um instituto a ser preservado a qualquer custo, ainda que mediante a infelicidade de seus membros, uma vez que o sentimento interno da família era secundário diante da necessidade de manutenção do instituto. O divórcio, no Código Civil de 1916, não era sequer previsto.

Este Código foi sofrendo diversas alterações com o tempo, através da edição de novas Leis e Constituições- conforme será tratado mais detalhadamente no próximo item deste trabalho- de forma a se adequar à realidade brasileira, até ser definitivamente substituído pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil de 2002, ou novo Código Civil.

2.2 A CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.

A evolução do conceito de família ocorreu gradualmente, com modificações lentas e progressivas através de Leis e Decretos esparsos até o advento da Constituição Federal de 1988.

A primeira menção de família após o Código Civil de 1916 está na Constituição de 1934, em seu artigo 144, que define família como somente aquela

1 Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV).

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal.

1934 - Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934): Art 144 - A

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:ção especial do Estado

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal.

constituída pelo casamento indissolúvel. A Constituição de 1937 tem a mesma definição, em seu artigo 124.²

Na década de 40, houve a primeira sinalização no sentido de reconhecimento dos filhos ilegítimos. O Decreto-Lei 4.737, de 24 de setembro de 1942, continha apenas dois artigos, e foi especificamente feito para possibilitar, em seu artigo 1º, a possibilidade do filho havido fora do matrimônio, após o desquite, ser reconhecido ou demandar que fosse declarada sua filiação. Ainda no final da década de 40, a Lei 883/49, (que revogou o Decreto-Lei 4.737/42) ampliou a possibilidade de reconhecimento do filho ilegítimo, permitindo que qualquer dos cônjuges, após a dissolução da sociedade conjugal, fizesse este reconhecimento, bem como ao filho a possibilidade de ação para declaração de filiação.

A partir da década de 60 o modelo patriarcal, predominante até então na família brasileira, entrou em declínio. De acordo com Eduardo Leite (2000,p.65),

A contestação da figura paterna- ao menos de forma pontual- surgiu na década de 60, mais precisamente no célebre maio de 1968, quando os estudantes (em um primeiro momento) e a juventude unida (em fase subsequente) se revoltaram contra os aparelhos de integração, manipulação e agressão.

Esta revolta demonstrou uma resistência crescente ao modelo vigente de patriarcalismo, hierarquizado, com a figura paterna no topo e os filhos e mulheres em posição de inferioridade.

A literatura da época, a partir de 1963, passou a se dedicar a este tema, ainda como informa Eduardo Leite (2000, p.66), com obras como

Auf dem Weg Zur Vaterlose Gesellschaft (Em direção a uma sociedade sem pai), de A. Mitscherlich, "Von der Patriarchalischen zur Vaterlosen Gesellschaft (Da Sociedade Patriarcal à Sociedade sem pai, de Rudolf Suhnel, "La Societé sans Père (A sociedade sem Pai), de Alexandre de Vukkebius e A Revolta contra o Pai, em 1968 e A crise Das Gerações, em 1969, ambas de G. Mendel").

No Brasil, foi promulgada em 27 de agosto de 1962 a Lei 4.121, que versava sobre a situação jurídica da mulher casada. Seguindo a tendência da época, esta lei

² Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934): Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado
Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, artigo 124: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

ampliou a liberdade da mulher dentro do casamento, diminuindo o poder paterno do sistema patriarcal tradicional. O pátrio poder, antes exclusivo do marido, passou a ser exercido pelo marido em colaboração com a mulher e, entre outras inovações, foi retirada a necessidade de autorização do marido para que a mulher pudesse trabalhar.

A Constituição de 1967, no artigo 167, define família como aquela constituída pelo casamento, e no § 1º determinava ser o casamento indissolúvel. A Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, alterou o § 1º do artigo 167 da Constituição de 1967, que passou a permitir a dissolução do casamento, somente nos casos expressos em lei, desde que com prévia separação judicial por mais de três anos. Era o chamado “desquite”, que dissolvia apenas a sociedade, mas não o vínculo conjugal.

A partir da década de 70, a doutrina passou a se dedicar ao tema da função de pai, inicialmente na sociologia e antropologia.

No ano de 1973 foi instituído o Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Entre os principais artigos relativos ao direito de família estão o Artigo 888, inciso VI, que possibilitava ao juiz ordenar ou autorizar o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; e o Artigo 155, inciso II, que determinava o segredo de justiça para ações sobre casamento, filiação, desquite, separação de corpos, alimentos e guarda de menores.

Em 26 de dezembro de 1977 foi promulgada a Lei 6.515, conhecida como a Lei do Divórcio, considerada uma verdadeira revolução no direito de família. A partir desta lei, o princípio da indissolubilidade do matrimônio foi completamente abolido, uma vez que o 1º artigo da referida Lei diz respeito às possibilidades de dissolução da sociedade conjugal. Cumpre ressaltar que diferentemente do desquite, o divórcio rompe o vínculo conjugal, permitindo que seja criado um novo vínculo (um novo casamento após o divórcio é permitido, o que não ocorria no caso da separação). Esta lei também alterou a Lei 883/1949, permitindo o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio ainda na vigência do casamento, desde que em testamento cerrado. Porém, os filhos incestuosos continuavam sem ter direito ao reconhecimento.

A Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979 instituiu o Código de Menores, que tinha como objetivo a proteção, assistência e vigilância a menores, especialmente em relação ao menor em situação irregular.

Em 1984, a Lei 7.250 surgiu para acrescentar um parágrafo à Lei 883/49, que passou a autorizar o reconhecimento de filho havido fora do casamento pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 anos consecutivos.

É visível que o reconhecimento do filho havido fora do casamento foi uma conquista lenta e de forma gradual, entre o final da década de setenta e o final da década de 80, tendo atingido a plenitude apenas em 1988 com a Constituição Federal.

A Constituição Federal brasileira de 1988 foi um marco no direito de família, uma vez que modificou a forma como o direito trata a família. Há, finalmente, através do texto constitucional, a igualdade de direitos para os filhos havidos dentro ou fora do casamento. O direito passou, com o advento da Constituição Federal de 1988, a admitir formas de constituição de família que chama de entidade familiar, que vão além da família formada pelo casamento e que incluem também a união estável e as famílias monoparentais. Há o reconhecimento de que a família não é mais singular e sim plural. Conforme explica José Boeira (1999,p.23), “a ‘família-instituição’, tutelada em si mesma, foi substituída pela ‘família-instrumento’, voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros.”

Consoante ao entendimento da Constituição de 1988, no ano de 1989 é revogado o artigo 358 do Código Civil de 1916 (que determinava a impossibilidade de reconhecimento dos filhos incestuosos e ilegítimos) pela Lei 7.841/89, eliminando deste Código a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos.

Em 13 de julho de 1990 surge a Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, considerado por muitos uma revolução no sentido que passa a tratar as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e deveres, em contraposição ao tratamento como objetos de direito, existente no Código de Menores (Lei 6.697/79), que veio substituir. Entre as principais alterações no direito de família trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente está a possibilidade do filho havido fora do casamento ser reconhecido a qualquer tempo independentemente da origem de filiação, bem como o direito personalíssimo, imprescritível e indisponível

ao reconhecimento do estado de filiação, que pode ser exercido irrestritamente pelo filho contra os pais ou seus herdeiros (artigos 26 e 27).³

A Lei de Investigação de Paternidade (Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992), parte do Princípio do Melhor Interesse da Criança, flexibilizando os meios de reconhecimento de paternidade, que passa a poder ser feito através de escrito particular, por declaração expressa ao juiz. A Lei 8.560/1992 também confere legitimidade ao Ministério Público para prover ação de investigação de paternidade.⁴

A Lei 9.728, de 10 de maio de 1996 foi criada pra regular o § 3º do Artigo 226 da Constituição Federal de 1988⁵, que trata especificamente sobre a União Estável. Conceitua União Estável como a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, e estabelece os direitos e deveres dos conviventes, bem como reafirma o seu reconhecimento como entidade familiar.

Em janeiro de 2003, após o período de um ano de *vacatio legis* entra em vigor o Novo Código Civil ou Código Civil de 2002, Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Com ele, surgem diversas mudanças no direito de família. O principal destaque é a possibilidade de outras formas de constituição de família além do matrimônio. Há uma mudança de enfoque, do Código Civil de 1916 que via o casamento com o objetivo de constituir família, para a possibilidade de existência de família sem a necessidade de casamento, sendo este apenas uma das formas de constituição daquela. Com relação aos filhos, reafirma a norma constitucional de

³ Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

⁴ Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

igualdade entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, bem como os adotados, além de ampliar o conceito de presunção de paternidade e promover uma abertura no conceito de filiação, temas que serão mais bem explorados ao longo do trabalho.

2.3 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA: A FAMÍLIA PLURAL, EUDEMONISTA E SOCIOAFETIVA

A concepção de família foi sendo alterada com o decorrer do tempo e com o desenvolvimento das sociedades. As mudanças das estruturas sociais, econômicas e culturais, com a inserção da mulher no mercado de trabalho e sua emancipação, entre outros fatores, foram responsáveis pela mudança da família patriarcal para a família nuclear. A concepção antiga de família é substituída por uma concepção moderna, em que há uma valorização dos sentimentos de seus membros, pautada pelo afeto.⁶ O direito foi se adequando a esta nova realidade, em que a família deixa de ser apenas aquela formada pelo casamento, para tomar novas formas.

Maria Helena Diniz define família como “grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção” (2007, p.320).

Desta definição depreende-se que o elo dos integrantes de uma família é o afeto, e que este é o elemento que fundamental da família. Da mesma forma que no passado a família esteve diretamente relacionada a um status social e à proteção patrimonial, de hierarquia paternalista, hoje a família é formada pelo afeto. É este afeto quem faz com que pessoas queiram estar juntas e a partir dele se unam, passem a conviver e formar uma família, independentemente do casamento e da quantidade de integrantes.

A família teve seu sentido transformado, de um grupo familiar patriarcal hierarquizado, com um âmbito patrimonialista e de caráter indissolúvel, muito influenciado pela noção de família posta pela igreja, para um sentido mais abrangente. Surge a família (entidade familiar) sem que haja casamento, com a introdução da união estável. Uma nova família, com vertentes diferentes, menor, em que a mulher tem autonomia, e na qual é possível o divórcio seguido de um novo

⁶ Considerações baseadas no texto das páginas 22 a 24 do livro “Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva, de José Bernardo Ramos Boeira, 1999.

casamento (ou vários divórcios e novos casamentos), formando várias famílias que ao mesmo tempo são partes uma da outra. Família dentro de outra família, família do marido que passa a ser também da mulher, família da mulher que se incorpora a do marido. São as famílias monoparentais, pluriparentais, famílias mosaico, famílias reconstituídas.

A divisão de funções na família passa a ser feita a partir das aptidões de cada um e não mais pela determinação única do *pater*. A figura da mãe é retirada da posição de inferioridade e restrita ao cuidado da casa e dos filhos para ganhar o mercado de trabalho e independência financeira. Os filhos passam a ter maior independência, possibilidade de conversa com os pais e novos valores. Com poucos filhos, o relacionamento passa a ser mais íntimo entre pais e filhos, aumentando o sentimento familiar

A ideia de família evolui e esta evolução se traduz em deixar de lado o aspecto puramente biológico para se enxergar aquilo que sempre esteve ali, ou pelo menos deveria estar, e que é à base de todas as relações – o afeto.

É através do afeto que as pessoas se aproximam e constituem uma união estável. O afeto é o fato gerador da adoção, do ato de querer formar uma família, aumentar a família, através do amor.

Hoje só se constitui família se há afeto, independentemente de laços sanguíneos. A família atual é pautada pela solidariedade, “um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos...”. (LÔBO, 2011, p.18-19)

Se anteriormente à Constituição Federal de 1988 e ao Código Civil de 2002, no modelo tradicional de família amparada pelo matrimônio à presença do afeto era presumida (e poderia não existir), na família atual há uma inversão de valores, pois o afeto é o elemento criador, a razão de ser da própria existência e continuidade da família. Sobre as mudanças no direito de família, disserta Luiz Edson Fachin,

Da estrutura unitária, hierarquizada e transpessoal, houve migração para uma família plural, igualitária e eudemonista, um novo paradigma da conjugalidade. A filiação, a seu turno, passando pela crise e superação na jurisprudência, venceu a moldura nupcialista, alcançou a definição biológica e, hoje, oscila entre os paradoxos, do da consanguinidade à afetividade.(FACHIN, 2000, p. 171).

A família atual pode ser monoparental, pluriparental, mosaico, família reconstituída, ou a família tradicional, mas é principalmente uma família eudemonista, ou seja, preocupada com a felicidade de seus membros e fundada na convivência e no afeto.

2.4 O AFETO

Atualmente, o afeto é o elemento principal de qualquer relação familiar. A partir do Século XX, o afeto ganhou uma dimensão imensa no direito de família, a ponto de se considerar que a família sofreu uma mudança de paradigma, passando do paradigma patrimonialista para o paradigma afetivo.

Se no século XIX os casamentos realizavam-se com o intuito principal de preservar o patrimônio e garantir a “segurança social”, hoje o casamento é baseado fundamentalmente no afeto.

Sobre esta mudança de paradigmas, Paulo Lôbo (2011, p. 20) afirma que a família,

Reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade.

As relações humanas se constroem com base no afeto. Assim como o casamento se constrói a partir de uma relação afetiva, o divórcio é a expressão máxima da ausência do afeto, que acaba na dissolução, atualmente simples e rápida, da relação anteriormente existente.

A adoção é uma das principais formas de demonstração de uma relação jurídica pautada pelo afeto. Quando uma criança encontra-se em processo de adoção, seja por falecimento dos pais, opção dos pais, ou por perda do poder familiar, primeiramente é verificado se há algum laço afetivo desta criança com outra pessoa, geralmente um parente, para que, de acordo com o princípio do melhor interesse da criança, esta possa ficar com aquele que nutre por ela maior vínculo afetivo. O artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza que deve ser

levado em conta “na apreciação do pedido o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”.

O afeto é o fator responsável pela existência das chamadas famílias reconstituídas (formadas por pessoas solteiras, divorciadas ou viúvas, com ou sem filhos, que se unem a outras famílias em situação semelhante formando uma nova família). Nestes casos, o afeto faz com que uma família se integre a outra, os filhos da pessoa amada passem a ser amados como se seus filhos fossem, formando uma nova família, com base unicamente afetiva, independente de consanguinidade.

Há ainda a nova família existente e, embora não reconhecida pela lei, com direitos reconhecidos pela jurisprudência e consolidados recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, que é a família homossexual, formada também por laços afetivos puramente, uma vez que incapaz de gerar descendentes biológicos.

A afetividade adquiriu um aspecto tão intenso no direito de família atual que diversos autores como Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias e Rose Venceslau se referem à existência de um “princípio da afetividade”.

Para Rose Venceslau (2004, p.114), a afetividade é princípio jurídico constitucional, uma vez que a Constituição Federal “igualava os filhos biológicos aos adotivos, com respeito à escolha afetiva e protege como entidades familiares outras, como a união estável e a família monoparental cujo vínculo fundante é o da afetividade”.

É possível se referir a um princípio da afetividade, uma vez que o afeto como fato formador de relações familiares é protegido Constitucionalmente, pelos artigos 226 (§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes) e 227 (§ 6º - 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), em especial, sendo o afeto algo que vai além de um fato exclusivamente sociológico ou psicológico.

3. CAPITULO II – FILIAÇÃO

Filiação, em uma primeira definição, pode ser descrita como a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau que se estabelece entre pais e filhos.

Em um conceito mais abrangente, adiciona-se a esta definição o fato de que a relação de parentesco, para caracterizar a filiação, pode ser decorrente de vínculo sanguíneo ou outra origem, como adoção ou reprodução heteróloga.

Paulo Lôbo (LÔBO, 2011, p.216) conceitua filiação como um conceito relacional:

...é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. Filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.

A filiação, no conceito atual, define-se por uma relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas de forma mais ampla: não apenas quando uma nasce da outra (consanguínea), mas também quando há a adoção, a inseminação artificial heteróloga e, ainda, quando é decorrente do convívio duradouro e afetivo, caracterizado pela posse de estado de filho.

3.1. MODELOS DE FILIAÇÃO

O Código Civil de 2002 trata sobre a filiação em seus diversos aspectos no Subtítulo II - Relações de Parentesco, do Livro IV- Do Direito de Família. O primeiro dos artigos relacionados à filiação no Código Civil, artigo 1.596, é taxativo ao determinar que são proibidas designações discriminatórias aos filhos havidos ou não por casamento ou adotados, e que ambos tem os mesmos direitos e qualificações.

A partir da doutrina de Paulo Lôbo (2011, *et al.*) e das definições trazidas pela Constituição Federal e pelo Código Civil de 2002 define-se que, em relação à origem, a filiação pode ser de origem biológica ou não biológica.

Na filiação biológica estão incluídos os filhos nascidos por relação sexual entre mãe e pai ou ainda por inseminação artificial homóloga.

Dentro da filiação não biológica encontram-se a filiação por adoção, por inseminação artificial heteróloga e em virtude da posse de estado de filho.

Com relação à prova da filiação, o artigo 1.603 do Código Civil de 2002 estabelece que “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”. A paternidade constante do Registro Civil, paternidade registral, é chamada de paternidade jurídica, uma vez que é ela quem estabelece, juridicamente, os direitos da criança relativos à filiação. Esta paternidade é advinda da presunção *pater is est* ou adquirida através do procedimento legal de adoção.

Assim, a filiação pode ser resultante de origem biológica ou não biológica, constituída por laços sanguíneos ou através do afeto. A filiação jurídica é a resultante do Registro Civil, podendo ser de origem biológica, através da presunção *pater is est* ou afetiva (advinda da paternidade socioafetiva ou adoção legal).

3.2. A PRESUNÇÃO *PATER IS EST*

A presunção *pater is est* surge em Roma, e inicialmente foi “a marca de um direito de propriedade sobre o filho nascido da esposa, muito antes de se tornar um instrumento de proteção do filho”⁷

A presunção *pater is est* estabelece que presume-se como pai o marido da mãe. Ela tem a função, segundo Fachin (1992, p.35)

...de permitir o estabelecimento da paternidade pelo simples fato do nascimento. Ou seja: quem nasce de uma mulher casada é filho do marido desta mesma mulher. Funciona, assim, tal presunção, como modo de estabelecimento da paternidade que opera automaticamente.

De acordo com Zelo Veloso,

O ‘*pater is est*’ é uma presunção legal, e se tem mantido por vários séculos da história jurídica da humanidade porque se funda no que ordinariamente acontece (‘*quod plerumque fit*’), nos dados da experiência, nas realidades

⁷ Marie-Thérese Meuders-Klein, “Fondements Nouveaux Du Concept de Filiation”, In: La Personne, La Famille ET Le Droit, *Apud.* LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro:Forense:2000, P.68/69.

práticas da vida. A mulher casada, que coabita com o marido, regra geral, é fecundada por este. Na grande maioria dos casos, o pai jurídico (o esposo) é o pai biológico. Mas não se trata de presunção absoluta ('*juris et de jure*') mas '*juris tantum*', ou relativa, na medida em que pode ser afastada, por iniciativa do marido (...) A presunção '*pater is est*' está inserida numa concepção patriarcal e hierarquizada da família, e da família matrimonializada, que produzia filhos 'legítimos', conforme um modelo multissecular, que foi profundamente abalado, revisto, reavaliado (...) (VELOSO, 2000, p.380/381, grifos do autor)

A presunção, em sua ideia originária, “expressa diretamente à autoridade do *pater*, ou seja, o poder do pai em aceitar ou rejeitar o filho segundo seu exclusivo desejo.” (FACHIN, 1992, p.29).

No Código de Napoleão, a presunção está presente de forma plena, com o objetivo de manter a paz familiar por imposição da lei. O pai é o marido necessariamente, não havendo margem quase nenhuma para negação disto.

Com o tempo, a presunção deixou de ter o objetivo de manter a paz familiar e adquiriu outro objetivo, mais importante, que é o de proteger os filhos. Sobre esta mudança de enfoque da visão da presunção *pater is est*, discorre Durkheim (2007, p.93, grifos do autor)

A regra *is pater est quem justae nuptia declarant* (é pai aquele que as núpcias indicam) permaneceu materialmente em nosso Código, tal como existia no velho direito romano. Mas se a regra tinha então por objeto salvaguardar os direitos de propriedade do pai sobre os filhos provenientes da esposa legítima, é antes o direito dos filhos que ela protege hoje.

Esta presunção foi trazida ao Brasil no Código Civil de 1916, com o objetivo de privilegiar a ideia de “paz familiar” em detrimento à verdade da filiação.

A regra *pater is est*, além de representar o que, ordinariamente, acontece, ou seja, que quando a mulher casada coabita com o marido, são destes os filhos dela, foi concebida, também, para prestigiar o favor legitimatis, isto é, para favorecer o estado de filho legítimo, que era superior, e ao qual o legislador conferia direitos apreciáveis, mais benefícios e proveitos morais e materiais. (BOEIRA, 1999, p.46)

A função da presunção é, também, de acordo com José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.46) “preservar ao máximo a família como a estrutura básica e ética da sociedade, evitando pretensões que fossem antes sustentadas por ambições do que por interesse moral”.

A presunção *pater is est* foi mantida no Código Civil de 2002, mas é cerceada de condições (não mais absoluta), conforme se infere do Artigo 1.597:

Art. 1.597: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Com relação ao inciso V, a inseminação artificial heteróloga é aquela realizada com material genético de doador anônimo. Caso esta seja realizada sem o consentimento do marido, conforme exige o inciso V, o marido pode impugnar a paternidade. Caso haja seu consentimento, esta paternidade não poderá ser impugnada. É um caso de presunção de paternidade puramente baseado na verdade afetiva, uma vez que há a ausência certa de filiação biológica, mas a verdade genética é colocada em segundo plano.

O consentimento do cônjuge, na inseminação artificial heteróloga, de acordo com Maria Berenice Dias (2009, p.335) “corresponde a uma adoção antenatal do filho, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai.” É, portanto, forma de paternidade socioafetiva (construída pelo afeto e não pela genética), dotada de presunção legal, e de irrevogabilidade.

Atualmente a presunção existe em um aspecto de proteção dos interesses da criança, e também com o intuito de manutenção da família. Porém, é criticável a ideia de “manutenção familiar a qualquer preço”, imposta por esta presunção.

A presunção *pater is est* tem ainda força nos dias atuais, inclusive pelo fato de não bastar o adultério confesso da mulher (artigo 1.600), ou a confissão materna (artigo 1.602) para ilidir a presunção legal da paternidade. Por outro lado, o Código Civil de 2002 permite ao marido contestar a paternidade, sendo tal ação imprescritível (artigo 1601).⁸

⁸ Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade. Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Art. 1.602. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

Assim, concluímos que embora tenha havido a opção do legislador em manter a presunção *pater is est* no Código Civil de 2002, ela já não é absoluta, uma vez que o princípio da verdade real no caso concreto deve prevalecer sobre a material.

3.3 PATERNIDADE NÃO BIOLÓGICA

3.3.1 Paternidade por Adoção

Adoção é a forma de filiação jurídica que tem o poder de gerar o parentesco civil e assim vínculos de paternidade e filiação que são reciprocamente considerados. Na definição de Maria Berenice Dias (2009, p.434), adoção é um “ato jurídico no sentido estrito, cuja eficácia está condicionada a chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.”

É prevista no Código Civil, e definida por Lei Específica, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990. Os filhos adotivos e os filhos biológicos são igualmente respaldados pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.596, que assegura a ambos os mesmos direitos e qualificações e veda qualquer designação discriminatória relativa à filiação.⁹

O adotado possui os mesmos direitos e obrigações de qualquer filho, como nome, parentesco, alimentos e sucessão, bem como dever de obediência e respeito. As obrigações dos pais são as mesmas previstas no artigo 1.634 do Código Civil de 2002 e do artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

⁹ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Adoção é a expressão máxima do princípio da socioafetividade, e detém caráter de irrevogabilidade, retirando da liberdade individual a possibilidade de arrependimento posterior.

Conforme afirma Jaqueline Nogueira (2001,p.57),

A adoção é, sem dúvida nenhuma, a prova mais cabal de que o amor de faz na (com) vivência, se constrói pouco a pouco. Os pais adotivos são os pais por opção, por excelência, é o amor mais puro e sincero, uma relação familiar construída de forma voluntária, pelo simples desejo de serem pais.

A adoção, como vínculo jurídico formado de maneira voluntária através de um ato de vontade, pautada pelo afeto, é dotada de tutela jurídica, de onde se infere que os laços afetivos concretizados na adoção são amparados judicialmente.

3.3.1.1 “Adoção à brasileira”

A chamada “adoção à brasileira” consiste no ato de alguém registrar voluntariamente como seu o filho de outrem, sem observar o regular procedimento de adoção e assumindo inclusive o risco de ser processado criminalmente, conforme artigo 242 do Código Penal.¹⁰

¹⁰ Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil. Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

A “adoção à brasileira” concretiza-se através da declaração falsa e consciente de paternidade de criança que sabe-se não ser seu filho, efetuando o Registro Civil em Cartório. Esta declaração é geralmente movida pelo intuito generoso de integrar a criança a sua família e, quando consolidada por longos anos, através de convivência e afeto duradouros, cria uma filiação socioafetiva que, embora não regulada pela lei, é dotada de proteção jurídica.

Tatiana Wagner Lauand de Paula (2007, p. 67-70) ressalta ainda como causa determinante da existência de muitos casos de adoção a brasileira o trâmite demorado e complicado de disponibilizar a criança para adoção, mesmo nos casos em que ela já está abandonada afetivamente. Assim, por exemplo, é o caso do pai biológico que abandona a mãe e o filho muitas vezes ainda durante a gravidez da mãe ou logo após o nascimento deste, e o filho é registrado, em ato de “adoção à brasileira”, pelo namorado da mãe, que assume a criança como sua. A procura legal pelo pai biológico para registro e posterior destituição do poder familiar, ou procura do poder judiciário para provar a situação de pai desconhecido é excessivamente demorada e gera um distanciamento entre a criança e o pretense pai registral (afetivo), que acaba optando pela “adoção à brasileira”, ainda que ciente da ilegalidade de seu ato e do risco de processo criminal, mas visando o amparo afetivo da criança.

Embora a “adoção à brasileira” seja proveniente de um Registro Civil baseado em declaração falsa, ela é também resultante de um ato de vontade legítimo, requisito essencial de um negócio jurídico, que é feito conscientemente e com ausência de erro. Assim sendo, e construindo-se a partir deste registro uma relação socioafetiva duradoura, fica estabelecida uma filiação socioafetiva que não pode vir a ser desconstituída, ou seja, não é possível, como regra geral, um arrependimento posterior ou desfazimento deste registro.

3.4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A paternidade socioafetiva é a paternidade construída no dia-a-dia através do afeto e da convivência, independentemente de vínculo jurídico ou biológico.

É aquela que, a despeito de não possuir genética ou registro de nascimento legal, está presente no sentido mais profundo de ser pai, que é o de exercer a função de cuidar do filho(e nisso inclui-se guardar, alimentar, educar, zelar).

Sobre a paternidade socioafetiva, tema principal do trabalho, será tratado mais detalhadamente nos itens posteriores.

3.5 CONCEITO ATUAL DE PATERNIDADE

O conceito de paternidade evoluiu, passando a ser considerado especialmente em seu aspecto de relação afetiva, resultante de uma convivência duradoura. Uma relação que possa assegurar ao filho algo que vai além de um registro civil, como o afeto, amor, dedicação, abrigo, que demonstram uma convivência paternal, identificadora da verdadeira paternidade.

De acordo com José Boeira (1999, p.161)

...Verdadeira paternidade é caracterizada pelos vínculos estreitos que confortam e integram a relação paterno-filial, em que afeto, proteção e convivência amorosa são os fatores que alimentam esse precioso e indispensável grupo na formação de uma sociedade humanitária, que é a família.

Para Luiz Edson Fachin (1996, p.33),

Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

Rosana Fachin se refere à “verdade do coração”, que deve ser considerada além da verdade puramente biológica, uma vez que filho é mais do que apenas um descendente genético “e se revela numa relação construída no afeto cotidiano.” Para ela, na construção da nova família deve-se “procurar equilibrar essas duas vertentes, a relação biológica e a relação sócio-afetiva.”¹¹

¹¹ FACHIN, Rosana. Do parentesco e da Filiação. *In* Direito de família e o novo Código Civil. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) 2ª Ed, 2ª. Tir, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.130.

Em um conceito atual de paternidade, pode-se definir pai como sendo aquele que, independentemente de vínculo biológico, se comporta diariamente como responsável pelo seu filho no ambiente social e possui vínculos estreitos com este, formados pela convivência amorosa contínua, que gera uma relação psicoafetiva com o filho, relação esta que é pautada pelo respeito e afeto.

3.6 A PATERNIDADE COMO FUNÇÃO.

Rodrigo da Cunha Pereira (2003, *et al*), ao estudar a paternidade em um aspecto psicanalítico, desprende-se do conceito de paternidade biológica e, com o auxílio da psicanálise, afirma que a paternidade constitui, na realidade, uma função. É esta função, exercida por um “pai”, que é determinante e estruturante dos sujeitos. Os sujeitos precisam de alguém que assuma e exerça esta função de pai em sentido amplo para serem estruturados.

Esta função “pai” pode ser exercida, de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira (2003,p.121), por “uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe (...) , aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança(...), aquele que faz a adoção...”

A partir desta visão, temos a definição de paternidade como função, e, assim sendo, precisa ser exercida para existir de fato. Embora a criança tenha assegurado o direito à origem genética e recebimento de alimentos através de ação de investigação de paternidade, a descoberta da origem genética não revela, de fato, um pai, uma vez que não se pode obrigar ninguém a exercer a função de pai, ou seja, ser efetivamente um pai. O pai da criança será sempre aquele que, por vontade própria, optou por adotar esta criança, exercendo a função pai.

A paternidade como função tem como pressuposto a vontade de ser pai, externalizada através da adoção dos próprios filhos pelos pais, e também dos pais pelos filhos.

“O elemento definidor e determinante da paternidade certamente não é o biológico, pois não é raro o genitor não assumir o filho. Por isso é que se diz que todo pai deve adotar o filho biológico, pois só o será se assim o desejar, ou seja, se de fato o adotar.” (PEREIRA, 2003, p.133)

Pai é aquele que assume a função disposta nos artigos 226, 7º e 227, Caput.¹² Que zela pela criança e adolescente, garantindo a este direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária.

A evolução da ciência trouxe ao mesmo tempo uma certeza e uma dúvida. A certeza do exame de DNA leva a garantia da origem genética, ou seja, de ser identificado o genitor, mas persiste a dúvida com relação ao verdadeiro pai.

Nos dizeres de João Baptista Villela, deve haver uma *desbiologização* da paternidade, uma vez que “o filho tem que ser mais alguma coisa, ao invés de ser simplesmente filho”.

Para que este genitor biologicamente comprovado como pai seja efetivamente um pai, há de haver um interesse neste de exercer a paternidade-função. Caso contrário, a única certeza que o exame de DNA determina é a biológica que, além do aspecto patrimonial, pouco irá representar naquele filho, podendo gerar inclusive um efeito extremamente negativo, quando este pai biológico não possui nenhum interesse em exercer a função de pai, uma vez que não se pode obrigar ninguém ser pai, surgindo assim filhos que são criados desprovidos de afeto, abandonados afetivamente.

¹² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

4. CAPÍTULO III - A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

O conceito de paternidade socioafetiva está intimamente ligado ao conceito de posse de estado de filho. Assim, para uma melhor compreensão do assunto em questão, optou-se por inicialmente tratar sobre o conceito de posse de estado de filho para posteriormente conceituar a paternidade socioafetiva.

4.1 A POSSE DE ESTADO DE FILHO

O conceito de posse de estado de filho passa a ter maior importância a partir da verificação de que o sistema clássico de estabelecimento de filiação estava defasado, uma vez que ele não verificava a verdade biológica ou afetiva, mas apenas determinava uma verdade jurídica por meio de presunção.

A partir de estudos sobre o sistema clássico de estabelecimento de filiação constatou-se que "a verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade sócio-afetiva" (FACHIN, 1992, p.151).

A posse de estado de filho é constituída por três elementos: *nomen* ou *nominatio*, *tractatus* e fama ou *reputatio*. *Nomen* diz respeito ao uso, pelo filho, do nome do pai. *Tractatus* é o tratamento dado ao filho pelo pai, e ao pai pelo filho que o reconhece como tal, abrangendo ainda o dever do pai de educação, manutenção e instrução do filho. Por último, a *reputatio* diz respeito à reputação de pai, ou seja, ser reconhecido pela sociedade como pai.

A posse de estado de filho é a maior expressão do parentesco psicológico e define-se, de acordo com José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.60), como uma "relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai."

Outro aspecto importantíssimo na posse de estado de filho é a duração, uma vez que a posse de estado só existe com o tempo. Mais que outros elementos, a duração é "condição de existência da posse de estado". (BOEIRA, 1999, p.65).

O instituto jurídico da posse de estado de filho é adotado por diversos países europeus, em especial na França, onde constitui uma forma autônoma e independente de estabelecimento de filiação. O Código Civil Francês, no artigo 334-8, estabelece que a filiação natural pode ser legalmente estabelecida através do reconhecimento voluntário, pela posse de estado ou por efeito de um julgamento. De forma complementar, o artigo 334-9 explicita que será nulo o reconhecimento e inadmissível a investigação de paternidade quando o filho já possuir uma situação de legitimidade estabelecida pela posse de estado.¹³

Embora a legislação brasileira não esteja tão avançada quanto a francesa, a jurisprudência brasileira, já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, considera a posse de estado de filho como elemento principal para a prova da existência de paternidade socioafetiva.

A prova da posse de estado é feita especialmente através de testemunhas ou documentos. Em geral, é necessário que haja publicidade, continuidade e ausência de equívoco para confirmar a posse de estado de filho. A publicidade é o fato de o filho e pai se comportarem como tal perante a sociedade, durante tempo contínuo que demonstre estabilidade (continuidade) e os fatos de onde se verifica que existe posse de estado não devem gerar dúvida.

Porém, a ausência de algum dos elementos constitutivos da posse de estado de filho, por si só, não descaracteriza sua existência. Em especial com relação ao elemento *nomen* “a doutrina reconhece em sua maioria que, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a ‘posse de estado de filho’ se concorrem os demais elementos- trato e 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” (BOEIRA, 1999,p.63, grifos do autor)

Segundo Luiz Edson Fachin (1996, p.68): "a tradicional trilogia que a constitui (*nomen, tractatus e fama*) mostra-se, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríptico elenco há o mérito de descrever

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992, p.157-158.

os elementos normais que de modo corrente demonstram a presença da posse de estado.”

A posse de estado de filho não tem a função de comprovar a verdade biológica, mas sim de valorizar o aspecto afetivo e sociológico da filiação. No caso, por exemplo, de mulher casada e filho registrado de acordo com a presunção *pater is est*, a ausência da posse de estado de filho por este pai presumido e presença por outro pai é determinante na definição da paternidade.

De acordo com Silmara Juny de Abreu Chinelato, a posse de estado de filho é fator importante para distinguir entre genitor e pai. “Hoje, emprega-se genitor para o pai biológico, mas pai refere-se àquele que tem vínculo sócio-afetivo com o filho, traduzido juridicamente pelo trinômio *nomen, tractatus e fama*.”¹⁴

A presença ou ausência da posse de estado de filho pode levar a duas conclusões, de acordo com Luiz Edson Fachin (1996,p.152): a presença deste fato é revelador da vontade do marido da mãe (pai presumido) em aceitá-lo como filho e este fato sustenta a presunção *pater is est* e afasta a negatória; já a ausência da posse de estado de filho matrimonial tende a destruir a presunção *pater is est*. É necessário encontrar um equilíbrio entre a “verdade “ jurídica e a “verdade” sociológica, uma vez que a existência da posse de estado de filho é, por si só, suficiente para impedir a negação da paternidade.

De acordo com José Bernardo Ramos Boeira (1999,p.69), “a posse de estado poderá ser analisada como uma condição da existência do vínculo de filiação, mas também, classicamente, como um modo de prova....em qualquer das hipóteses condiciona e informa a filiação”

Como exemplo jurisprudencial da importância da posse de estado de filho, há o Recurso Especial nº 1.189.663 - RS (2010/0067046-9) julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Este Recurso foi julgado e não provido pela ausência da posse de estado de filho, que tornou inviável a pretensão de reconhecimento de paternidade socioafetiva.

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.

¹⁴ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e *Exame de DNA, Filiação e Direitos da personalidade. In Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Eduardo Leite (coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.333.

1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.

2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.

3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.

4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido.

(STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.663 - RS (2010/0067046-9). Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrih. DJ de 15/09/2011)

A partir da Ementa reproduzida acima se depreende que, para o Superior Tribunal de Justiça, a existência da posse de estado de filho é fundamental para que seja considerada viável a pretensão de reconhecimento de paternidade socioafetiva.

Ao mesmo tempo em que a Ementa não provê o Recurso devido a ausência de posse de estado de filho, também descreve elementos fundamentais que a caracterizam, demonstrando a sua importância na caracterização de relação socioafetiva e que a posse de estado de filho, quando caracterizada, enseja o direito subjetivo de pleitear em juízo o reconhecimento da paternidade socioafetiva. Assim, demonstra-se o entendimento jurisprudencial no sentido de caracterizar a paternidade socioafetiva como forma de paternidade existente e reconhecível através do mesmo procedimento destinado ao reconhecimento da paternidade biológica, a Ação de Investigação de Paternidade.

4.2 CONCEITO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A paternidade socioafetiva é a paternidade fundada no afeto, caracterizada pela presença da posse de estado de filho, amparada nos princípios do melhor interesse da criança, da dignidade humana e da verdade real.

A paternidade socioafetiva não possui previsão expressa em lei. Contudo, pode ser identificada implicitamente pela interpretação extensiva do Artigo 1.593 do Código Civil de 2002- O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Dentro de “outra origem”, a doutrina (formada por Maria Berenice Dias e Luiz Edson Fachin, entre outros autores) e a jurisprudência (consolidada no Superior Tribunal de Justiça) passaram a incluir o parentesco de origem afetiva, notadamente a paternidade socioafetiva.

A família socioafetiva é um termo que passou a ser incluído no direito de família há pouco tempo no Brasil. Ainda, conforme Paulo Lôbo (2011,p.29) “pode-se dizer que a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo.”

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a existência da paternidade socioafetiva como construção jurisprudencial e doutrinária que, embora ainda não expressa em lei, é tratada de forma análoga a paternidade biológica no que se refere a aplicação das regras de filiação biológica, incluindo a possibilidade de ação de investigação de paternidade, inicialmente restrita a paternidade biológica, para obter o reconhecimento de filiação socioafetiva, conforme exemplificado na página 29 deste trabalho, durante o estudo da posse de estado de filho.

O termo paternidade socioafetiva é fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial, utilizado na justiça com cautela, sendo diversos fatores considerados para apreciação de sua existência, especialmente baseados na verdade real e na existência da posse de estado de filho.

É comum observar na doutrina a ideia de que a paternidade socioafetiva se contrapõe à biológica. Partindo desta ideia, haveria paternidade socioafetiva quando não há paternidade biológica, ou seja, na adoção, na adoção à brasileira, na inseminação heteróloga e nos “filhos de criação”.

Embora seja parte deste trabalho a investigação, ainda que superficial, da adoção e demais institutos relacionados no artigo anterior, optou-se pela adoção do conceito de paternidade socioafetiva em um sentido mais amplo, concordando com o autor Paulo Lôbo quando este se refere a paternidade socioafetiva não como uma nova forma de paternidade, mas sim o gênero do qual as demais paternidades são espécie. Esta escolha de definição baseia-se no fato de identificarmos a paternidade

como uma função (conforme já exposto), e concordarmos com a ideia de que qualquer paternidade, para ser efetiva, deve ter como pressuposto o afeto, porque a paternidade é algo que se constrói, no dia-a-dia, a partir do afeto e da convivência.

A paternidade socioafetiva não é espécie acrescida, excepcional ou supletiva da paternidade biológica: é a própria natureza do paradigma atual de paternidade, cujas espécies são a biológica e a não-biológica. Em outros termos, toda paternidade juridicamente considerada é socioafetiva, pouco importando sua origem.¹⁵

Em uma situação ideal, conforme explica Rose Melo Venceslau (2004, p.111) “o vínculo paterno-filial se apresenta como laço jurídico, por estar declarado o estado da filiação; como um dado biológico, por ser o pai também ascendente genético do filho; e como uma relação afetiva solidariamente construída.”

Contudo, a paternidade socioafetiva e biológica tem existência independente uma da outra. Da mesma forma que é possível haver paternidade sem vínculo biológico, mas baseada no afeto, na convivência e posse de estado de filho (paternidade socioafetiva) é possível uma paternidade puramente biológica, em que o único vínculo existente é o genético, desprovida de afeto, na qual não há uma verdadeira relação socioafetiva entre pai e filho.

A paternidade socioafetiva está intimamente ligada ao Princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, conforme explica Paulo Lôbo (2011, p.17), “o afeto é o que caracteriza a dignidade da pessoa humana”.

Na doutrina e na jurisprudência a paternidade socioafetiva está diretamente ligada à definição de posse de estado de filho. Em geral, presentes os elementos caracterizadores da posse de estado de filho, é possível auferir a existência da paternidade socioafetiva, considerando ainda, em cada caso concreto, a verdade real, o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *In* Revista CEJ, Brasília, nº34, p15/21, jul/set 2006, p.20

4.3 PATERNIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

4.3.1 As diferenças entre o Genitor e o Pai

A existência de uma paternidade biológica pura, na qual a função do pai extingue-se na concepção ou doação de material genético não revela um pai, mas tão somente um genitor.

Paulo Lôbo, citando escrito publicado, durante Conferência proferida no “III Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF – Família, Lei e Jurisdição”, distingue a paternidade biológica da socioafetiva, atribuindo a cada uma os seus direitos e deveres:

Ao genitor devem ser atribuídas responsabilidades de caráter econômico, para que o ônus de assistência material ao menor seja compartilhado com a genitora, segundo o princípio constitucional da isonomia entre sexos, mas que não envolvam direitos e deveres próprios de paternidade.

A paternidade é muito mais que prover alimentos ou causa de partilha de bens hereditários: envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva, e assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação, isto é, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor.¹⁶

Esta observação demonstra claramente a diferença existente entre paternidade jurídica, genética e a paternidade socioafetiva, considerada a verdadeira paternidade, por ser construída através da relação sócio-afetiva.

Como afirma Eduardo Leite (2000,p.77)

...genitor, qualquer homem potente pode ser, basta manifestar capacidade instrumental para gerar; pai, ao contrário, é mais que mero genitor, pode até se confundir com o genitor, mas vai além da mera noção de reprodução.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *In* Revista CEJ, Brasília, nº34, p15/21, jul/set 2006, p.16

A paternidade não é algo posto pelo fato de ser genitor. Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida afirma a existência de diversos estudos antropológicos e sociológicos demonstrando que a paternidade socioafetiva se constrói, “ao passo que o laço biológico, que caracteriza o genitor, é apenas um dado da ciência.”¹⁷

Assim, depreende-se que os direitos e deveres que envolvem o fator biológico restringem-se a assistência material do filho, e serão ampliadas para direitos e deveres próprios da paternidade apenas se houver junto a esta paternidade biológica o exercício pleno da função paterna.

Para Luiz Edson Fachin (2003, p.29), a verdade socioafetiva não tem menos importância do que a biológica, uma vez que a realidade jurídica da filiação não se restringe aos laços biológicos “mas, também, na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente, perante o grupo social e à família.”

A identidade genética não determina a identidade da filiação, que é construída pelas relações afetivas, assim como o direito dos filhos à convivência familiar, garantido pela Constituição Federal em seu artigo 227, não pode ser prejudicado por questões de ordem biológica.

Ser pai não é uma tarefa “para qualquer um”. Há inúmeros casos de genitores que são apenas isto, genitores, apenas contribuíram com carga genética para a existência do filho, mas pais em nada são. Para ser pai é preciso estar disposto a dar carinho, afeto, atenção, abdicar um pouco de si mesmo em favor do outro. Exercer a função paterna demanda tempo, paciência, e disposição para educar, amar, ajudar, enfim, criar um ser humano e prepará-lo para a vida.

4.3.2 O Direito à Origem Genética

O direito à origem genética está previsto no Artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece ser o reconhecimento do estado de filiação direito personalíssimo, indisponível e imprescritível bem como no artigo 1.606 do Código Civil, que garante o direito do filho a ação de investigação de paternidade.

¹⁷ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Op.Cit.*, p.332

Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente não tem por objetivo impugnar paternidade já existente, de acordo com Paulo Lôbo (2006, p.799), uma vez que estado de filiação resulta de convivência familiar duradoura.

Se já existe(a paternidade), pouco importando sua origem, o art. 27 do ECA é imprestável. Se não existe, ou seja, quando não houver paternidade de qualquer natureza, então o artigo é aplicável, para assegurar o reconhecimento do estado de filiação àquele que nunca o teve.

Assim, o referido artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente existe para assegurar o direito de filiação a quem nunca o teve e também para garantir o direito à origem genética. Porém, esta origem genética é apenas um dado biológico e não significa, em hipótese alguma, paternidade.

O direito a origem genética não se confunde com um direito a paternidade, uma vez que o exercício deste direito leva a identificação de um genitor (e não um pai). A identificação da origem genética tem diversas utilidades, desde o saneamento de uma curiosidade por parte do filho, até questões relativas a saúde, mas ela, por si só, não tem o condão de gerar uma paternidade, uma vez que paternidade, conforme visto, está relacionada a uma função exercida através de um ato de vontade, pautada na convivência afetiva e social.

4.4 A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Paulo Lôbo, em conferência Proferida no V Congresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM (2006, p.798), enumera na Constituição Federal Brasileira os artigos que demonstram que a filiação não se restringe à biológica:

Encontram-se na Constituição brasileira vários fundamentos do estado de filiação geral, que não se resume à filiação biológica: a) todos os filhos são

iguais, independentemente de sua origem (art.227, § 6º);b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º), não é relevante a origem ou a existência de outro pai (genitor); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput).

A Constituição Federal de 1988, conforme o fundamentado nos diversos artigos citados por Paulo Lôbo, protege o estado de filiação fundado na convivência familiar, duradoura e afetiva, da qual a paternidade socioafetiva é decorrente. Assim, depreende-se que há uma proteção constitucional a paternidade socioafetiva, que não pode ser impugnada ou contraditada.

O mesmo autor enumera também no Código Civil de 2002 os artigos que demonstram a opção atual pelo paradigma da paternidade socioafetiva,

- a) art. 1.593 – o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. A principal relação de parentesco é a que se configura na paternidade (ou maternidade) e na filiação. A norma, ao contrário do persistente equívoco da jurisprudência, inclusive a do STJ, é inclusiva, pois não atribui primazia à origem biológica – a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade;
- b) art. 1.596 – reproduz a regra constitucional de igualdade dos filhos, havidos ou não da relação de casamento (estes, os antigos legítimos), ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações. O § 6º do art. 227 da Constituição revolucionou o conceito de filiação e inaugurou o paradigma aberto e inclusivo;
- c) art. 1597, V – admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, ou seja, com a utilização de sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe. A origem do filho, em relação aos pais, é parcialmente biológica, pois o pai é exclusivamente socioafetivo, jamais podendo ser contraditada por investigação de paternidade ulterior;
- d) art. 1.605 – consagrador da posse do estado de filiação quando houver começo de prova proveniente dos pais, ou quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos....
- e) art. 1.614 – contém duas normas, demonstrando que o reconhecimento do estado de filiação não é imposição da natureza ou de exame de laboratório, pois se admite a liberdade de rejeitá-lo. A primeira norma faz depender a eficácia do reconhecimento ao consentimento do filho maior; se não consentir, a paternidade, ainda que biológica, não será admitida. A segunda norma faculta ao filho menor impugnar o reconhecimento da paternidade até quatro anos após adquirir a maioridade. Se o filho não quer o pai biológico, que não promoveu o registro após seu nascimento, pode rejeitá-lo no exercício de sua liberdade e autonomia. Assim, no registro de nascimento permanecerá constando apenas o nome da mãe.

Na interpretação legislativa de Paulo Lôbo do Código Civil de 2002, a paternidade de outra origem referida no artigo 1.593, na qual se enquadra a paternidade socioafetiva, possui igual dignidade perante a paternidade biológica. O Código Civil de 2002 bem como a Constituição no artigo 227 igualaram os direitos de filhos nascidos ou não do casamento e por adoção, e neste aspecto equiparam os filhos de origem biológica e afetiva. O fato de a inseminação heteróloga, que é de origem paterna apenas socioafetiva, ser considerada pelo artigo 1.597, inciso V do Código Civil como paternidade presumida e que não pode ser desconstituída é mais um fator que demonstra a tendência legislativa em valorizar as relações socioafetivas, em detrimento inclusive da biológica em determinados casos. Por fim, o artigo 1.614 do Código Civil de 2002 merece destaque por permitir que o filho maior rejeite a paternidade biológica, se recusando a realizar o exame de DNA ou impugnando o reconhecimento de paternidade após até quatro anos de adquirir sua maioridade. Esta norma permite que o filho opte por não ter o registro do pai biológico, seja porque este pai não exerceu a função de pai, e portanto é apenas um genitor e não há interesse do filho em tê-lo em seu registro, seja porque este filho já possui um verdadeiro pai, socioafetivo, e não pretende incluir o nome do genitor em seu registro.

Diante das referências legislativas presentes tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Código Civil de 2002, é possível auferir que a paternidade socioafetiva, embora não expressamente, está presente em diversos dispositivos legais, possuindo, ainda que de forma indireta ou implícita, respaldo constitucional e infraconstitucional.

4.5 DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

Uma vez reconhecida a existência da paternidade socioafetiva, em regra, aplicam-se por analogia as regras de impossibilidade de desconstituição posterior referentes à paternidade biológica. No caso de paternidade socioafetiva proveniente de “adoção à brasileira”, aplicam-se as regras de irrevogabilidade do registro civil presentes na Lei 8.560 de 29 de dezembro de 2002 e nos artigos 1.604, 1.609 e 1.610 do Código Civil de 2002:

Lei 8560/92:

Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Código Civil de 2002:

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

A preservação da paternidade socioafetiva consolidada, através da impossibilidade de sua desconstituição posterior, é respaldada pelo Princípio do melhor Interesse da Criança e Princípio da Verdade Real.

O Princípio do melhor interesse da criança garante a ela o direito à convivência com aquele que considera como pai (direito a convivência familiar), bem como a manutenção dos direitos de assistência, educação e criação, previstos no artigo 229 da Constituição de 1988, quando estes direitos já estão garantidos pelo cumprimento dos deveres paternos, ainda que pelo pai socioafetivo.

O princípio da verdade real determina que a verdade real, aquela com a qual a criança convive e tem como verdade absoluta, se sobrepõe a formal e biológica quando presentes vínculos sócio-afetivos familiares. Assim, consolidada a paternidade socioafetiva, mesmo diante de exame DNA negativo (que negaria a verdade biológica, formal), a paternidade socioafetiva não pode ser desconstituída, amparada também pelo princípio da verdade real.

Em que pese o direito indisponível e imprescritível à origem genética, preconizado no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸, de acordo com as distinções já estabelecidas entre genitor e pai, depreende-se que ainda que seja comprovado que o pai socioafetivo não é o pai biológico, havendo paternidade socioafetiva estabelecida, esta prevalecerá.

O reconhecimento biológico é distinto do reconhecimento da paternidade. A existência de um pai biológico que surge depois de estabelecida a paternidade socioafetiva com um pai que não era biológico, na maioria dos casos, não substitui esta paternidade já estabelecida.

A partir da ideia de paternidade como função, aquele que optou livremente por exercer esta função e criou um vínculo de afeto com o filho, tendo ou não ligação genética com este, é o verdadeiro pai.

Considerando que a verdadeira paternidade é uma relação construída na vida pelos vínculos que se formam entre o filho e seu genitor, através de convivência duradoura e pautada pelo afeto, sempre que estes elementos forem configurados, ainda que em oposição à paternidade biológica, a paternidade socioafetiva não poderá ser desconstituída.

¹⁸ LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

4.6 JURISPRUDÊNCIA SOBRE A POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA¹⁹

A justiça, que inicialmente tinha decisões tímidas a respeito do tema, na atualidade já possui uma jurisprudência consolidada, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, referente à valorização das relações sócio-afetivas, especialmente aquelas fundadas na posse de estado de filho, pautadas pelos princípios do melhor interesse da criança e da verdade real.

Através da análise de Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça relativos ao tema da paternidade socioafetiva, buscou-se identificar elementos que demonstrem a posição deste tribunal atual com relação à possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva, nos diversos casos em que a questão é suscitada.

4.6.1 Desconstituição de Paternidade Socioafetiva, através de Ação Declaratória de Inexistência de Filiação, em caso de “adoção à brasileira”

O primeiro julgado a ser analisado refere-se a uma Ação Declaratória de Inexistência de Filiação, proposta por um irmão que pretendia alterar o registro de nascimento de sua irmã, com mais de 60 anos de idade à época, para dele excluir o pai comum, que havia registrado a irmã, na forma da “adoção à brasileira”, há mais de 40 anos. Trata-se do Recurso Especial nº 1.259.460 - SP (2011/0063323-0-29/06/2012), relatora Ministra Nancy Andrighi :

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA.

I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha.

II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.

III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser

¹⁹ Pesquisa realizada com decisões proferidas a partir do ano de 2006

questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida.

IV.A falta de interesse de agir que determina a carência de ação, é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda – in status assertionis, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do art. 269, I, do CPC. Recurso não provido.

O Recurso Especial teve o escopo inicial de analisar a legitimidade do irmão biológico para propor a ação, bem como o interesse de agir deste. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade da ação mas considerou que não havia interesse de agir, pois não caberia a ele questionar o direito potestativo daquele que estabeleceu uma relação socioafetiva.

Além da questão de carência de ação, o fato principal abordado por este Recurso Especial foi a verificação da existência de filiação socioafetiva consolidada, advinda de “adoção à brasileira” e com elementos caracterizadores da posse de estado de filho. O lapso temporal de quarenta anos consolidou a filiação socioafetiva, que, embora desprovida de vínculo genético, é uma relação protegida pelo direito de família e pela Constituição Federal, uma vez que é uma filiação consolidada, nascida de um ato de vontade que gerou a “adoção à brasileira”.

Assim, foi negado o recurso e inalterado o registro de nascimento, fundamentado na paternidade socioafetiva.

4.6.2 Desconstituição de paternidade socioafetiva por Ação Declaratória de Nulidade de Registro Civil fundado em “adoção à brasileira”

Ainda relativo à possibilidade de desconstituição de paternidade socioafetiva proveniente de “adoção à brasileira”, será analisado o Recurso Especial Nº 1.088.157 – PB (2008/0199564-3 - 04/08/2009), de relatoria do Ministro Massami Uyeda.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA – PATERNIDADE SÓCIO-

AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto *a quo* teria contrariado lei federal, o que *in casu* não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao artigo 535 do Código de processo Civil (Súmula n. 284/STF)
2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado.
3. Recurso especial improvido

O primeiro argumento da Recorrente, neste caso, foi de que havia alguma obscuridade, omissão ou contradição no Acórdão inicial, proferido pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, que negou sua pretensão de anulação de registro civil fundado em “adoção à brasileira” sob o argumento de que o “de cuius” tinha demonstrado interesse em vida de desconstituir a paternidade socioafetiva. O Superior Tribunal de Justiça não respaldou este argumento, uma vez que verificou que o Tribunal de Justiça da Paraíba havia feito uma análise probatória, baseada em testemunhos, chegando à conclusão de que não havia esta vontade de desconstituição.

Em uma segunda linha de argumento, a Recorrente alegava que o fato de terem passado muitos anos do registro de nascimento resultante de ato de “adoção à brasileira”, que não coincidia com a verdade biológica, não seria o suficiente para tornar esta adoção válida, uma vez que referido ato seria despido dos requisitos legais da adoção. Porém, o lapso temporal de mais de 35 anos, somado às provas que já haviam sido obtidas na instância inferior demonstraram que, contrariamente a este argumento, a passagem de tempo teria na realidade consolidado a paternidade sócio-afetiva.

O Ministros do Superior Tribunal de Justiça entenderam que só é possível a desconstituição de uma paternidade fundada em “adoção à brasileira” quando o vínculo afetivo ainda não estiver sido constituído, o que não era o caso no Recurso em questão.

A decisão ressalta o fato de que, embora a definição de “adoção à brasileira” não comportar *a priori* a alegação de erro, poderia vir a ser desconstituída por ato de vontade, com a nulidade do registro de nascimento, desde que não houvesse sido constituído vínculo socioafetivo entre o pai e o adotado. Quando a “adoção à brasileira” gera vínculo socioafetivo que se prolonga por tempo contínuo, e existem

elementos que caracterizam a posse de estado de filho, esta adoção consolida a paternidade socioafetiva, sendo portanto irretratável e não sujeita à desconstituição.

4.6.3 Desconstituição de paternidade socioafetiva através de Ação de Anulação de Registro Civil, fundamentada em erro

Uma hipótese em que também ocorre o pedido de desconstituição da paternidade é quando o marido descobre, por exemplo, em meio a uma briga com a esposa ou após a separação, não ser o pai biológico de seu filho. A partir daí, podem ocorrer pelo menos três ações distintas: a) o pai biológico entrar com uma Ação de Investigação de Paternidade, solicitando que seja refeito o registro do menor em seu nome, desconstituindo a paternidade até então existente; b) o marido traído pode solicitar a desconstituição da paternidade através da anulação do registro civil, retirando seu nome do registro da criança, diante de exame de DNA negativo; c) a mãe da criança pode entrar com uma ação, representando o filho, para reconhecer o pai biológico e desconstituir o pai socioafetivo (geralmente movida por interesse patrimonial do pai biológico com maior poder aquisitivo). A mãe, representando a criança, pode ainda demonstrar a existência paternidade socioafetiva para impedir a desconstituição de paternidade, quando ajuizada pelo marido.

Na primeira opção, em que o pai biológico, através de ação de investigação de paternidade pleiteia a alteração do registro de nascimento do filho, a averiguação ocorrerá a partir da conjunção de alguns fatores, como: a verificação de existência da paternidade socioafetiva com o pai não biológico, o tipo de relacionamento deste pai com a criança, entre outros. Sempre a decisão será pautada de acordo com o princípio da dignidade humana e do melhor interesse da criança.

A decisão a ser analisada trata-se de um caso em que o marido da mãe, a partir da presunção *pater is est*, registrou, acreditando tratar-se de sua filha biológica, a criança como sua. A mãe, ciente de a paternidade ser proveniente de caso extraconjugal, não informou o marido, mas ao pai biológico que este seria o pai da criança. O pai biológico solicitou exame de DNA, comprovando a alegação da mãe. Diante do resultado de DNA, o amante da mãe, como pai biológico, ajuizou Ação de Anulação de Registro Civil para que o registro da criança fosse alterado,

incluindo o seu nome no lugar do pai socioafetivo (presumido), marido da mãe. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao pedido de retificação de registro civil solicitado pelo pai biológico. Desta decisão, em sede de Recurso Especial, recorreu o pai socioafetivo, alegando que haviam inúmeros indícios da paternidade socioafetiva consolidada e que, portanto, esta não deveria ser desconsiderada em razão da paternidade biológica, mesmo porque o pai biológico, após estar ciente desta sua posição, aguardou o decorrer de certo tempo antes de ajuizar a ação, permitindo a consolidação dos laços afetivos entre o pai socioafetivo e a criança, e ainda alegando que o pai biológico não teria legitimidade ativa para propor tal Ação.

Segue a Ementa do Acórdão referente a este Recurso Especial (1087163-RJ (2008/0189743-0 - 31/08/2011)), de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI.

EMENTA:PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.
2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.
3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.
4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.
5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.
6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.
7. Recurso especial provido

O referido acórdão demonstra o entendimento e posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em vários aspectos relativos à paternidade socioafetiva.

A primeira questão diz respeito à relativização da paternidade biológica, que já não é mais absoluta nos tribunais brasileiros, e demonstra que o vínculo biológico, por si só, não vincula paternidade. A segunda questão é o fato verificado de que a criança já possuía um pai socioafetivo, e a socioafetividade é tratada como filiação reconhecida e válida judicialmente, embora despida de ascendência genética.

Há, ainda, a análise do fato de o pai biológico não ter tido o interesse imediato de registrar a criança a partir do momento que soube que era o pai, o que demonstra claramente a falta de vontade de “ser pai” no sentido mais profundo da expressão. A omissão do pai biológico, corroborada pela má fé da genitora, se contrapõe à atitude do pai socioafetivo, que, mesmo após estar ciente de não ser ele o pai biológico, através da vontade de ser pai, continuou a tratar a criança como sendo sua filha, tendo consolidado a paternidade socioafetiva.

A inércia do pai biológico ao aguardar mais de três anos para ajuizar a Ação de Anulação do registro civil demonstrou a falta de interesse em construir uma relação afetiva com a criança, ao mesmo tempo em que este lapso temporal permitiu a consolidação da relação socioafetiva com o pai afetivo.

Ainda, os ministros reconheceram a ilegitimidade do pai biológico para propor a ação, uma vez que o Código Civil de 2002 atribui apenas ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher (artigo 1.601) e dá ao filho a legitimidade para ajuizar ação de prova de filiação (artigo 1.606). Embora o Código Civil também permita a ampliação desta legitimidade para terceiros interessados (artigo 1.615), esta ampliação deve ser avaliada em cada caso, e neste caso a relatora Ministra Nancy Andrighi considerou não haver esta ampliação de legitimidade ao pai biológico de acordo com as circunstâncias expostas.²⁰

Assim, visando o melhor interesse da criança e à manutenção da verdade real já consolidada de paternidade socioafetiva, foi negado o pedido de alteração de

²⁰ Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

registro de nascimento ao pai biológico, sendo provido o Recurso Especial ao pai socioafetivo.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça deixou explícita a possibilidade de, depois de adquirida a maioridade, se a criança tiver interesse, alterar o seu registro civil (consoante artigo Art. 1.614.do Código Civil de 2002), garantindo a ela o direito à origem genética (artigos 27 e 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Todo o contexto demonstra a preocupação do Superior Tribunal de Justiça em garantir o melhor interesse da criança, efetuando uma interpretação da lei a partir da visualização da situação em suas diversas perspectivas.

4.6.4 Desconstituição de paternidade socioafetiva através de Ação de Negação de Paternidade, fundada em exame de DNA negativo, sob o argumento de prevalência da “verdade biológica”.

No Recurso Especial 1.059.214-RS (2008/0111832-2 – 12/03/2012), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento à recurso especial que visava a negatória da paternidade com o argumento de indução ao erro. O autor sustentava que, depois de casado, havia sido induzido a registrar como suas duas filhas que não o eram, e diante de exame DNA negativo requisitou a anulação das certidões de nascimento. O Juízo de Direito da Vara de Família e Sucessões do Foro Regional Alto Petrópolis, Comarca de Porto Alegre-RS, vislumbrou a ocorrência de paternidade socioafetiva e, assim, negou provimento ao pedido. A decisão se manteve em grau de Apelação, por acórdão de relatoria da então Desembargadora Maria Berenice Dias, sob o argumento de que comprovada a posse do estado das filhas, não se justifica a anulação de registro de nascimento e que a narrativa do próprio autor demonstrava a existência de relação parental. Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados. O recorrente ajuizou então Recurso Especial sob o argumento de que, embora tenha havido reconhecimento do vínculo social e afetivo entre ele e as recorridas, deveria prevalecer a verdade real, que seria a paternidade biológica, sem a qual o registro de nascimento deveria ser anulado por erro de vontade.

Segue a ementa do referido Recurso Especial:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido.

Este Acórdão novamente demonstra o atual entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao optar pela prevalência do Princípio do melhor interesse da criança, do Princípio da dignidade humana e da verdade real, em detrimento da pura biologia, que após a descoberta do exame de DNA passara a ser predominante na definição da paternidade.

A decisão demonstra o surgimento de um novo paradigma na questão da paternidade, que é o da paternidade sócio-afetiva, e que esta prevalece quando presente plenamente inclusive acima da verdade puramente biológica. Quando há conflito entre verdade puramente genética e paternidade socioafetiva, esta última deve prevalecer.

Diante da alegação do próprio autor do processo de que havia a paternidade socioafetiva consolidada, não é procedente o argumento de que a verdade biológica seria a verdade real, uma vez que a verdade real existente era de uma relação socioafetiva.

O argumento do autor foi derrubado, e a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça negou, por unanimidade, provimento ao Recurso Especial, afastando a alegação de falsidade ou erro. Considerando que o recorrente conviveu com as filhas tempo suficiente para ter vínculos afetivos e estabelecer paternidade socioafetiva, esta não poderia ser negada diante da simples alegação de ausência de "verdade biológica".

5. CONCLUSÃO

O direito de família passou por uma evolução significativa desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais. Com a evolução das sociedades, a independência da mulher, o progresso científico e tecnológico, o direito de família também foi afetado e sendo alterado com o passar do tempo.

A Constituição Federal de 1988 encerrou as discussões a respeito da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, estabelecendo a igualdade de filiação. Por sua vez, o Código Civil de 2002 assegurou igualdade de direitos e deveres ao pai biológico e aquele que voluntariamente assumiu o estado de filiação, nos casos de adoção e inseminação artificial heteróloga, casos estes fundados no afeto e na posse de estado de filho.

A família do século XXI é eudemonista, busca a realização pessoal de seus membros. É plural, monoparental, reconstituída, mosaico, simultânea, fundada no afeto e pautada pela igualdade entre os membros.

O conceito de filiação deixou de ser estritamente biológico para se tornar mais amplo, pautado pelo afeto. O conceito de paternidade foi alterado, passando a ser visto como uma função a ser exercida por aquele que detém esta vontade. A paternidade biológica deixa de ter prevalência sobre as demais formas de construção de paternidade.

A partir da valorização do afeto, desvincula-se a ideia de genitor e de pai e, amparada pela proteção constitucional às entidades familiares, bem como pela igualdade de filiação, a paternidade socioafetiva passa a ser reconhecida e valorizada tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

A análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça permite verificar que só há a primazia do critério biológico quando ausente a paternidade socioafetiva, seja porque desapareceu ou nunca existiu, pois não se pode obrigar alguém a ter os deveres de cuidado e sustento e a dar carinho para um filho com o qual não tem vínculo biológico e não deseja ser pai socioafetivo. Porém, nos casos em que está consolidado o afeto de uma forma que existe uma relação socioafetiva entre pai e filho (paternidade socioafetiva), o vínculo meramente sanguíneo é desconsiderado, para reconhecimento da filiação jurídica.

A paternidade, independente do vínculo biológico, é um direito da criança. Toda criança tem direito a um pai, e necessita desta figura paterna, dos cuidados prestados por um pai. Quando existe esta figura paterna, este pai, independentemente de ter uma relação biológica com a criança, está amparado Constitucionalmente, uma vez que a Constituição Federal de 1988 protege as relações familiares nascidas do afeto (como a união estável). Embora não esteja descrita de forma explícita na legislação brasileira, a paternidade socioafetiva foi introduzida no ordenamento jurídico pela doutrina e pela jurisprudência de forma implícita, uma vez que o direito de família não poderia ficar inerte diante de relações familiares formadas pelo afeto.

Por fim, o trabalho demonstrou, porém sem esgotar inteiramente o tema, que é contemporâneo e está sempre em atualização, que a paternidade socioafetiva, uma vez presente, gera todos os direitos e deveres da paternidade, não sendo possível, em regra, a sua desconstituição posterior. Apenas quando inexistente a relação socioafetiva consolidada ela poderá ser objeto de desconstituição, seguindo os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e da verdade real.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato: de acordo com o novo Código Civil, Lei no 10.406, de 10-01-2002**, 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 19 de julho de 1934**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm . Acesso em 11 de maio de 2012.

_____**CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 10 de maio de 2012.

_____**CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 10 de maio de 2012.

_____**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967**. 24 de janeiro de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 13 de maio de 2012.

_____**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 13 de maio de 2012.

_____**DECRETO-LEI Nº 4.737, DE 24 DE SETEMBRO DE 1942**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. Diário Oficial da União de 26 de setembro de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De14737impresao.htm. Acesso em 12 de maio de 2012.

_____**LEI Nº3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União de 5 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 12 de maio de 2012.

_____**LEI Nº 883, DE 21 DE OUTUBRO DE 1949**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Diário Oficial da União de 26 de outubro de 1949. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883impresao.htm. Acesso em 10 de maio de 2012.

_____**LEI Nº 4.121, DE 27 DE AGOSTO DE 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União de 3 de setembro de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em 10 de maio de 2012.

_____**LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 12 de maio de 2012.

_____**LEI Nº 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 27 de dezembro de 1977. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em 11 de maio de 2012.

_____**LEI Nº 6.697, DE 10 DE OUTUBRO DE 1979**. Institui o Código de Menores. Diário Oficial da União de 11 de outubro de 1979. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em 12 de maio de 2012.

_____ **LEI Nº 7.250, DE 14 DE NOVEMBRO DE 1984.** Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Diário Oficial da União de 16 de novembro de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7250.htm. Acesso em 12 de maio de 2012.

_____ **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União de 16 de julho de 1990, retificado em 27 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 13 de maio de 2012.

_____ **LEI Nº 8.560, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1992.** Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Diário Oficial da União de 30 de dezembro de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm. Acesso em 12 de maio de 2012.

_____ **LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996.** Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União de 13 de maio de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm. Acesso em 13 de maio de 2012.

_____ **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 12 de maio de 2012.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Paternidades contestadas: a definição da paternidade como um impasse contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade. Posse de Estado de Filho – Paternidade socioafetiva.** Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1999.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (4, 2004, Belo Horizonte, MG). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro:** Anais do IV Congresso brasileiro de direito de família. Luiz Edson Fachin, Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____ (5, 2005, Belo Horizonte, MG). **Família e dignidade humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira et al. São Paulo: IOB Thomson, 2006. v. 5.

_____ **Família e Responsabilidade: Teoria e prática do Direito de Família.** Rodrigo da Cunha Pereira et al. Magister/IBDFAM, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** (3. ed. rev., atual. ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de família.** 22 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luis Edson. **Enunciando a família brasileira contemporânea**. 19 de julho de 2008. Disponível em < <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-ejustica/news/113901/>> Acesso em: 13 de março de 2012.

_____ **As intermitências da vida: (o nascimento dos não-filhos à luz do Código Civil Brasileiro)**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____ **Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco** / Luiz Edson Fachin; coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____ **Da paternidade – Relação Biológica e afetiva**. Belo horizonte: Del Rey.1996.

_____ **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: S. A. Fabris.1992

_____ **Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____ **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense.1998

JATOBÁ, CLEVER. **Filiação Socioafetiva: os novos paradigmas de filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=535>>. Acesso em 01 de abril de 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira et al. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ **Direito civil aplicado**, volume 5 : direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____ **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2.ed. rev.,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM, ano 5, n. 19, ago./Set., 2003.

_____ **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 13 de março de 2012.

_____ **Direito civil : famílias: de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 (Divórcio)**. São Paulo: Saraiva. 2011

LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão: para a codificação da intimidade**. Tradução de Fernando Ribeiro. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil. S.A., 1991.

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

PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **Adoção à brasileira: registro de filho alheio em nome próprio**. Curitiba. JM Livraria Jurídica, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica** / 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte. Del Rey, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

RAMOS, Carmen Lucia Silveira. **Família sem casamento: De relação existencial de fato a realidade jurídica**. São Paulo: Renovar, 2000.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro. GZ, 2011.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental : repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva — O afeto como formador de família** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em 01 de abril de 2012.

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. **Famílias monoparentais**. Campinas, SP : Millennium: [s.n.], 2011.

VENCELAU, R. M. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. São Paulo: Renovar. 2004

VILLELA, João Baptista. **A desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, 1979.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 7.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos**. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de trabalhos científicos,2 e 9).