

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR/MG
CURSO DE DIREITO
LETICIA APARECIDA DO COUTO

**A APLICABILIDADE DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO
POSTERIOR**

FORMIGA-MG
2013

LETICIA APARECIDA DO COUTO

A APLICABILIDADE DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR

Projeto de pesquisa apresentado ao Curso de
Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial
para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Doutorando Altair Resende de
Alvarenga

Pesquisador: Letícia Aparecida do Couto

C871 Couto, Letícia Aparecida do.
A aplicabilidade da paternidade socioafetiva no sistema jurídico brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior / Letícia Aparecida do Couto. – 2013.
00 f.

Orientador: Altair Resende de Alvarenga.
Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Centro Universitário de Formiga–UNIFOR, Formiga, 2013.

1. Família. 2. Paternidade biológica. 3. Paternidade socioafetiva.
I. Título.

CDD 346.015

Letícia Aparecida do Couto

A APLICABILIDADE DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR

Projeto de pesquisa apresentado ao Curso de
Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial
para obtenção do Título de Bacharel em Direito.
Orientador: Profº Doutorando Altair Resende de
Alvarenga

Pesquisadora: Letícia Aparecida do Couto

BANCA EXAMINADORA

Profº Doutorando. Altair Resende de Alvarenga

Prof º Eniopaulo Batista Pieroni

Profª Adriana Costa Prado Oliveira

FORMIGA-MG

É com enorme saudade no coração, que dedico este trabalho ao meu querido pai, por todo seu amor, carinho e apoio em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que guia minha vida desde a minha existência, me ajudando a vencer as batalhas e desafios diários.

Agradeço a meus pais, Glória e Vanderlino, que são minha base e meus maiores incentivadores, e ao meu namorado Marcos Paulo pelo seu amor e compreensão.

Agradeço aos membros da banca examinadora e em especial ao meu orientador: Profº Doutorando Altair Resende de Alvarenga, pela sábia e dedicada orientação.

E aos demais que direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho. Muito obrigado.

“O afeto merece ser visto, como uma realidade digna de tutela.”

Maria Berenice Dias

RESUMO

Família, uma total disparidade entre o que era concebido na antiguidade para o que hodiernamente se entende por ela. Tal dicotomia, como será visto, reflete bem as mudanças que ocorreram no direito ao longo do tempo. A paternidade também sofreu mudanças em seu conceito, se constituindo de três formas: a paternidade biológica que esta relacionada com a genética, que é comprovada por meio do exame de DNA; existe também a paternidade jurídica que é aquela constante do registro de nascimento da pessoa, sendo geradora de direitos e deveres. Outra modalidade de constituição da paternidade, que motiva a elaboração do presente trabalho, é a paternidade socioafetiva, que se constitui pela relação de amor e respeito entre pai e filho, em que se exige a comprovação da posse de estado de filho. Realizou-se ainda uma apreciação das discussões que norteiam a verdadeira paternidade e a diversidade de opiniões entre a paternidade biológica e afetiva

Palavras-chave: Família. Paternidade Biológica. Paternidade Socioafetiva. Posse de estado de filho.

ABSTRACT

Family, a complete disparity between what was designed in antiquity to our times what is meant by it. Such dichotomy, as will be seen, reflects well the changes that occurred in the right over time. Fatherhood also undergone changes in concept, constituting three forms: biological parenthood that is related to genetics, which is proven through DNA testing, there is also the legal paternity which is that constant registration of birth of the person being a generator of rights and duties. Another type of establishment of paternity, which motivates the development of this work is the affective paternity, which is the relationship of love and respect between parent and child, which requires proof of possession of child status. Was also held an appreciation of the discussions that guide the true paternity and diversity of opinion between the biological paternity and affective

Keywords: Family. Biological paternity. Affective paternity. Possession of child status.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 FAMÍLIA E FILIAÇÃO	13
2.1. Origem e evolução histórica da família.....	13
2.2. Evolução legislativa no direito de família brasileiro.....	17
2.2.1. A família antes da Constituição da República de 1988.....	18
2.2.2. A família após da Constituição da República de 1988.....	21
2.3. Evolução da legislação brasileira em face do direito de filiação.....	22
3 MODELOS DE FILIAÇÃO.....	28
3.1. Paternidade Jurídica.....	28
3.2 Paternidade Biológica.....	29
3.3 Paternidade Socioafetiva.....	30
3.3.1 Desbiologização da paternidade.....	32
3.3.2. Posse do estado de filho.....	33
4 FORMAS DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	36
4,1 Adoção.....	36
4.2 Reconhecimento Voluntário ou judicial.....	37
4.3. Adoção à brasileira.....	38
4.4 Filhos do Coração.....	39
5 PATERNIDADE BIOLÓGICA X PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	44
5.1 Solução Jurídica Possível.....	47
6 A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA FRENTE AOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	54
7 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988, a paternidade não pode ser entendida apenas pelo aspecto biológico ou meramente registral. As constantes transformações da sociedade no que tange aos novos modelos de família, acabou por consagrar a desbiologização da paternidade, trazendo à lume uma filiação psicológica, apoiada na posse de estado de filho.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial atual tem admitido com grande frequência a socioafetividade no direito, sob a ótica que a paternidade, não deve ser vista apenas sob os aspectos biológicos e registrais, mas pelas ligações afetivas que norteiam as relações ente pais e filhos.

Neste diapasão, a presente pesquisa pretende demonstrar a aplicabilidade da paternidade socioafetiva no sistema jurídico brasileiro, bem como analisar a impossibilidade de sua desconstituição posterior.

A fim de expor o tema proposto, organizou-se este trabalho em sete capítulos.

Apresentando no capítulo inaugural o conceito, bem como a evolução histórica da família, tendo como enfoque as mudanças ocorridas na instituição desde sua origem conservadora até a atualidade, em que a família deixa de ser um modelo patriarcal e hierárquico para se transformar num ambiente, onde o ser humano desenvolva suas qualidades.

Assim, também apresentará a evolução legislativa da família no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como marco inicial à legislação positivada antes do advento da Constituição da República de 1988, até os dias atuais, já sob o prisma constitucionalista da Carta Magna de 1988. Além de trazer o conceito de filiação em uma compreensão histórica, a fim de levar o leitor à perceber como ocorreu à mudança no tratamento com os filhos.

Já o capítulo seguinte abordará as diferentes perspectivas em relação à paternidade hoje; apresentará a distinção dos conceitos e critérios do direito à paternidade, sob o ângulo da paternidade socioafetiva, ou seja, a relação afetiva construída pela convivência entre pai e filho no cotidiano, permeada pelo amor, diálogo e afeto, independente de vínculo biológico entre eles. Neste capítulo, ainda,

serão tratados os temas da desbiologização da paternidade, e a posse de estado de filho.

No terceiro capítulo serão apresentadas às formas de constituição da paternidade socioafetiva, quais sejam: adoção, reconhecimento voluntário ou judicial, adoção à brasileira e filhos do coração, para exata dimensão do significado de cada uma forma, com as suas peculiaridades, virtudes e limitações.

Contextualizado o leitor, o capítulo quarto abordará o tema central deste trabalho, voltado para a abordagem das discussões que norteiam a verdadeira paternidade e a diversidade de opiniões entre a paternidade biológica e afetiva.

Por fim, far-se-á uma análise da admissibilidade da paternidade socioafetiva à luz da mais autorizada jurisprudência nacional, com o fito de se verificar a evolução da aplicabilidade e aceitação de tão importante instituto, ainda não positivado no sistema jurídico pátrio.

2 FAMÍLIA E FILIAÇÃO

2.1. Origem e evolução histórica da família

A origem do termo família é complexo, uma vez que varia de acordo com o tempo e espaço, ou seja, cada povo tinha sua concepção do que seria família, variando de acordo com o momento histórico vivido.

Inicialmente existem duas teorias principais que asseveram quanto à origem da família, a teoria matriarcal e a teoria patriarcal, Welter disserta sobre o tema:

Duas teorias são invocadas: a primeira, a matriarcal, asseverando que a família é originária de um estágio inicial de promiscuidade sexual, em que todas as mulheres e homens pertenciam uns aos outros; a segunda, a teoria patriarcal, que nega essa promiscuidade sexual, aduzindo que o pai sempre foi o centro organizacional da família. (WELTER, 2003, 32)

Johann Jakob Bachofen, em 1861 publicou o livro intitulado “Mother Right: an investigation of the religious and juridical character of matriarchy in the Ancient World” (Mãe e o direito: uma investigação do caráter religioso e jurídico do matriarcado no Mundo Antigo), onde descreveu que a origem da família se explica pela teoria matriarcal, onde o homem pertencia a várias mulheres, assim como a mulher pertencia a vários homens, as relações não possuíam qualquer tipo de sentimento, apenas o objetivo de sobrevivência. A mulher ocupava uma posição superior, pois não se podia estabelecer a paternidade em virtude da promiscuidade sexual.

Já a teoria patriarcal, nega que havia a promiscuidade nos relacionamentos, e sustenta que a autoridade máxima do núcleo familiar era o pai.

Faz necessária agora analisar alguns períodos históricos para entender como se deu a evolução da estrutura familiar.

No Direito Romano a autoridade paterna era incontestável, a família era organizada em torno da figura masculina, pois os filhos e a mulher não eram detentores de direitos, havia uma concentração de poder na figura do *pater*¹, nesse sentido diz Caio Mário da Silva Pereira:

¹ O termo *pater* se refere a um território ou jurisdição governado por um patriarca. O uso do termo no sentido de orientação masculina da organização social aparece pela primeira vez entre os hebreus no

O *pater* era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*panetes*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos o direito de vida e morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada a autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha, à esposa, sem alteração de sua capacidade, não tinha direitos próprios. (PEREIRA, 2012, p.29)

O Estado Romano praticamente não interferia na família, sendo responsabilidade do *pater* o domínio da entidade familiar. A família neste momento histórico era uma unidade política, jurídica, econômica e religiosa dirigida exclusivamente pela figura masculina.

No Direito Romano, a mulher era eternamente inimputável, passava da tutela do pai à do marido e deste, ao sogro, ou o seu irmão mais velho. Ela ainda não tinha direito a possuir bens, bem como não era detentora de capacidade jurídica.

Para os romanos, era obrigatório que um casal gerasse filhos, mas não bastava ter apenas filhos, era necessário que esses fossem frutos do casamento, como saliente Dill e Calderan (2011):

[...] a falta de filhos declinavam consequências cruéis aos considerados estéreis, de regra, atingindo somente às mulheres por estarem estas ligadas à gestação e não haver na época formas de provar a esterilidade masculina, aplicando como sanção à anulação do casamento e à exclusão da sociedade. (2011)

Ademais, a paternidade não podia ser questionada, a não que fosse comprovado não ter havido a coabitação ao tempo da concepção da criança. Desta forma, como diz Dill e Calderan *apud* Pereira (2011) “a família romana, longe de ser uma organização democrática alicerçada no princípio ético da afeição, tal qual a moderna, apresenta antes as características de uma entidade política, fundada no princípio da autoridade”.

Assim no direito romano, a família e a filiação, eram baseados no casamento e no autoritarismo, imposto pelo *pater*, dando origem ao termo pátrio poder, hoje denominado poder familiar.

século IV para qualificar o líder de uma sociedade judaica; o termo seria originário do grego helenístico para denominar um líder de comunidade. (Âmbito Jurídico, Michele Amaral Dill, Thanabi Bellenzier Calderan)

Também encontramos no Direito Romano a figura do *concupinatus*², que consistiu na convivência não incestuosa, nem adúltera, de um homem e uma mulher, não unidos pelo vínculo do matrimônio. O concubinato era legalmente reconhecido se as partes não fossem casadas e nem possuíssem outros concubinos.

Nos últimos anos do Império Romano e nos primeiros do Cristianismo, o direito canônico começou a se fortalecer, o que influenciou diretamente nas mudanças do direito de família.

Assim na Idade Média, com o advento do Cristianismo, houve o fortalecimento da Igreja, e esta começou a interferir de forma decisiva nos institutos familiares, onde ela passou a empenhar-se a combater tudo o que pudesse desagregar o seio familiar: o aborto, o adultério, e principalmente o concubinato,

A religião passou a fazer parte das relações familiares, assim o casamento tornou-se um instituto sagrado, obrigatório, indissolúvel e monogâmico.

O casamento somente era aceito entre homem e mulher e com um único interesse de procriação. Letícia Zanenga de Medeiros (2003, p.111) diz: “O casal deveria permanecer casado até a morte, não havia qualquer forma de dissolução do vínculo conjugal que atingisse o vínculo jurídico.”

Maria Berenice Dias também fala do assunto:

A Igreja consagrou a união entre homem e uma mulher como sacramento indissolúvel; até que a morte os separe. A máxima *cresci e multiplicai-vos* atribui a família a função reprodutiva com o fim de povoar o mundo de cristãos. Daí a origem do débito conjugal como obrigação à prática da sexualidade. (DIAS, 2010, p.44)

Apenas as uniões advindas do casamento eram detentoras de direitos, chamadas relações legítimas, assim as outras eram rejeitas pela Igreja e não lhe eram garantidos nenhum direito. Com relação ao casamento Leila Donizetti diz:

A sociedade, então, vivia sobre os limites da falsa moral, uma vez que só as relações “legítimas”, oriundas do casamento, é que poderiam gerar filhos “legítimos”. As outras formas de uniões, chamadas extramatrimoniais, davam origem a filhos “ilegítimos”. Referidas uniões eram menosprezadas tanto pela igreja quanto pelo ordenamento jurídico. (DONIZETTI, 2007, p.09)

² Concubinato.

Carvalho *apud* Alves, também fala da predominância do casamento acima de tudo:

No casamento, nesta época, prevalecia o cunho econômico e sua manutenção a todo custo. Pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não, a dignidade deles era secundária. A família concebida como instituto em prol da própria família, um fim a si mesma, porque o legislador entendia que aquele modelo fechado, era o único correto, ainda que custasse o sacrifício pessoal de seus membros. Os sacrifícios seriam recompensados com valor mais importante que era a manutenção do vínculo familiar. (2009, p.07)

O cristianismo aumentou ainda mais a concepção de autoridade do homem, imputando a mulher apenas afazeres domésticos e cuidado com os filhos.

Nesse sentido, diz Dill e Calderan *apud* Pereira:

A influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída de toda a forma: não se justificava a mulher fora de casa. Ela estava destinada a inércia e a ignorância. Tinha vontade, mas era impotente, portanto, privada de capacidade jurídica. Consequentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto, podendo inclusive vender o filho ou mesmo matá-lo. (2011)

O enfoque dado à família se alterou significativamente, no início do século XVI, com a Reforma Protestante liderada por Martinho Lutero, onde se protestou contra os dogmas da Igreja Católica Romana, surgindo assim às primeiras leis civis disciplinando o casamento não religioso.

Com a Revolução Industrial, a partir do século XIX a família deixou de ser comandada por um chefe, passando cada membro a trabalhar. A família, que antes produzia seus próprios bens, passou a exercer função econômica, auferindo o seu próprio sustento.

A Revolução Francesa, que ocorreu entre 5 de maio de 1789 a 9 de novembro de 1799, aboliu a servidão e os direitos feudais, proclamou os princípios universais de "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", e ainda permitiu o surgimento de novos modelos familiares.

No século XX, com o distanciamento do Estado em relação à Igreja, novos fenômenos surgiram: a liberação dos costumes, a revolução feminina, fruto do movimento feminista, o aparecimento dos métodos contraceptivos e a evolução da

genética, que possibilitou novas formas de reprodução, fatos estes que contribuíram para mudança no conceito de família.

Assim não se pode mais considerar família apenas a relação entre um homem e uma mulher, unidos pelos laços do matrimônio. Conforme diz Pereira (2012, p.30); “Substituiu-se, à organização autocrática uma orientação democrático-efetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor.”

A família moderna passou a valorizar o afeto, a convivência e o respeito, assim diz Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Com o passar do tempo, as relações familiares se afirmam, com unanimidade, os valores afetivos que a família unida consegue trazer para a sociedade, o bem estar de cada indivíduo integrante desta. Desde a apreciação mútua cultivada pelos seus membros até a capacidade de resolverem juntos os conflitos através de uma comunicação, sem tabus e sem rancores, que impera em prol da família saudável, onde emana carinho, respeito e afetividade (GAMA, 2007, p. 48).

A nova concepção de família tem como princípios o amor e o afeto. Com as transformações do século XXI, a família adquiriu um novo conceito, de acordo com Leila Donizzetti:

A família idealizada constitucionalmente é multifacetária e aberta e, por essa razão, acolhe todo e qualquer modelo de família forjado pelo indivíduo no cotidiano. Inserem-se aqui as famílias monoparentais, as famílias formadas por netos e avós, por tios e sobrinhos, irmãos e também fundada em relacionamentos homoafetivos. A família, nesse milênio é instrumento canalizador de todos os afetos; o ambiente ideal para a realização espiritual e física do ser humano, e não mais uma instituição voltada apenas para a procriação e para a defesa de aspectos patrimoniais. (DONIZZETTI, 2007, p.13)

Nota-se que a família modificou-se profundamente, e até hoje continua sofrendo transformações. Essa nova visão de família teve grande influência na filiação, exigindo assim transformações no modo como é tratada a relação entre pais e filhos.

2.2. Evolução legislativa no direito de família brasileiro

O direito de família passou por grandes alterações, entre o período de 1824 a 1988. Desde que outorgada a primeira Constituição no país, o conceito de

família se alterou profundamente até chegar ao conceito atual. Assim é fundamental fazer uma análise do avanço das normas jurídicas positivadas, para a melhor compreensão da evolução do direito de família no Brasil.

2.2.1. A família antes da Constituição da República de 1988

A história legislativa da evolução do direito de família no Brasil, começa em 25 de março de 1824, onde o imperador D. Pedro I outorga a primeira Constituição brasileira.

Sobre o direito de família, ela apenas tratava da família Imperial, não contendo nenhuma regra sobre a família brasileira, pois o que regia na época era liberalismo, onde não se admitia a intervenção do Estado na vida do indivíduo.

Neste sentido disserta Assumpção:

A Carta outorgada pelo Imperador em 1824, continha disposições sobre o casamento da princesa (art. 120); sobre a dotação à família imperial (art 107,108, 112 a 114); sobre o herdeiro presuntivo (art105 e 106) e sobre o palácio e terrenos(art. 115).(2004, p. 20)

Em 1891, entra em vigor a segunda Constituição brasileira, a primeira da República, que trouxe apenas um artigo dispendo sobre direito de família, o art. 72, §4^o³, onde apenas o casamento civil celebrado de forma gratuita era reconhecido. O disposto neste artigo se explica pela separação que ocorreu do Estado e da Igreja, permitindo agora que pessoas não católicas contraíssem matrimônio.

Na Constituição da República de 1891, ocorre a prevalência da família patriarcal, bem como a figura do homem é a única detentora de direitos.

Sob a vigência da Constituição da República de 1891, foi elaborado o Código Civil de 1916, que passou a regulamentar as questões familiares da época.

O Código Civil de 1916 tinha como fundamento o patriarcalismo, Claudete Carvalho Canezim e Frederico Fernando Eidt *apud* Gomes relata como era o Código Civil de 1916, a época de sua criação:

³ Art. 72, §4^o: A República somente reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

O Código refletia ao tempo de sua elaboração, a imagem da família patriarcal entronizada num país essencialmente agrícola, com insignificantes deformações provenientes das disparidades da estratificação social. Sob permanente vigilância da Igreja, estendia às mais íntimas relações conjugais e ao comportamento religioso, funcionava como um grupo altamente hierarquizado, no qual o chefe exercia os seus poderes sem qualquer objeção ou resistência, tal extremo que se chegou a descrevê-la como um agregado social constituído por um marido déspota, uma mulher submissa e filhos aterrados. (2012, p.10)

O ordenamento jurídico da época, apenas prestava proteção às famílias formadas pelo casamento, que eram denominadas famílias legítimas, e apenas os filhos advindos dessas uniões podiam ser reconhecidos. Todas as outras uniões constituídas na informalidade, não possuíam qualquer tipo de direito e reconhecimento. Neste sentido disserta Canezin e Eidt:

A lei apenas reconhecia como família legítima, aqueles que se casassem pelo regime civil e os filhos que proviessem da união matrimonial. Todas as demais formas de união entre um homem e uma mulher eram desconsideradas pela lei, e os filhos que não adviessem de um casamento eram desprezados, marginalizados e recebiam tratamento diferenciado pela legislação. (CANEZIN; EIDT, 2012, p.10)

Durante a vigência do Código Civil de 1916, se ocorresse o nascimento de um filho oriundo de uma relação extraconjugal por parte do marido, este sequer podia ser reconhecido, sob o fundamento de que se abalaria a estrutura familiar. Quando fosse a mulher que tivesse um filho de outro homem que não seu marido, este sequer poderia contestar, pois a paternidade se presumia do marido (art. 340, I e II, do Código Civil de 1916⁴).

Julianne Fernandes *apud* Delinsk dispõe:

O nascimento de um filho fora do casamento (v.g. filiação adúltera a pai) o colocava numa situação social marginalizada; impedindo de ser reconhecido pelo pai e excluído da linha familiar paterna, em favor da maior estabilidade e garantia da organização familiar [...] No tocante à filiação adúltera a mãe... o sistema do código estabelece uma ficção ao atribuir uma paternidade fictícia ao marido da mãe infratora, ficando este com escassas possibilidades de impugnar tal paternidade. (2001, p.16)

⁴ Art. 340: A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal), só se pode contestar, provando-se:

I - que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho;

II - que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

O casamento tinha assim um status de primazia, devendo manter-se intocado, mesmo que para isso ocorresse a rejeição de um filho, tal discriminação quanto aos filhos alcançava até o âmbito do direito sucessório.

Em 1934 entra em vigor a terceira Constituição do país, que tratou pela primeira vez de normas relativas a direitos sociais. Ela dedicou um capítulo, contendo, quatro artigos para o tema família.

A Constituição da República de 1934 como diz Assumpção (2004, p. 20) somente reconhecia direitos “a família legítima constituída pelo casamento indissolúvel”, prevista tal regra no art. 144⁵.

A Constituição de 1934 ficou em vigência por pouco tempo, pois, logo em seguida ao golpe de Estado de Getúlio Vargas, foi instituído o Estado Novo e outorgada a Constituição de 1937.

Em relação à proteção da família, a Constituição de 1937, trouxe pequenas mudanças, ela apenas suprimiu a possibilidade de efeitos civis nos casamentos religiosos. Vale ressaltar ainda, que nesta Constituição permaneceu a idéia de que o casamento era o único instrumento para a legitimação de uma família.

A Constituição da República de 1946 foi criada no período pós-guerra, com a queda dos regimes totalitários. Era um momento de resgate da democracia, que estava abalada pelos regimes anteriores, através da garantia dos direitos individuais e a manutenção dos direitos sociais.

Verifica-se que a Constituição da República de 1946 continuou atrelada ao casamento civil como vínculo indissolúvel, e ainda trouxe novamente a possibilidade de registro civil do casamento religioso (art. 163⁶).

Em plena vigência do regime militar entra em vigor a Constituição da República de 1967, onde restou atribuído apenas um artigo sobre o tema família, o art. 167⁷.

⁵ Art.144: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

⁶ Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º: O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º: O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

⁷ Art 167: A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§1º: O casamento é indissolúvel.

Importante destacar que na Constituição de 1967 houve duas emendas constitucionais, a nº. 1 em 1969, onde não houve grandes alterações, apenas mudou do art. 167 para o art. 175 o tema família, e a outra de nº. 9 que ocorreu em 1977, que instituiu possibilidade da dissolução do vínculo conjugal, através do divórcio.

Neste sentido diz Diniz :

A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n.1/69 no art. 175, §§ 2º e 3º, manteve o casamento religioso com efeitos civis, e pela Emenda Constitucional n. 9/77 quebrou a indissolubilidade do matrimônio (art. 175, § 1º) prevendo sua dissolução nos casos previstos em lei. (2008, p.53)

A alteração ocorrida com a emenda constitucional nº. 9, acabou com a indissolubilidade do casamento, sendo um grande avanço no âmbito de direito de família. A Lei Ordinária Federal nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, chamada de “Lei do Divórcio”, veio para regulamentar a alteração trazida pela Constituição da República de 1967.

Assim o direito, deve sempre acompanhar as transformações sociais, e a partir do final século XX, o direito de família evolui para acompanhar as mudanças da sociedade, surgindo assim a Constituição de 1988.

2.2.2. A família após a Constituição da República de 1988

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, alterou-se completamente a concepção do que seria família. A supremacia do casamento foi deixada de lado, passando a serem reconhecidas às relações formadas pelo afeto, assim Carvalho (2009, p.03) diz “O moderno direito de família, agasalha, as diversas formas de famílias constituídas pela convivência e afeto entre seus membros.”

§ 2º: O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º: O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º: A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Para Donizetti (2007, p.13) “O casamento deixou de ser o modelo oficial de família, passando a estar ao lado, sem superioridade hierárquica, de outras entidades, como a união estável e a família monoparental [...]”

O conceito antes fechado e restrito de família patriarcal, hierarquizada, foi ampliado, considerando-se família, as relações antes que viviam na informalidade, sem qualquer direito reconhecido, neste sentido Carvalho *apud* Pereira (2009, p. 17) diz: “A Constituição de 1988 absorveu as transformações da família, acolheu a nova ordem de valores e privilegiou a dignidade da pessoa humana, reconhecendo a entidade familiar plural com outras formas de constituição além do casamento”

Com o advento da Carta Magna, esta influenciou diretamente nas leis infraconstitucionais, principalmente o Código Civil de 2002. O Código Civil que antes possui um status patrimonialista, passou agora a reconhecer a importância da família na sociedade e entre seus membros. Segundo Rodrigo Santos Neves, Joaciane Bristt da Penha, Ially Matos de Souza e Daniela Fernandes com o advento da CR/88:

[...] passou a dar um tratamento especial à família, veio a valorização à pessoa em relação ao patrimônio e tornou necessário reler a legislação infraconstitucional à luz dos princípios constitucionais, valorizando a dignidade da pessoa humana, o que inclui o CC/2002. As pessoas passaram a ter importância individual, não sendo mais diminuídas por outro indivíduo ou por um grupo. Não se admite mais situações em que o grupo seja mais valorizado que o indivíduo nas relações familiares. A família deve ser protegida como um todo, mas a pessoa deve ter seus direitos preservados e aquela valorizada como tal. (NEVES; PENHA; SOUZA; FERNANDES, 2012, p.103)

A nova visão de família teve grande influência na filiação, exigindo assim transformações no modo como é tratada a relação entre pais e filhos. Medeiros (2003, p.113) “Os vínculos afetivos do casal refletiam-se nos filhos, que passaram a ser o novo centro da atenção na instituição familiar, formada pelo amor e reconhecida pela ordem jurídica.”

2.3 Evolução da legislação brasileira em face do direito de filiação

A filiação, juntamente com a entidade familiar, sofreu transformações significativas, a partir da nova perspectiva do afeto, como diz Dias (2010, p. 352) “tal

como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial.”

O Código Civil de 1916 trazia em bojo diversas classificações aos filhos, bem como o tratamento diferenciado a cada um deles, possuindo assim um caráter discriminatório.

Dimas Messias de Carvalho conceitua em seu livro as diversas denominações de filiação que existiam no Código Civil revogado:

Filhos legítimos eram concebidos na constância do casamento. Filhos legitimados eram concebidos ou nascidos antes do casamento dos pais (..) filhos ilegítimos eram os havidos fora do casamento e se dividiam em naturais quando inexistia impedimento para o casamento dos pais ou eram separados judicialmente, e espúrios quando existia impedimentos para o matrimônio dos genitores, subdividindo-se em adúlteros quando um dos ascendentes era casado com outra pessoa e incestuoso quando o impedimentos para o casamento dos pais resultava de parentesco. Filhos adotivos eram os resultantes da adoção. (CARVALHO, 2009, p.290)

Assim o Código Civil anterior em seu art. 358⁸, não admitia que os filhos incestuosos e adúlteros fossem reconhecidos, essa discriminação se fundamentava na primazia do casamento, onde este devia se manter intocável, mesmo que para isso ocorresse a rejeição de um filho, beneficiando assim o genitor o qual não assumia os deveres quanto à prole.

Em decorrência disso, eram reconhecidos como filhos legítimos, apenas os filhos advindos do matrimônio, neste sentido dizia o art. 229⁹, do Código Civil de 1916.

Antes do advento da Constituição de 1988 surgiram ainda leis ordinárias de grande relevância para definição de filiação.

O decreto lei nº4737 de 1942 em seu art. 1º¹⁰, previa a possibilidade de após o desquite¹¹, serem reconhecidos os filhos ilegítimos.

A Lei nº 6.515/1977 que institui o divórcio, extinguiu a discriminação dos filhos ilegítimos, passando a se admitir o reconhecimento da filiação adúltera,

⁸ Art. 358: os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

⁹ Art. 229: Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.

¹⁰ Art. 1º: O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio, pode, depois do desquite, ser reconhecido, ou demandar que se declare a sua filiação.

¹¹ Termo para designar uma separação de um casal, antes da instituição do divórcio.

através de testamento cerrado¹², havendo assim uma equiparação nos direitos sucessórios da filiação.

Outra de lei que merece ser citada é lei nº 7250 de 1984, onde mesmo fazendo ainda distinções entre as filiações, admitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos, desde que o genitor estivesse separado de fato há mais de cinco anos, por sentença transitada em julgado (art. 1º, §2º¹³).

Com advento da Constituição da República de 1988, esta veio trazer proteção à família independente da forma de sua constituição; pelo casamento, pela união estável, originadas de laços sanguíneo ou afetivo. Carvalho (2009, p 295) diz: “A Constituição Federal não tutela apenas a família matrimonial e igualizou os filhos, havidos ou não do casamento, biológicos ou adotivos.”

A nova visão de família teve grande influência na filiação, o afeto passou a ter relevância nas relações jurídicas envolvendo família, exigindo assim transformações no modo como é tratada a relação entre pais e filhos. Medeiros disserta :

A filiação, juntamente com a entidade familiar, sofreu transformações significativas, a partir da nova perspectiva dos laços afetivos. Os filhos, que antes exerciam um papel pouco representativo na entidade familiar, porque os pais, chefes de família possuíam representatividade, passaram assumir importante participação dentro da unidade familiar. Com o advento da Constituição Federal, foram afastadas quaisquer distinções ou indicações pejorativas aos filhos que passaram a exercer um papel mais significativo nessa nova concepção familiar fundada no afeto. (MEDEIROS, 2003, p.113)

A filiação então ganhou um lugar de destaque, não sendo mais permitido qualquer tratamento diferenciado, neste sentido diz Neves; Penha; Souza e Fernandes (2012, p.105) “os filhos passaram a não mais poder ser discriminados e ter o direito de ser reconhecido por seu genitor e até a impugna-lo em ação de investigatória”. Neste mesmo sentido diz Assumpção (2004, p.77) “filho, a partir de então, deixou de ser qualquer adjetivo, passando a ser simplesmente, ou efetivamente filho”.

A Carta Magna de 88, reservou um capítulo, contendo cinco artigos para tratar do tema família, onde a maior preocupação é com a proteção da pessoa e não

¹² É um testamento que poderá ser escrito pelo testador ou por qualquer pessoa a seu rogo, na forma escrita, mecânica ou digitada.

com patrimônio, como era no passado. Assim como diz Pereira (2012, p.39) “A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 abriu horizontes ao instituto jurídico da família.”

Em 1990 uma outra lei de grande importância foi promulgada, a lei 8069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde segundo o art. 26¹⁴ do ECA, os filhos havidos ou não durante o casamento possuem os mesmos direitos.

Um outro tema importante disposto pela lei 8069/90, foi o direito ao reconhecimento do estado de filiação, como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível contido no art. 27¹⁵. O estatuto, assim como explica Donizetti (2007, p.33) alcançou “de maneira efetiva, a proteção apregoada na Constituição de 1988.”

Dois anos depois, a lei 8560 de 1992, veio regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Esta lei dispõe sobre a possibilidade do reconhecimento voluntário (art. 1º)¹⁶ e compulsório (art. 2º)¹⁷ da paternidade.

O Código Civil de 2002, já devidamente adaptado a nova ordem constitucional, entrou em vigor janeiro em 2003, consolidando os princípios constitucionais introduzidos no ordenamento jurídico.

Uma grande inovação trazida pelo Código Civil de 2002 foi a substituição do capítulo II que antes chamava “Da filiação Legítima” para simplesmente “Da Filiação”. Tal alteração teve influência do art. 227, § 6º¹⁸ da CR/88.

¹³ Art. 1º, § 2º - Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos.

¹⁴ 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 pública ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

¹⁵ 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

¹⁶ 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.

¹⁷ Art. 2º: Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

¹⁸ Art. 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.

O art. 1596¹⁹, do código dispõe sobre a impossibilidade de distinção entre as espécies de filhos, proibindo denominações discriminatórias, tendo reproduzido a norma constitucional do art. 227, § 6º.

O Código Civil de 2002 manteve a presunção de paternidade no art. 1597²⁰ e seus incisos e no art. 1600²¹ em seus incisos e parágrafo único.

No tocante, a contestação da paternidade, dispõe o art. 1601²² ser possível o pai questionar a paternidade dos filhos, sendo tal ação imprescritível. Essa imprescritibilidade também vem declarada no art. 27 do ECA, assim garante ao pai ou ao filho o direito de a qualquer tempo ver reconhecida a verdadeira paternidade.

Verifica-se com este artigo, que o vínculo biológico é priorizado, sendo deixada de lado a verdade afetiva. Observa-se ainda, que essa possibilidade de desconstituição da paternidade além de causar sérios transtornos para o filho, uma vez que pode não ser de sua vontade que o vínculo paterno seja desconstituído, causa uma grande insegurança jurídica nas relações familiares.

O art. 1603²³ dispõe que a prova da paternidade se faz através da certidão do registro civil de pessoas naturais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald dissertam sobre o tema:

O registro conterà o nome do pai e/ou mãe, ainda que não sejam casados entre si. Se o pai for casado com a mãe, o seu nome constará no registro, independentemente de sua vontade, em face da presunção de paternidade do casamento (art.1597). Se o pai, entretantes, não for casado com a mãe, não será possível registrar o seu nome sem seu consentimento expresse, manifestado pessoalmente ou por procurador (LRP, art.59). (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.623)

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ Art. 1.600: Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

²² Art. 1601: Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

²³ Art. 1.603: A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Outro ponto importante tratado pelo Código Civil 2002, está no art. 1605²⁴, que determina as formas de reconhecimento da paternidade, quando não houver, ou havendo possuir erros a certidão de nascimento.

Destarte, perdeu o legislador a oportunidade de incluir expressamente a filiação socioafetiva no código, acrescentado à expressão posse de estado de filho como opção para o reconhecimento da paternidade.

Neste sentido disserta Pereira:

O Código Civil de 2002 não menciona expressamente a prova de paternidade pela posse de estado. [...] Não obstante o silêncio da lei civil, a prova resultante da posse de estado vinha sendo admitida pela nossa doutrina e jurisprudência. (2012, p.338)

Dispôs ainda do direito ao reconhecimento da origem genética (art.1606²⁵). Acrescentou também o Código Civil a possibilidade do reconhecimento dos filhos fora do casamento (art. 1607²⁶).

Insta salientar, que o direito civil pátrio mesmo sendo inovador acerca do direito de filiação, ainda deixa a desejar quando o assunto é relativo as relações afetivas, pois não prevê expressamente a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva.

O ordenamento jurídico brasileiro, ainda não possui sensibilidade ao tratar das questões relativas ao respeito, carinho e afeto que giram em torno de uma relação entre filho e pai socioafetivo.

²⁴ Art. 1.605: Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;
II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

²⁵ 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.

3 MODELOS DE FILIAÇÃO

Atualmente pode-se dizer que existem três formas de determinar a paternidade:

[...] três diferentes critérios para a determinação da filiação a partir da combinação das suas distintas origens e características: i) o critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal; ii) o critério biológico centrado na determinação do vínculo genético, contando, contemporaneamente, com a colaboração e certeza científica do exame de DNA; iii) o critério socioafetivo, estabelecido pelo tipo de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.641)

Assim a paternidade jurídica é aquela constante do registro de nascimento da pessoa, sendo geradora de direitos e deveres. A paternidade biológica esta relacionada com a genética, com o sangue, podendo ser comprovada pelo exame de DNA. Já a paternidade socioafetiva é aquela formada pelos laços de afeto, assim como conceitua Ionete de Magalhães Souza (2008, p.91) “a paternidade afetiva ou socioafetiva vive o amor e o respeito entre entes queridos e ligados por uma verdade da relação paterno-filial”.

3.1 Paternidade jurídica

A forma de paternidade geradora de direitos e deveres é a paternidade jurídica, constante no registro de nascimento da pessoa, como diz Neves, Penha, Souza, e Fernandes (2012, p.102) “a parentalidade registral comprova a existência jurídica do ser humano, fornecendo documentos úteis para toda a vida, gerando direitos e deveres.”

Como assevera o art. 1603²⁷ do Código Civil de 2002, a filiação se prova pela certidão de assento de nascimento lavrada no cartório de registro civil de pessoais naturais, lavrado no local onde ocorreu o parto ou da residência dos pais.

Assim a parentalidade registral é consubstanciada a partir da lavratura do assento de nascimento de uma criança como diz Dias (2010, p. 360) o pai e/ou a

²⁶ Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

²⁷ Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

mãe que “comparecem perante o oficial do Registro Civil se declaram pai do recém-nascido assim passam a ser considerados para todos os efeitos legais.”

3.2 Paternidade biológica

Em 1985 Alec Jeffreys, descobriu que as seqüências de combinações químicas de cada indivíduo são únicas, sendo possível assim identificar de cada ser humano, a sua herança genética, surgindo assim o exame de DNA²⁸.

No Brasil em meados da década de 1980, o exame de DNA, tornou-se mais acessível a todos, proporcionando com uma certeza de 99,99% o reconhecimento da origem genética de uma pessoa.

Tal avanço causou enormes alterações no mundo jurídico, onde até então a filiação se presumia pelo casamento. Verifica-se que passou a ser fundamental para toda pessoa que possuía dúvidas quanto a sua paternidade, identificar a sua verdadeira origem genética através do DNA.

A paternidade biológica pode ser conceituada como “a relação de filiação entre pai e filho, estabelecida pela consangüinidade.” (FERNANDES, 2001, p.46), desde modo a paternidade biológica pode ser comprovada pelo exame de DNA, enfatizou a primazia do vínculo biológico.

Nota-se que o exame de DNA, somente confirma os vínculos genéticos entre as pessoas, mas não atribui a paternidade, como disserta Canezin e Eidt:

O exame de DNA, no entanto, apesar de extremamente importante como meio de prova, não atribui a paternidade ou maternidade a alguém, mas apenas confirma o vínculo biológico existente entre as pessoas. Esse exame revela o verdadeiro genitor, o qual nem sempre se confunde com a figura do verdadeiro pai, visto que este está ligado pelos laços de afeto mas não necessariamente pelos laços sanguíneos. (CANEZIN; EIDT, 2012, p.13)

Assim, como diz Donizetti (2007, p.35) “o uso dos exames de DNA, por mais que tenham revolucionado os meios científicos e jurídicos, incide em grave erro ao limitar a paternidade apenas nos laços biológicos desprovidos de quaisquer emoções e sensações.”

Surgem então questionamentos se realmente a paternidade biológica deve sempre prevalecer por ser a melhor forma de paternidade:

Não é razoável, portanto, que o critério da filiação biológica seja suficiente para determinar a paternidade. A certeza dos dados genéticos não se equipara à identidade de filiação tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. É nesse contexto que surge o critério afetivo da filiação.(DONIZETTI,2007,p.36)

Destarte, o critério afetivo adquiriu relevância, uma vez que a paternidade biológica não consegue substituir a solidez de uma relação formada pelo respeito e amor entre pai e filho.

3.3 Paternidade socioafetiva

Com o advento da Constituição da República de 1988, o afeto nas relações familiares passou a ter posição de destaque, passando a nortear as relações familiares, sendo parte integrante da evolução do conceito de filiação.

Segundo Dias (2010, p. 70), o afeto surge como um novo olhar do legislador, da doutrina e da jurisprudência, se consolidando como um direito fundamental.

A paternidade socioafetiva que é terceira forma de determinar a filiação, é admitida primeiramente pela jurisprudência, como assevera Medeiros (2003, p.122) “após a busca desenfreada pela paternidade biológica. Percebeu-se que não bastava ter um pai que reconhecesse a paternidade, era preciso um pai que de fato exercesse a paternidade.”

Roberto Paulino de Albuquerque Junior também fala do assunto:

Esse paradigma do biologismo passou a ser contestado a partir do momento em que a doutrina volveu os olhos para existência de um outro fundamento para a filiação, verdadeiramente de ordem cultural e desde sempre radicalmente presente na adoção: socioafetividade. (JUNIOR,2007, p.59)

A paternidade socioafetiva, é aquela formada por laços de amor e respeito, construídos com a convivência entre pai e filho como diz Farias e Rosenvald (2012, p. 670) a “socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um

²⁸ Ácido Desoxirribonucléico.

respeito recíproco, de um tratamento em mão dupla, como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato são pai e filho.”

Donizzetti também conceitua paternidade socioafetiva:

Na paternidade socioafetiva, pai não é apenas aquele ligado por laço biológico. Pai é muito mais. Pai é aquele ligado pelos intensos e inesgotáveis laços de afeto. Aquele que cuida, protege, alimenta, educa, que participa intensamente do crescimento físico, intelectual e moral da criança, dando-lhe o suporte necessário para se que desenvolva como ser humano.(DONIZZETTI, 2007, p.15)

Assim como disserta Carvalho (2009, p. 295) deve ser “desconsiderada a paternidade biológica para preservar a socioafetividade.”, pois para a criança é bem melhor possuir um pai do que um mero genitor, pois “pai é, aquele que educa, sustenta e dá afeto, ao passo que, aquele que meramente procria, outra coisa não é senão genitor (Junior , 2007, p.74)”

Desta maneira à paternidade socioafetiva, que é construída por uma relação entre pai e filho pautada no amor, respeito e solidariedade, e sempre prevalecerá sobre a paternidade jurídica ou sobre os critérios genéticos:

A filiação socioafetiva é, desta forma, aquela que resulta da convivência, do amor, da solidariedade e do sentimento que une pais e filhos. Esta acima das presunções legais e dos critérios biológicos. É um vínculo que não se desfaz, uma realidade presente e que não pode, de maneira alguma, ser ignorada pelo direito[...] tanto a paternidade presumida quanto a biológica jamais poderão substituir os laços de afeto construídos ao longo de anos entre aqueles que se consideram pais e filhos. (CANEZIN; EIDT, 2012, p.13)

Assim a filiação socioafetiva “não esta lastreada no nascimento (fato biológico), mas em um ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade [...] (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.670).”

Segundo Neves; Penha; Souza e Fernandes (2012, p.108) pai “é aquele que cria e não o que gerou o filho, pois é quem se preocupa, quem faz parte da vida e cotidiano do referido filho.”

Desde modo, na paternidade socioafetiva, configura-se pai, aquele que cria, que estabelece com um filho uma relação de afeto, cuidado, respeito, e não o que apenas transmiti a herança genética pelo ato de gerar ou que realiza o ato forma de registro.

A socioafetividade tornou-se uma das maiores características da família atual e se assenta nas relações familiares onde o amor é cultivado diariamente.

3.3.1 Desbiologização da paternidade

A palavra desbiologização foi utilizada pela primeira vez por João Batista Villela, em 1980, em seu artigo publicado na Revista Forense, entitulado “Desbiologização da paternidade.” Tal artigo revolucionário veio abordar a possibilidade de ausência da paternidade biológica e construção da relação entre pais e filhos sem o vínculo sanguíneo.

Dias (2010, p.352) “identifica pais e filhos não biológicos, não consangüíneos, mas que construíram uma filiação psicológica,” como a paternidade desbiologizada.

Para Donizetti (2007, p. 17), “desbiologizar” significa que “a paternidade pressupõe o exercício da autonomia privada e, conseqüentemente, a adesão ao princípio da paternidade responsável, que deverá ser exercido independente da existência do liame biológico”.

Assim entende-se por desbiologização da paternidade, a ausência da figura paterna biológica, dando lugar à construção de uma relação entre pais e filhos não ligados por laços biológicos.

O professor João Batista Villela, foi um dos primeiros doutrinadores a tratar do tema afeto, na seara das relações familiares. Em seu texto o autor dispõe sobre a paternidade entre a natureza e a cultura:

Note-se, entretanto, que a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural. [...] O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua total rejeição. (VILLELA,1980, p. 45).

Verifica-se que a verdadeira paternidade é aquela em que há a figura do afeto recíproco entre pai e filho, e não apenas o fator da genética. Assim, independente de ser o pai biológico ou não, o que importa é que exista uma relação de afeto estabelecida entre eles:

[...] para a criança mesma os fatos físicos da geração e parto não conduzem diretamente a um vínculo com os pais. Suas relações de sentido surgem com base na satisfação de suas necessidades por alimentos, cuidados, simpatia e estímulos. Somente quando são os próprios pais biológicos que atendem a esses desejos, a relação biológica determina uma psicológica, na qual a criança possa se sentir segura, apreciada e desejada [...] e mais, pais biológicos que não estabelecem esse vínculo ou que não vivem em comunidade com a criança são, para os sentimentos desta, nada mais que estranhos. (VILLELA, 1980, p. 50).

É inquestionável a capacidade que uma relação familiar formada pelo amor, confiança e respeito, tem de satisfazer plenamente os membros daquela família, do que aquela relação que é imposta por determinações genéticas. Sobre isso, bem explica Villela (1980):

Imagine-se cada um tendo como pai e mãe, quem só o é por imposição da força: ninguém experimentará mais viva repulsa, nem mais forte constrangimento. Todo o direito de família tende a se organizar, de resto, sob o princípio basilar da liberdade, tão certo é que as prestações familiares, seja entre cônjuges, seja entre pais e filhos, só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas. (VILLELA, 1980, p. 50).

Compreende-se então, que a desbiologização da paternidade é uma evolução no que tange à concepção da paternidade, pois como diz. Medeiros *apud* Fachin (2003, p. 123) a paternidade socioafetiva “é fruto de um querer ser pai” assim pai é aquele que cuida, educa, protege, que está ligado ao seu filho, por laços inesgotáveis do amor.

3.3.2 Posse do estado de filho

A posse de estado de filho é um elemento de grande importância no reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Pode ser conceituado como reputação paterno-filial perante terceiros, quando alguém é tratado como se fosse filho de uma pessoa, sem que esteja presente qualquer vínculo genético entre eles.

Donizetti *apud* Braunier (2007, p.17):

A posse de estado de filho é aquela que se exterioriza pelos fatos quando existem pais que assumem suas funções de educação e de proteção dos filhos, sem que a revelação do fator biológico da filiação seja primordial para que as pessoas aceitem e desempenhem a função de pai ou mãe.

A posse do estado de filho é um conjunto de atos que criam uma realidade social, que refletem a convivência familiar e que estabelecem uma filiação socioafetiva (CANEZIN; EIDT, 2012, p.15).

Verifica-se que o legislador deixou escapar a chance de positivizar expressamente a posse de estado de filho no ordenamento jurídico brasileiro. Poderia o legislador ter acrescido ao art. 1603 CC, a posse de estado de filho como forma de reconhecimento da paternidade.

A posse de estado de filho possui três elementos caracterizadores: *nominatio*, *tractatus* e *reputatio*.

A *nominatio* (nome) resulta da certidão de nascimento do filho. A *tractatus* (trato) é forma como o filho é tratado pelo pai. E por último a *reputatio* (reputação) é fama diante da sociedade, é quando alguém é reconhecido por terceiros como filho de uma certa pessoa:

[...] o nome é o uso constante do apelido (sobrenome) da família do pai afetivo; o tratamento decorre do filho ser criado, educado, tido e apresentado a sociedade como filho a fama ou reputação é a circunstância de ser sempre considerado, na família e na sociedade, como filho. (WELTER, 2003, p.124)

Acerca desses três elementos é importante mencionar que a doutrina majoritária diz que apenas o tratamento e reputação já são elementos suficientes para caracterizar a posse de estado de filho, assim afirmam Farias e Rosenvald:

O elemento nome não é decisivo, possuindo, menor ou nenhuma importância para a determinação da posse de estado de filho, uma vez que as pessoas, de regra, são conhecidas pelo prenome e, na hipótese não dispõem de condições de ostentar o sobrenome de seu pai afetivo. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.625)

A importância da posse de estado de filho, está na capacidade de determinar uma paternidade, sem que haja qualquer vínculo genético entre pai e filho:

[...] pode-se perceber a importância da posse de estado de filho, que serve para estabelecer por meio de suas características a presunção da relação familiar e assim o reconhecimento da filiação e, ainda, se constitui de uma relação de afeto, amor e carinho entre os integrantes da família [...] (NEVES, PENHA, SOUZA, FERNANDES, 2012, P.108)

A posse de estado de filho permite, portanto, o reconhecimento da paternidade socioafetiva, independente da origem biológica. (DIMAS, 2009, p. 294)

Verifica-se deste modo que o papel preponderante da posse de estado de filho é “conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva induvidosa, conferindo, dessa forma, mais direito à vida e mais vida ao direito” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 624).

A verdadeira paternidade vai muito além do vínculo biológico, hoje, a paternidade é formada pelo respeito, o amor entre pai e filho.

4 FORMAS DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A doutrina brasileira estabelece hoje quatro modalidades de paternidade socioafetiva, quais sejam; adoção, reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade, adoção à brasileira e os filhos do coração.

A adoção é ato jurídico movido pela vontade das partes, sendo um instituto antigo, constando do art. 185 do Código de Hamurabi (1728 –1686 a.C.)²⁹. Hoje a adoção equipara-se a filiação sanguínea possuindo os mesmos direitos e deveres inerentes a pais e filhos.

O reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade é um ato espontâneo dos pais que reconhecem alguém como filho, não havendo necessidade de comprovação genética para a declaração.

A terceira modalidade de paternidade socioafetiva é a conhecida adoção à brasileira, onde segundo Welter (2003, p.118) “alguém reconhece a paternidade ou maternidade biológica, mesmo não o sendo, cuja conduta é tipificada como crime (art. 299, par uni. do CP)”.

Welter (2003, p.117) conceitua em seu artigo a última modalidade de paternidade socioafetiva, os filhos do coração, “onde mesmo não havendo qualquer vínculo biológico ou jurídico, os pais criam uma criança por mera opção, velando-lhe todo o cuidado, amor e ternura, enfim uma família.”

4.1 Adoção

A adoção consiste num ato jurídico, um ato de vontade, onde alguém acolhe uma pessoa, sem que haja entre eles qualquer vínculo biológico, possuindo apenas a vontade ser pai e cuidar com carinho e amor dessa pessoa como se filho fosse. Assim como diz Assumpção:

[..] a adoção, muito mais que estabelecer o parentesco civil, é, sem dúvida nenhuma, a prova mais cabal de que o amor se faz pela convivência, construindo-se pouco apouco. Os pais adotivos são pais por opção, por excelência, e, expressando amor puro e sincero, formam uma relação familiar voluntária pelo simples desejo de serem pais. (ASSUMPÇÃO, 2004, p.52)

²⁹ Belmiro Pedro Welter, 2003, p. 117.

A adoção é considerada uma espécie de paternidade socioafetiva, porque como disserta Neves; Penha; Souza e Fernandes (2012, p.113) “não há vínculo biológico entre pais e filhos, mas a relação jurídica se estabelece pela vontade do adotante, criando-se, a partir daí, um relacionamento baseado exclusivamente no afeto.”

O autor João Batista Villela fala da importância da adoção:

A paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade. (VILLELA, 1980, p. 50).

Deste modo a adoção ganhou grande relevância, uma vez que consagrada a paternidade afetiva voltada pela livre vontade de ser pai e/ou mãe.

Com o advento da Constituição de 1988 todos os filhos passaram a possuir os mesmos direitos, os advindos do casamento ou não, os adotivos. Como diz Dias *apud* Lobo (2010, p.477) “não cabe mais falar em filho adotivo, mas em filho por adoção.”

A partir do momento em que é constituída pela sentença judicial e retificado o registro de nascimento o adotado é filho (DIAS, 2010, p.477).

Assim como diz Carvalho a adoção “é solidificada no afeto e na convivência, configurando umas das formas de filiação socioafetiva.”

4.2 Reconhecimento voluntário ou judicial

O reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade consiste na forma livre e espontânea dos pais de reconhecerem uma vida como seu filho, não havendo necessidade de comprovação genética. Assim Diniz *apud* Chaves (2008, p. 472) conceitua como o “meio legal do pai, da mãe ou de ambos revelarem espontaneamente o vínculo que os ligas ao filho, outorgando-lhe, por essa forma, o status correspondente.”

Em regra o reconhecimento voluntário é irrevogável, porém admite-se questionar judicialmente, caso tenha havido vício de vontade do genitor, como erro ou coação, ou pelo filho, como erro e falsidade.

O art.1609³⁰ do CC, estabelece as formas de reconhecimento dos filhos, que podem ocorrer por meio do registro de nascimento, pela escritura pública ou escrito particular, por testamento ou por manifestação direta e expressa perante o juiz.

O primeiro modo de reconhecimento é pelo registro civil, que é efetuado em um Cartório de Registro Civil onde “o pai, ou procurador munido de poderes especiais, comparece perante o oficial do Registro Público e presta declarações sobre a descendência do registrado assinando o termo, na presença de testemunhas (DINIZ, 2008, p.476)”

O reconhecimento da paternidade pode também ocorrer por meio da escritura pública ou escrito particular, onde deve ser expressa a vontade de reconhecer o filho.

O testamento, outra forma de reconhecimento da filiação, consiste em um ato de última vontade, personalíssimo, não comportando representação.

Dispõe o art. 1610 CC³¹, que o reconhecimento da filiação nem mesmo por outro testamento pode ser revogado, tal disposição se explica “porque é comum o testador, ao longo da vida, alterar o ato de ultima vontade (NADER, 2011, p. 302)”, o que poderia causar uma grande insegurança jurídica.

Por último, pode ser a paternidade reconhecida por manifestação expressa perante o juiz, como diz Nader (2011, p. 302) “admite-se o reconhecimento mediante expressa manifestação perante o juiz, independentemente da natureza do processo.”

4.3 Adoção à brasileira

A adoção à brasileira é outra espécie de paternidade socioafetiva, que ocorre quando alguém reconhece como sendo pai e/ou mãe biológico de uma pessoa mesmo sabendo não ser. Ela consiste então, em uma adoção informal, onde se registra uma criança, sabendo não ser realmente seu filho biológico.

³⁰ 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.

³¹ Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

Esta conduta consiste em infração legal, sendo tipificada como crime (capítulo II, do Título VII, artigo 242 do Código Penal³²).

Assim, o legislador quis assegurar a segurança e a certeza do estado de filiação, evitando que o estado civil de uma criança ficasse vinculado a pessoas que não são realmente seus pais.

Porém não se pode negar a relação de confiança e amor que se estabeleceu entre pai e filho, onde uma anulação do registro civil poderá causar prejuízos a aquela criança. Welter (2003, p.119) “[...] a adoção à brasileira torna-se irrevogável quando edificada o estado de filho afetivo, pois nesse caso, nasce a filiação socioafetiva,[...]”

Deste modo, não é prudente seguir rigorosamente o descrito em lei. O juiz não deverá decidir se baseando apenas na legalidade, pois ele possui o dever de proteger os interesses das crianças.

Assim é mais vantajoso para a criança possuir um pai socioafetivo, que lhe ama, do que conter em seu registro civil a verdade real, a verdade biológica.

4.4 Filhos do coração

A filiação socioafetiva pode se estabelecer mesmo não havendo qualquer vínculo biológico ou jurídico, onde um pai cria uma criança por mera opção, este é o denominado filho do coração, onde como diz Welter *apud* Nogueira (2003, p. 117) é uma família “cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família cujo único vínculo probatório é o afeto.”

Cabe esclarecer que à terminologia antes utilizada filhos “de criação”, possuía um caráter pejorativo, uma vez que a Constituição não admite qualquer forma de discriminação entre os filhos, havidos durante o casamento ou não, sejam biológicos ou não, tal igualdade deve prevalecer, inclusive, na sua titulação. Nesse sentido Dias que:

A palavra filho não admite qualquer adjetivação. A identidade dos vínculos de filiação divorciou-se das verdades biológica, registral e jurídica. Assim, aquele que sempre foi chamado de “filho de criação”, ou seja, aquela criança [...] que passa a conviver no seio de uma família, ainda que

³² 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.

sabendo da inexistência de vínculo biológico, merece desfrutar de todos os direitos atinentes à filiação. A pejorativa complementação "de criação" está mais que na hora de ser abolida. (DIAS, 2010, p. 477)

Deste modo a expressão filhos “de criação” foi substituída por filhos “do coração”, apresentando assim um caráter mais humano e igualitário.

Importante mencionar que a paternidade socioafetiva por excelência encontra-se constituída nos filhos do coração, pois não existe qualquer vínculo biológico ou jurídico entre pai e filho, apenas uma opção de criar, educar, dar carinho e amor.

Na relação com os filhos do coração, se verifica efetivamente os três elementos caracterizadores da posse de estado de filho, quais sejam, *tractatus*, *reputatio* e *nominatio*³³.

O *tractatus* é quando uma pessoa é tratada como se filho fosse por outra, sendo o considerado o principal elemento da relação entre os filhos do coração, pois é “o único elemento que efetivamente caracteriza [...] a filiação é o tratamento dispensado entre pai e filho. Se um trata o outro como tal, há relação paterno-filial socioafetiva.” (NEVES, PENHA, SOUZA e FERNANDES, 2012, p.110).

A fama que se adquire perante a sociedade como filho de uma pessoa, é o elemento da *reputatio*.

E por último o *nominatio* que se estabelece pelo uso do nome daquela família. Porém este elemento é considerado dispensável, pois como dizem Neves, Penha, Souza e Fernandes, “uma vez que em muitas situações esse filho não é registrado pela família (2012, p.110)”, o que em nada altera a relação de amor e respeito estabelecida entre pai e filho.

Importante se faz mencionar, que a situação do filho de coração diante a família permanece irregular, pois ele não é registrado, como dissertam Neves, Penha, Souza e Fernandes:

[...] os filhos do coração são adotados de maneira informal, sendo tratados como se filhos fossem e vistos pela sociedade na condição de filhos, ainda que não seja regularizado o vínculo. Não havendo entre estes familiares nenhuma relação jurídica formal, somente afetiva [...]. (NEVES, PENHA, SOUZA e FERNANDES, 2012, p. 106)

³³ Tratamento, reputação e nome.

Verifica-se que é estabelecido entre os filhos do coração e seus pais “vínculos sólidos e duradouros, que tendem a ser fortalecidos ainda mais com o passar do tempo,” e não é algo “[...] que se pode exigir na realidade jurídica e inexistir na realidade dos fatos”, assim “não importa a procedência do filho, o que é valorizado é o sentimento que há entre eles” (NEVES, PENHA, SOUZA e FERNANDES, 2012, p.107).

Assim, embora haja essa idéia de irregularidade, não se negar que uma vez constituída a posse de estado de filho, o filho de coração passa a ser detentor de todos os direitos inerentes as outras formas de paternidade, como alimentos e direito sucessórios.

Para se admitir que a obrigação alimentar, alcance o campo da socioafetividade, deve-se levar consideração o princípio igualdade da filiação, disposto na Constituição da República em seu art. 227, § 6º³⁴, que proibi qualquer designação discriminatória com relação aos filhos, independente de sua origem.

A filiação socioafetiva baseada na posse de estado de filho é um modo de constituir parentesco, conforme dispõe o art. 1593³⁵ do Código Civil, o parentesco pode ser natural, civil, resultante da consanguinidade ou de outra origem.

Assim, constituída à filiação socioafetiva, decorrente da posse do estado de filho, já que não deve haver discriminação relativa à filiação, todos os filhos, independente de sua origem, devem ser tratados igualmente, sendo cabível ao filho socioafetivo, tudo aquilo que também cabe às outras formas de filiação, inclusive, a possibilidade do recebimento de pensão alimentícia pelo pai afetivo.

Sena *apud* Dias (2013), seguindo esta mesma linha de pensamento, corrobora:

Quando se fala em obrigação alimentar dos pais sempre se pensa no pai registral, que, no entanto, nem sempre se identifica com o pai biológico. Como vem, cada vez mais, sendo prestigiada a filiação socioafetiva - que, inclusive, prevalece sobre o vínculo jurídico e o genético -, essa mudança também se reflete no dever de prestar alimentos. Assim, deve alimentos quem desempenha as funções parentais.(2011)

Sobre o assunto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já possui posicionamento:

³⁴ Art. 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.

³⁵ Art. 1.593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. INTEMPESTIVIDADE. REQUISITO DO ART. 526 DO CPC. NEGATIVA DA PATERNIDADE. [...] Negativa da paternidade. A obrigação alimentar se fundamenta no parentesco, que é comprovado pela certidão de nascimento. O agravante alega não ser o pai biológico do menor. Enquanto não comprovar, não se pode afastar seu dever de sustento. A rigor, mesmo esta prova não será suficiente, pois a paternidade sócio-afetiva também pode dar ensejo à obrigação alimentícia.”(AI nº 70004965356; Rel. Des. Rui Portanova; TJRS; Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2002)

Destarte, possuir aos filhos de coração todos direitos garantidos no tocante a sucessão. Neste sentido disserta Sobral *apud* Dias (2010):

Assevere-se que, de acordo com os artigos 1.829 do Código Civil de 2002 e 41, §2º da Lei 8.069/90, os direitos sucessórios são recíprocos e estendem-se a todos os parentes sucessíveis. Desta feita, não cabe qualquer argumentação no sentido de que a declaração da filiação sócio-afetiva ocorrida antes da vigência da Carta Política e Jurídica de 1988 não teria validade, alegando-se que foi tão-somente a partir daí que a relação paterno-filial passou a ser juridicamente protegida, já que, em se tratando de matéria sucessória, aplica-se a legislação vigente à época da abertura da sucessão, o que acontece quando o autor da herança veio a óbito, como demonstra o artigo 1.794 do Código Civilista Pátrio: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Logo, o filho sociológico, ao lado dos demais descendentes, quando da morte de seu pai, será, pois, considerado herdeiro necessário, de modo que irá ocupar o primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, consoante determinam os artigos 1.845 e 1.829, inciso I, do Código Civil de 2002, respectivamente. (2010)

Verifica-se que a jurisprudência vem se tornado mais flexível no tocante aos filhos do coração, concedendo os tribunais pátrios direitos sucessórios aos filhos socioafetivos:

DIREITO DE FAMÍLIA. DEMANDA DECLARATÓRIA DE PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. EQUIVOCADA EXTINÇÃO DA DEMANDA. CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE, EM TESE, SE AFIGURA POSSÍVEL, INOBTANTE O FALECIMENTO DOS SUPOSTOS PAIS SOCIOAFETIVOS. INTELECÇÃO DOS ARTS. 1.593 DO CC E 227, § 6º, DA CRFB. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO. 1. O pedido é juridicamente possível quando, em tese, encontra respaldo no arcabouço normativo pátrio. 2. A pretensão ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva tem ressonância no art. 1.593 do Código Civil, segundo o qual a filiação origina-se do laço consaguíneo, civil ou socioafetivo. 3. Nada obsta o reconhecimento da filiação após a morte dos pretensos pai e mãe socioafetivos. Se ao filho biológico é franqueado o acesso à justiça na hipótese de investigação de paternidade ou de maternidade post mortem, ao filho socioafetivo, por força do princípio da igualdade entre as filiações (art. 227, par.6º, da Constituição da República),

deve ser assegurado idêntico direito de ação. (TJSC - AC: 640664 SC 2008.064066-4, Relator: Eládio Torret Rocha, Data de Julgamento: 11/01/2012)

Neste sentido é forçoso entender que tanto os filhos consangüíneos como os socioafetivos têm os mesmos direitos, possuem a mesma capacidade sucessória e ocupam a mesma posição de herdeiros necessários.

Assim os filhos do coração como a filiação socioafetiva por excelência, é baseada tão somente no afeto recíproco, não havendo vínculo biológico e tão pouca relação jurídica que una o pai socioafetivo ao filho de fato, possuindo todos os direitos inerentes as outras formas de filiação.

5 PATERNIDADE BIOLÓGICA X PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Atualmente se discute se à possibilidade da desconstituição da paternidade socioafetiva, quanto esta for reconhecida.

Há uma corrente doutrinária que defende que mesmo sendo reconhecida a paternidade socioafetiva, todo ser humano tem o direito de conhecer sua origem biológica, por ser se tratar de direito imprescritível, personalíssimo e indisponível assim assevera o art. 27 ECA³⁶.

Silmara Juny de Abreu Chinaletto e Almeida *apud* Limongi França diz:

A configuração somático-psíquica de cada indivíduo, particularmente sobre sua imagem física, gesto, voz, escrita, retrato moral, recaindo ainda, sobre a inserção sócio-ambiental de cada pessoa, notadamente sobre sua imagem de vida, sua história pessoal, o seu decoro, a sua reputação ou bom nome, o seu crédito, a sua identidade sexual, familiar radical, lingüística, política, religiosa e cultural. (2002, p 344)

Assim, ainda que de forma inconsciente, é vontade de todo filho, fazer uma comparação hereditária das suas características com as de seu suposto genitor, assim diz Welter (2003, p. 182) “daí nada mais que um passo para o sentimento do filho herdar as mais sutis qualidades do pai: coragem, temperamento, habilidades variadas”

Contudo deve prevalecer sempre a verdade real, aferível através do DNA. Assim diz Brito “[...] na necessidade de busca da verdade real, registros de nascimento devem retratar a verdade biológica, possibilidade de se aferir paternidade por meio de modernas provas técnicas como o DNA.” (2008, p. 116).

Em mesmo sentido diz Assumpção (2004), que por meio do DNA, a prova é segura e tida como verdade real, portanto garante ao filho conhecer sua origem genética.

Pode-se verificar que existem posicionamentos jurisprudências que se filiam a esta parte da doutrina, dando maior relevância ao critério biológico:

DIREITO DA FAMÍLIA - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - PREVALÊNCIA DA VERDADE BIOLÓGICA. A corrente jurisprudencial favorável à prevalência sempre da tese da verdade biológica deve ser adotada em

³⁶ 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

demandas nas quais o exame de DNA conclui que o autor da ação negatória de paternidade não é, de fato, o pai biológico. Prestígio à busca da verdade real e biológica. (TJMG, Apelação Cível 1.0701.07.175805-9/001, Relato Des: Maurício Barros, j. 16/12/2008)

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO – RETIFICAÇÃO. Ação negatória de paternidade. Prova irrefutável da veracidade da negativa da paternidade. O sistema de registro público adotado no Brasil é o regido pelo princípio da veracidade, pelo que todos os assentos efetivados nos cartórios do registro civil das pessoas naturais devem ser fiéis à realidade fática. No caso dos registros de nascimento, os assentos devem retratar a realidade biológica. Prova inquestionável da falsidade do registro de nascimento da menor. Sentença fiel à realidade dos fatos. Desconstituição do registro de paternidade. Solução jurídica sustentada por diversos precedentes desta Corte de Justiça. Improvimento do recurso. (TJRJ – 2005.001.17670 – Apelação Cível – julgamento: 08/09/2005 – 17ª Câmara Cível).

Já existe outra corrente que defende a impossibilidade da desconstituição paternidade socioafetiva, onde o afeto sempre deve prevalecer sobre a realidade genética, uma vez que como diz Junior (2007, p.74) “Pai é, pois, aquele que educa, sustenta e dá afeto, ao passo que, aquele que meramente procria, outra coisa não é senão genitor”

Assim deve se levar em consideração a posse de estado de filho e os princípios do afeto e do melhor interesse da criança.

Se comprovada a posse de estado de filho não caberá desconstituição da filiação. Este é o posicionamento de Dias (2010, p. 368):

Como foi o envolvimento afetivo que gerou a posse de estado de filho, o rompimento da convivência não apaga o vínculo de filiação que não pode ser desconstituído. Assim, se depois do registro separam-se os pais, nem por isso desaparece o vínculo de parentalidade.

Neste mesmo sentido diz Welter *apud* Veloso (2003, p. 138):

Permitir que o pai, a seu bel-prazer, pudesse, a qualquer tempo, desfazer o reconhecimento da paternidade de um filho seria uma extremada injustiça, caracterizando um gesto reprovável, imoral, sobretudo se o objetivo é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo.

O princípio da afetividade, esta implícito em nossa Carta Magna de 88. Ele foi o norte para supremacia do afeto sobre a verdade biológica bem como a evolução do conceito de paternidade. Sobre este principio Maria Berenice Dias diz:

Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade de filiação biológica e a sócioafetiva. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. (DIAS, 2010, p.70)

E por último deve ser levado em consideração o princípio do melhor interesse da criança, o critério afetivo sempre se sobrepõe ao genético, pois é melhor para uma criança ter amor do que um laço sangüíneo. Todos os problemas referentes à paternidade devem ser dirimidos em consonância com este princípio, previsto no art. 227 da CR/88:

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.

Sobre o tema diz Lôbo (2004, p.51) "o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado."

Nesse sentido, são os julgados:

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PATERNIDADE BIOLÓGICA NÃO DEMONSTRADA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA CUMPRIDAMENTE PROVADA. PETIÇÃO DE HERANÇA INDEFERIDA SEM RECURSO DO INTERESSADO.- A paternidade sócio afetiva é liame que interessa a pai e filho sócio-afetivos. - O exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, é de capital importância. No entanto, o seu resultado não pode ser analisado como a única e exclusiva prova, principalmente quando não é conclusiva. - Se a prova documental e testemunhal é unânime no sentido de demonstrar a relação paterno/filial entre o investigante e o investigado, é de reconhecer-se a paternidade.(TJMG, Apelação Cível 1.0395.04.005812-9/001. Relator Des: Wander Marotta, j. 22/05/2012)

ANULAÇÃO E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - IMPROCEDÊNCIA - MANUTENÇÃO DE PRESUNÇÃO LEGAL DE PATERNIDADE - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA JÁ CARACTERIZADA. Apesar da prova pericial de DNA atestando a paternidade biológica do apelante, não se pode desconsiderar, no atual cenário constitucional, a existência de outros vínculos familiares decorrentes da paternidade sócio-afetiva. Tendo sido comprovado nos autos que, mesmo ausente a ligação biológica entre o pai registral e a criança, restou presente a paternidade sócio-afetiva, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe.(TJMG, Apelação Cível 1.0707.03.065874-4/001, Relator Des: Silas Vieira, j. 11/02/2010)

Porém, existem ainda os que admitem que a paternidade pode ser desconstituída se não houver o vínculo biológico, nem o afetivo, não configurando a posse de estado. Assim, defende Dias (2010, p. 493) “não havendo vínculo de qualquer ordem entre pai e filho, a não ser uma sentença que afirma um fato que não existe, essa inverdade jurídica não pode prevalecer. Quem não é pai, nem afetivo nem biológico, não é pai.”

O julgado abaixo corrobora para esse entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXAME DE DNA - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA NÃO CARACTERIZADA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A prova de erro ou falsidade do registro elidem a presunção de veracidade do registro civil de nascimento. 2. Procede o pedido de declaração negativa da relação jurídica de filiação, se não provadas a paternidade biológica nem a paternidade sócio-afetiva. (TJMG, Apelação Cível 1.0327.08.032336-0/001, Relator Des. Oliveira Firmo, j. 07/02/2012)

5.1 Solução jurídica possível

Deve-se considerar ser impossível a desconstituição da paternidade socioafetiva, uma vez que vai de encontro a posse de estado de filho e aos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança.

Maria Berenice Dias traz em seu livro a importância da constituição da posse de estado de filho:

Como foi o envolvimento afetivo que gerou a posse do estado de filho, o rompimento da convivência não apaga o vínculo que não pode ser desconstituído. Assim, se, depois do registro, separam-se os pais, nem, por isso, desaparece o vínculo de parentalidade. Persistindo a certeza de quem é o pai, ou seja, mantida a posse de estado de filho, não há como desconstituir o registro. (2010, p 368)

A posse de estado de filho é quando uma pessoa é tratada pela outra como filho, sendo uma mera aparência, mas como relata Dias (2010), a aparência é fato que não pode ser desprezado pelo direito.

Neste sentido disserta Farias e Rosenvald:

Estabelecida a filiação pela posse do estado de filho (e, por conseguinte, caracterizada a paternidade ou maternidade socioafetiva), não é possível a revogação ou retratação pela vontade de uma (ou mesmo ambas) as partes. Ou seja, estabelecido o vínculo filiatório, todos os efeitos jurídicos decorrem automaticamente, não sendo possível, posteriormente pretender o restabelecimento do vínculo biológico. (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p.626)

O afeto hoje é o princípio fundamental das relações familiares, mesmo este não estando expressamente em nossa legislação, atualmente ele se faz presença constante para a solução de conflitos envolvendo filiação.

Segundo Dias (2010, p. 70), o afeto surge como um novo olhar do legislador, da doutrina e da jurisprudência, se consolidando como um direito fundamental. Ela ainda conclui dizendo "talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade".

Carossi (2010) explana sobre o tema:

Embora a palavra afeto não exista expressamente no texto constitucional, extrai-se do mesmo que pelo fato de a Constituição Federal reconhecer e proteger as relações familiares, quer sejam havidas de casamento, quer sejam constituídas pela união estável, famílias monoparentais e famílias adotivas, a união dessas pessoas ocorre pelo afeto e não mais apenas por procedimentos formais, daí a presença indubitável do afeto, inclusive quando trata da igualdade entre todos os filhos

Otoni (2010) também fala sobre o assunto:

Assim, o que constatamos é que uma vez materializado os elementos inerentes a filiação socioafetiva, notadamente, a convivência, o afeto, a posse de estado de filho, constituído está o vínculo socioafetivo e conseqüentemente a identidade da prole. A paternidade socioafetiva está relacionada com a afetividade, que engloba sentimentos que se prolongam e se fortalecem a cada dia. Não convém que a relação envolvendo pais e filhos, independentemente do liame biológico, se desconstitui, uma vez que a relação paterna é um fator essencial no desenvolvimento do filho no que tange a formação de sua personalidade.(2010)

Deste modo a verdade do afeto sempre prevalecerá sobre a verdade biológica, assim relata Lôbo (2004, p 55) "a origem biológica não se poderá contrapor ao estado de filiação já constituído por outras causas e consolidado na convivência familiar"

Donizetti (2007, p.38) diz "o critério afetivo, portanto, adquire relevância para a identificação da filiação, uma vez que a paternidade biológica não consegue

substituir a convivência necessária para a construção permanente dos laços afetivos”.

Os fundamentos existentes a respeito do princípio da afetividade encontram-se em nossa Carta Magna:

A igualdade de todos os filhos independentemente de sua origem (CF art. 227 §6º); a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF art. 227 § 5º e 6º); comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º); e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF 227).

Deste modo observa-se que a paternidade não se origina apenas dos vínculos genéticos, mas sim da relação de afeto, de amor existente entre pai e filho. Assim diz Dimas (2009, p.295) “a filiação, portanto, não é determinada biologicamente, mas na convivência e no afeto.”

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue (Pereira *apud* Lobo, p .56, 2012).

Medeiros *apud* Fachin (2003, p;123)

[..] a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. 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, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

Neste sentido diz Villela (1980, p.45) “a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação”.

Assim em consonância com o princípio da afetividade, não é coerente privilegiar uma família formal, formada por laços biológicos em detrimento de uma formada pelos laços do amor, da confiança neste sentido leciona Vianna:

Ademais, o afeto além de ser o elemento primordial para a constituição de uma família, é também o valor fundamental para que esta permaneça unida, pois inexistente razão para manutenção de uma estrutura familiar meramente formal e vazia de sentimentos. (2011, p. 533)

Deve-se também atentar sempre, em caso de conflitos existentes entre paternidade o melhor interesse da criança, pois é melhor para uma criança possuir

um pai do que um mero genitor, como diz Lôbo (2004, p.54) “pai é o que cria, genitor é o que gera.”

O princípio do melhor interesse da criança encontra-se previsto no art. 227³⁷ da CR/88, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade os direitos nele previstos.

O referido princípio também encontra previsão nos arts. 4^o³⁸ e 6^o³⁹ do ECA, o que demonstra a ênfase dada pelo legislador infraconstitucional ao princípio.

Gama *apud* Fachin (2004, p.35) disserta quanto a importância deste princípio, onde ele deve ser visto “ não apenas como princípio geral, mas como critério de interpretação e de aplicação da norma jurídica nas questões relacionadas à criança e ao adolescente”

Lôbo também explana sobre a importância do princípio:

O princípio impõe a predominância do interesse do filho, que norteará o julgador, o qual, ante o caso concreto, decidirá se a realização pessoal do menor estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não-biológicos. De toda forma, deve ser ponderada a convivência familiar, constitutiva da posse do estado de filiação, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente. (2004, p .51)

Com a ocorrência de conflitos entre a paternidade biológica e a socioafetiva deve-se priorizar o melhor interesse do menor, neste sentido diz Lôbo (2004, p.55) “A solução mudou o foco dos interesses, dos pais para os filhos.”

Assim a origem genética não possui o condão de alterar a filiação consolidada na socioafetividade (DIMAS, 2009, p.322), calcada na posse de estado de filho e nos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança, como disserta Barboza (2008, p.228) “[...] o critério da socioafetividade deve prevalecer na

³⁷ 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.

³⁸ Art. 4^o: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

³⁹ Art. 6^o: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

hipótese de confronto como o biológico. Uma vez reconhecido [...] o parentesco socioafetivo, seus efeitos permanecem indefinidamente [...]"

O reconhecimento da filiação é direito imprescritível, como assevera ao art. 27 do ECA, assim não se pode impedir que alguém busque conhecer a sua paternidade biológica, é um direito fundamental e trata-se do direito de personalidade⁴⁰.Farias e Rosenvald *apud* Lôbo fala do tema:

O estado de filiação que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, sendo, a primeira natureza de direito de família, e a segunda, de direito de personalidade. (2012, p.696)

Dias (2010, p 358) fala sobre o tema, “o direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência, é um direito fundamental, um direito de personalidade.”

Neste mesmo sentido diz Lôbo:

Toda pessoa tem o direito fundamental, na espécie, direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de estar inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. (2004, p. 54)

Deste modo, por não ser possível desconstituir a paternidade socioafetiva a solução jurídica mais acertada seria o reconhecimento do vínculo genético, sem gerar uma relação de parentesco.

Dias (2010, p.382) disserta sobre o assunto “ainda que a verdade afetiva mereça ser prestigiada, porque a tudo se sobrepõe, tal não pode servir de obstáculo a pretensão de descobrir a verdade genética, não revelada em demanda anterior.”

Como assevera Farias e Rosenvald:

[...] se uma pessoa mantém vínculo paterno-filial com outra, de índole socioafetiva, dispondo, assim de estado de filho, não se lhe nega o direito de buscar a identificação da origem ancestral (genética). É que toda pessoa é titular de um direito da personalidade de reclamar a sua origem biológica, de modo a preservação de sua própria vida e saúde. (2012, p.697).

⁴⁰ O Direito da Personalidade vai surgir em decorrência de um princípio constitucional do respeito à vida, a partir da concepção, protegendo, assim, o nascituro. Em conseqüência, derivam-se outros aspectos do Direito da Personalidade, como o direito ao nome, à imagem e à intimidade, proteções que a Constituição explicitamente traz e resguarda (NADER, 2007, p. 210 e 211)

Mesmo que reconhecida à filiação socioafetiva, o filho terá o direito a conhecer sua origem genética, porém aquela não será alterada. Neste sentido diz Dimas (2009 p.296) “é possível o filho socioafetivo investigar sua origem genética, prevalecendo, entretanto, a filiação jurídica socioafetiva”

A investigação de paternidade de filho que já possui a posse de estado de filho pode ser realizada, contudo esta não terá seus efeitos plenos, como diz Welter:

Contudo, verificado, o estado de filho socioafetivo, não mais será possível a investigação da paternidade biológica em todos os seus efeitos jurídicos, e sim apenas para preservar os impedimentos matrimoniais e a vida e a saúde do filho e dos pais biológicos, em caso de grave doença genética. (2003, p 140)

Com mesmo pensamento Farias e Rosenvald *apud* Leal diz que “não pode ser estabelecido nenhum vínculo parental entre o ser concebido já que tem uma família afetiva, e a pessoa.”

A sentença do processo de investigação de paternidade apenas declararia uma ascendência genética, não produzindo qualquer alteração na paternidade socioafetiva ou gerando efeitos de ordem patrimonial.

Neste sentido diz Dias *apud* Campos:

Assim, ainda que detenha o filho a posse de estado de filho, tal não obsta a propositura da ação visando a descoberta da verdade biológica. Só impede que se produza a alteração no assento de nascimento do investigante. Precisa ser assegurado ao autor o direito de conhecer suas origens, sem que essa identificação importe em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva, pois não se pode valorar a identidade biológica sobre os laços afetivos. (2010, p.385)

Dias *apud* Pereira, ainda assevera sobre o tema:

Preserva-se o direito de personalidade de conhecer a ascendência biológica, para transplantes de órgãos, cautelas quanto a impedimentos matrimoniais e verificação da possibilidade de contrair doenças transmissíveis geneticamente.(2010, p.385)

Neste mesmo sentido a Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto disserta:

Em ação negatória de paternidade, é direito de todos buscar sua origem genética, entretanto deve prevalecer a paternidade socioafetiva (a voz do

coração), moldada pelo laços de amor e solidariedade, sobre a biológica (a voz do sangue), devendo ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, apesar do resultado negativo do exame de DNA, tendo em vista o caráter socioafetivo, que perdurou por vários anos, como pai e filha fossem, não sendo possível negar a paternidade apenas pelo fator biológico. (TJMG, 8ºCC.Ac n.1.0105.02.060668-4/001. Rel. Dês. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. J.26.04.2007)

Portanto não se pode negar ao filho o direito a conhecer sua origem biológica, bem como não se pode priorizar a paternidade biológica em detrimento da afetiva, assim o filho terá o direito de conhecer sua paternidade biológica garantido, porém esta não gerará qualquer efeito perante a existência da paternidade afetiva.

6 A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA FRENTE AOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Atualmente, com a reforma no direito de família, as decisões judiciais tendem a integrar à lei os princípios constitucionais. Nas jurisprudências tem-se percebido uma leve tendência ao reconhecimento da paternidade socioafetiva sob a biológica.

Medeiros *apud* Fachin comenta a importância da jurisprudência quando o assunto é a paternidade:

Observa-se que os tribunais, ao decidirem sobre o estabelecimento da paternidade, começaram a informar, progressivamente, seus pronunciamentos como valores diversos daqueles que inspiraram o legislador. Diversamente do sistema codificado, mostra-se visível a preocupação com a verdade da filiação, não seguindo estritamente os rigores impostos pelo legislador. Assim, recolhem dos fatos circunstâncias ausentes no Código. Nessa recepção, jurisprudência revela, em diversos momentos, elementos que de fato coincidem justamente com aqueles que caracterizam a posse de estado. Mesmo sem tê-la explicitamente assumido, a idéia de posse de estado de filho se faz presente em inúmeros acórdãos, exercendo um importante papel. Nesse aspecto, a jurisprudência mostra flagrante distancia do texto codificado. (2003, p.127)

Importante se faz, realizar uma análise dos argumentos utilizados pelas Cortes que defendem o critério biológico e posteriormente as que preconizam a primazia do afeto.

A desconstituição da paternidade é aceita principalmente sob os argumentos, de que deve sempre ser estabelecida a verdade real na paternidade, bem como os registros públicos devem retratar a realidade biológica, como exemplo cabe destacar:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO RESCISÓRIA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO-OCORRÊNCIA - ADOTADO - AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA - BUSCA PELA VERDADE REAL - POSSIBILIDADE - PEDIDO DE ALIMENTOS - CABIMENTO - RECURSO IMPROVIDO. (STJ - AgRg no Ag: 1291955 PR 2010/0051903-3, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 02/09/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2010)

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS QUANDO O EXAME PERICIAL, REALIZADO POR LABORATÓRIO IDÔNEO DA CONFIANÇA DO JUÍZO E INDICADO PELO DEPARTAMENTO MÉDICO JUDICIÁRIO, INDICA COM CERTEZA A EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA DO INVESTIGADO EM RELAÇÃO À INVESTIGANTE.

APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70046138269, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 11/04/2012) (TJRS - AC: 70046138269 RS , Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 11/04/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/04/2012)

APELAÇÃO CÍVEL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS - EXAME DE DNA, DEPOIMENTOS - COMPROVAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA -CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - INAPROPRIADO - INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACERVO PROBATÓRIO COLIGIDO. I - Como é de elementar conhecimento, o laudo de exame de DNA, confere ao magistrado uma prova praticamente absoluta da existência ou não da paternidade aduzida. Em casos como tais, quando as provas são conclusivas quanto à verdade dos fatos (paternidade) imputados, torna-se inapropriado a conversão do julgamento em diligência para a realização de nova da prova técnica (DNA),sobretudo, quando o inconformismo apresentado, não vem respaldado em qualquer prova que possa infirmar (duvidar) a conclusão dada no exame. II - Nesse norte, a prova científica (DNA) realizada não destoa das demais provas que foram colhidas nos autos, especialmente, diante do próprio depoimento do de cujus, o qual confirmou que manteve relações sexuais com a mãe da apelada, sem o uso de preservativos. III - Logo, a dúvida que havia do cotejo dos autos em relação à paternidade do investigado, foi sanada com a realização do exame de DNA de fls. 192/200, o qual de forma idônea forneceu a certeza (probabilidade de 99,999%) a respeito da paternidade biológica da apelada, não havendo que se falar em cerceamento e ou ofensa ao devido processo legal. IV - Recurso conhecido e improvido. Unânime. (TJMA - AC: 253572006 MA , Relator: ANILDES DE JESUS BERNARDES CHAVES CRUZ, Data de Julgamento: 27/12/2007, CAXIAS)

Em contrapartida, aqueles que se posicionam em sentido contrário, pregando ser impossível à desconstituição da paternidade socioafetiva, quando efetivamente evidenciada a relação de afeto entre pai e filho, argumentam que uma vez constituída a posse de estado de filho, esta é irrevogável, bem como deve se levar em conta os princípios do melhor interesse da criança e do afeto. Como exemplo tem-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. COMPROVAÇÃO DA VERDADE REGISTRAL E SOCIOAFETIVA QUE PREVALECE SOBRE A BIOLÓGICA. COMPROVAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA POR EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DO PAI REGISTRAL QUE FICOU EVIDENCIADA, A PONTO DE AFASTAR A VERDADE BIOLÓGICA. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do código civil. a retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente é possível quando há nos autos prova cabal de...(TJRS - AC: 70044880854 RS , Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 11/04/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/04/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDA. DESCONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO PELA NULIDADE DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO E CONSCIENTE DA PATERNIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO INEXISTENTE. REALIZAÇÃO DE TESTE DE PATERNIDADE POR ANÁLISE DE DNA. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE SÓLIDO VÍNCULO AFETIVO POR MAIS DE 23 ANOS. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA. DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE VEDADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. É irrevogável e irretroatável a paternidade espontaneamente reconhecida por aquele que tinha plena consciência de que poderia não ser o pai biológico da criança, mormente quando não comprova, estreme de dúvidas, vício de consentimento capaz de macular a vontade no momento da lavratura do assento de nascimento. A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica. (TJSC - AC: 50504 SC 2011.005050-4, Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 10/05/2011, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Lages)

Cabe ainda ressaltar, que recentemente, em 06/12/2012, o Supremo Tribunal Federal, em votação no Plenário Virtual, reconheceu a repercussão geral⁴¹ do tema que discute a prevalência, ou não, da paternidade socioafetiva sobre a biológica. A questão chegou à Corte por meio do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 692186, tendo como relator o Ministro Luiz Fux.

O processo se iniciou, por uma mulher que requereu a anulação de seu registro de nascimento feito pelos seus avós paternos como se estes fossem seus pais, e o reconhecimento da paternidade biológica. A intenção é ser declarada como herdeira também do pai biológico, que veio a falecer. Em primeira instância, a ação foi julgada procedente e este entendimento foi mantido pela segunda instância e pelo Superior Tribunal de Justiça.

No recurso interposto ao STF, os demais herdeiros do pai biológico alegam que a decisão do STJ, ao preferir a realidade biológica, em detrimento da realidade socioafetiva, sem priorizar as relações de família que têm por base o afeto,

⁴¹ A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a "Reforma do Judiciário". O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções

afronta o artigo 226, caput, da Constituição Federal, segundo o qual “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

7 CONCLUSÃO

O direito de família teve uma grande evolução no decorrer da história, na antiguidade preconizava-se um modelo da família patriarcal, centrada no matrimônio. Nesse passo com o decorrer dos anos, o direito de família chegou a concepção atual de que a família não é formada pelo matrimônio, mas sim pela presença do afeto.

Nesse diapasão, o processo evolutivo de valorização da família repercutiu diretamente na filiação, exigindo assim transformações no modo como era tratada a relação entre pais e filhos. Neste cenário, a teoria da Desbiologização da Paternidade do professor João Baptista Villela, se mostrou relevante, pois afastou a idéia restrita de que a paternidade é biológica, dando relevância a família formada pelos laços do amor.

Os filhos adquiriram condição de sujeito detentores de direitos, deixando de ser objeto, afastando qualquer tratamento diferenciado entre os filhos, independente da forma de sua concepção. Surge, portanto, a paternidade socioafetiva, que une pai e filho por laços de amor e respeito.

Para essa nova definição de paternidade, pai não é apenas a pessoa que gera e que tenha vínculo genético com a criança. Ser pai, antes de tudo é ser a pessoa que cria, instrui, ampara, dá amor, carinho, proteção, educação, enfim a pessoa que realmente exerce as funções próprias de pai em atendimento a criança.

Contudo, com o advento da paternidade socioafetiva, nasce à dúvida, tema central deste trabalho, há possibilidade ou não de desconstituir a paternidade socioafetiva?

Neste sentido o melhor entendimento não seria no sentido de dar prevalência a verdade biológica em detrimento da verdade do coração, pois em questões que envolvam a paternidade biológica e socioafetiva, o interesse da criança deve nortear a decisão.

Anote-se, que remeter a paternidade a configurações meramente biológicas, é retroceder ao conceito arcaico de “ser pai” distante, provedor e autoritário, desconsiderando seu conceito moderno que é pautado no afeto e no respeito.

Ressalte-se ainda que o afeto não decorre da herança genética que se recebe dos pais biológicos, mas sim da convivência e do respeito que é estabelecido entre pai e filho.

Por fim, torna-se inconcebível, em face dos princípios do melhor interesse da criança e do afeto, que uma criança que sempre conheceu um homem como sendo seu pai e com ele manteve uma relação paterno-filial, obtendo dele amor, carinho, se ver, de uma hora para outra, mediante verificação de inexistência do vínculo biológico, sem pai. Aliás, essa é a verdadeira paternidade, sem a qual não há que se falar em pleno desenvolvimento de uma criança.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Exame de Dna, filiação e direitos da personalidade**, In LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **Família e Solidariedade. Teoria e prática do direito de família: Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008.

BRASIL. **Código Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília DF: Senado, 1988.

_____. Lei Federal n.º 8.069/1990 **Estatuto da criança e do adolescente**. Brasília: Senado, 1990.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Paternidade socioafetiva e anulação de registro civil**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 4, p. 110-120, jun./jul. 2008.

_____. **Contestação de paternidade e a segurança da filiação**. Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

CAMPOS, Aparecida de Fátima Castro. **Manual de normalização de trabalhos acadêmicos**. 3 ed. Formiga. UNIFOR-MG, 2011.

CANEZIN, C.C; EIDT, F. F. **Filiação Socioafetiva: um passo do direito ao encontro da realidade**. Porto Alegre. Revista Síntese de direito de família, v 13, nº19, p.09-23, 2012.

CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O valor jurídico do afeto na atual ordem civil-constitucional brasileira**. 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/659>. Acesso em 02 de maio de 2013.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de família : Direito Civil**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

DILL, M. A. ; CALDERAN, T. B. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura%20&artigo_id=%209019. Acesso em 11 de abril de 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito de família**. vol. 6. 4 ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2012.

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

GALUPPO, Marcelo. **Da idéia à defesa: monografia e teses jurídicas**. 2 ed. Belo Horizonte. Mandamentos. 2008.

GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. **Princípio da paternidade responsável**. São Paulo, Revista de direito privado v. 5, nº 18, p 21-41, 2004.

JUNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior**. Porto alegre, v 8, n 39, p52-78, 2007.

JUSBRASIL. **Jurisprudências** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com/jurisprudencia>. Acesso em 29 de maio de 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito á origem genética: uma distinção necessária.** R. CEJ, Brasília, nº 27, p. 47-56, 2004.

..... **A paternidade socioafetiva e a verdade real.** Revista CEJ. Brasília, v.10, nº34, p.15-21, 2006.

MEDEIROS, Letícia Zanenga. **Paternidade Socioafetiva.** Porto Alegre. Direito e Justiça: Rio Grande do Sul, v25, nº27, p.107-138, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** Rio Janeiro, Forense, 2011.

NEVES, R. S; PENHA, J. B.; SOUZA, I. M.; FERNANDES, D. **O estado atual da filiação.** Porto Alegre. Revista Síntese de Direito de família. v. 14, nº71, p.98-117, 2012.

OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade sua desconstituição.** 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/680>. Acesso em 02 de maio de 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2012..

SENA, Suyane Lara Lopes Paes Landim. **A obrigação alimentar decorrente da paternidade socioafetiva baseada na posse do estado de filho.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10850>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Os efeitos do reconhecimento da paternidade sócio-afetiva.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8399>. Acesso em 10 de junho de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 29 de maio de 2013.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Paternidade socioafetiva.** Porto alegre. Revista IOB de direito de família. v.9, nº 46, p 90-97, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Jurisprudências**. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista Forense, n. 271, 1980, p. 45-51.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANNA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Esmeac, v. 18, nº 24, p. 511-536, 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva**. São Paulo. Revista do Direito privado. v. 4, nº14, p.11-117, 2003.

_____. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.