



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

JOSÉ JEFERSON DE OLIVEIRA GOMES

**A POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE
SOCIOAFETIVA FRENTE AO CÔNJUGE ENGANADO**

BACHARELADO
EM
DIREITO

CARATINGA – MG
2018

JOSÉ JEFERSON DE OLIVEIRA GOMES

**A POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE
SOCIOAFETIVA FRENTE AO CÔNJUGE ENGANADO**

Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

CARATINGA - MG

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetivo frente ao cônjuge enganado, elaborado José Jeferson de Oliveira Gomes foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

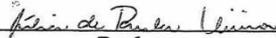
Caratinga 05 de DEZEMBRO 2018



Prof. Ivan Barbosa Martins



Prof. Juliana Ervilha Pereira Teixeira



Prof. Julia de Paula

DEDICATÓRIA

Dedico à minha família e a todos os amigos que me acompanharam até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por nunca ter me abandonado;

À minha família, pelo apoio constante;

A todos os professores e colegas que encontramos pelo caminho.

“Liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.

Barão de Montesquieu

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
1. FAMÍLIA E AFETIVIDADE.....	16
1.1 Evolução do Conceito de Família.....	16
1.2 Princípios do Direito de Família	20
1.3 Princípio da Afetividade	24
2. EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE PATERNIDADE.....	27
2.1 Paternidade no Código Civil de 1916.....	28
2.2 Paternidade no Código Civil de 2002.....	31
2.3 Paternidade Biológica, Registral e Sócioafetiva.....	33
3. DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA	37
3.1 Rompimento do Vínculo Afetivo	37
3.2 Desconstituição da Paternidade Sócioafetiva: Posicionamento dos Tribunais	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

RESUMO

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consolidou um marco muito importante no que diz respeito ao reconhecimento dos mais diversos tipos de aglutinações familiares. O ponto de partida do reconhecimento do núcleo familiar não é somente o laço sanguíneo ou as formalidades existentes, mas foi dado destaque à importância do laço afetivo, do amor, da solidariedade e da convivência. Desta forma, é possível a existência de paternidade afetiva, criando direitos e deveres do mesmo modo que a paternidade biológica. No entanto, com as mudanças oriundas dos núcleos familiares, os laços afetivos podem ser rompidos e construídos em outros sentidos, fazendo com que aquele compromisso e convivência paternal efetiva se desfça. O que se propõe é que seja analisada a possibilidade de desconstituição da paternidade afetiva, cessando as responsabilidades e vínculos conforme cessou o afeto de ambos os lados. Para tanto, buscou-se analisar a doutrina, legislação e jurisprudência brasileiras, a fim de se construir uma discussão para compreensão do tema.

Palavras-chave: família, paternidade afetiva, desconstituição de paternidade.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante que diferentes tipos de formações afetivas sejam considerados como família. Não é necessário o vínculo sanguíneo para que legalmente haja um reconhecimento do vínculo familiar.

No entanto, o que se destaca é que, o vínculo afetivo é formado pelo convívio e pelo laço afetivo recíproco. Caso haja encerramento desse laço recíproco, não há motivação para que se mantenha a paternidade. Destaca-se que no caso da descoberta de uma infidelidade, e o cônjuge foi enganado ao registrar a criança, o laço afetivo pode ser desfeito, possibilitando a desconstituição da paternidade

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a formação de família não ficou mais atrelada ao modelo convencional, não sendo necessário o laço sanguíneo para que se forme uma família, mas sendo considerado também o aspecto afetivo. Diante disso, passou-se a considerar juridicamente que laços afetivos eram o necessário para que se reconhecesse paternidade e vínculos familiares.

Assim sendo, considera-se como ganho social a análise do tema, pois traz a análise de possibilidade de desconstituição de paternidade de acordo com a realidade social. Como ganho jurídico está o ganho na compreensão dos efeitos jurídicos causados pela desconstituição da paternidade e suas implicações. Por último, os ganhos acadêmicos se caracterizam na análise de tema ligado a duas áreas importantes da ciência do Direito: Civil e Constitucional.

A fim de dar respaldo à pesquisa aqui descrita, apresenta-se como marco teórico os dizeres de Christiano Cassettari: “Se não há reciprocidade, como iremos estabelecer uma parentalidade que não estará, nunca mais, calcada no afeto? Entendemos ser um verdadeiro absurdo a imposição de uma parentalidade se não há mais afeto entre pais e filhos¹.”

¹ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva. Efeitos Jurídicos**. 2ª edição, São Paulo, atlas, 2015. p.67

Com base no afirmado, ainda se apresenta a decisão proferida pela 2ª turma Cível, no acórdão 786805 de 2014²:

APELAÇÃO CÍVEL - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - REGISTRO DE NASCIMENTO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - AUSÊNCIA DE VÍNCULO GENÉTICO - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA NÃO CONFIGURADA - ALIMENTOS - EXONERAÇÃO. 1. Provado que o autor não é o pai biológico do réu e que houve vício de consentimento no momento em que registrou o réu como seu filho natural, não havendo vínculo afetivo apto a caracterizar a paternidade sócio-afetiva, o registro de nascimento do réu deve ser retificado. 2. Não havendo relação de parentesco e não sendo reconhecida a paternidade sócio-afetiva, deve o autor ser exonerado da obrigação de pagar pensão alimentícia ao réu. 3. Deu-se provimento ao apelo do autor.

Nesta pesquisa utilizou-se a metodologia teórico-dogmática, com base em doutrina, jurisprudência e legislação, objetivando verificar a coerência do sistema jurídico e de seus elementos. O trabalho é interdisciplinar, pois envolve ramos do Direito Civil e Direito Constitucional.

O trabalho contará com três capítulos, onde o primeiro é relativo à afetividade na Constituição Federal; o segundo trata dos quesitos de constituição da paternidade na legislação brasileira; o terceiro capítulo aborda a desconstituição da paternidade quando o cônjuge for enganado, com base na utilização da má fé por parte da mãe e a jurisprudência concernente ao assunto.

² Acórdão n.786805, 20100210012815APC, Relator: SÉRGIO ROCHA, Revisor: FÁTIMA RAFAEL, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/05/2014, Publicado no DJE: 09/05/2014. Pág.: 114

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Os valores que permeavam a formação da família, até a segunda metade do Século XX, consideravam que a família se dava pelo casamento e que filhos legítimos seriam considerados somente aqueles que fossem fruto dessa união. Os demais eram considerados filhos ilegítimos (já que não faziam parte da união oficial de duas pessoas)³.

Observa-se que existia grande relevância ao ato matrimonial, seja no âmbito social quanto jurídico, pois este determinaria a situação dos filhos, já que os filhos oriundos da união oficial do casamento teriam seus direitos garantidos. Já os filhos considerados ilegítimos não teriam os mesmos direitos preservados, pois não eram originários de uma família, e sim, de uma relação extramatrimonial⁴.

Até aquele período, a importância era dada ao casamento, desprezando quase que por completo o aspecto biológico, ocorrendo assim uma discriminação para com os filhos então classificados como ilegítimos, incestuosos ou adúlteros, que da mesma forma que os oriundos do casamento, eram biologicamente filhos, mas mesmo assim, não poderiam ser considerados juridicamente da mesma maneira que os demais.

Com a promulgação da Constituição Federal da República de 1988, ocorreu grande mudança no Direito de Família, onde a entidade familiar recebeu uma nova conceituação, para efeito de proteção do Estado.

No que diz respeito à família, esta possui um capítulo constitucional próprio e uma notável proteção por parte da legislação. A partir do referido texto legal, em seu art. 226, ficam descritos os preceitos relativos à família, conforme se segue:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.12

⁴ CASTRO, A. M. O. de. **A família, a sociedade e o direito**. In: ELESBÃO, E. C. (Coord.). Pessoa, gênero e família: Uma visão integrada do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.90

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. ⁵

Pelo que se pode observar no texto da Constituição Federal supratranscrito, a instituição da família pode ser realizada tanto pelo casamento civil quanto pelo religioso com efeitos civis, ou pela união estável entre homem e mulher, ou até mesmo pela convivência um dos pais e seus filhos, onde se reconhece a família monoparental.

A partir da união de duas pessoas, forma-se uma família, e desta podem ou não advir filhos. A filiação tem proteção do Estado de forma integral, conforme o descrito no texto constitucional, em seu art. 227, § 6º, que diz:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. ⁶

§ 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. ⁷

⁵ BRASIL, Constituição Federal de 1988.

⁶ Idem.

⁷ Ibidem.

Desta forma, com a mudança proposta na Constituição Federal de 1988, já não existe distinção entre filhos legítimos ou ilegítimos, onde a antiga legislação reconhecia como legítimos os filhos frutos de um casamento e como ilegítimos os filhos oriundos de relações extramatrimoniais.

Imagine-se a seguinte situação hipotética em que um homem e uma mulher se casam, dessa relação nasce uma criança. Após alguns anos surge o divórcio e essa mãe contando com a guarda do filho menor, depois de um tempo vem a se casar novamente. Essa criança perde o contato com o pai biológico, mesmo sabendo de sua existência, tomando com seu pai o novo marido de sua mãe. Daí deriva duas paternidades, a biológica e a afetiva. E, com isso, surge nessa criança o desejo de não optar entre uma delas e sim de poder efetivar, a existência das duas concomitantemente. Eis que se faz necessário a aplicação da teoria da multiparentalidade⁸.

É de suma importância tratar de tal assunto uma vez que a família, com a constitucionalização e a nova roupagem do Direito Civil, passou a pautar-se na efetividade dos direitos garantidores do ser humano, almejando o bem de cada uma das pessoas integrantes da entidade familiar.

Com o intuito de atingir essa finalidade, o Estado resolve aderir à constitucionalização do Direito Civil, levando para o âmbito do Direito de Família princípios indispensáveis para o ser humano, consagrando, assim, os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade.

É fato que há novas estruturas parentais em surgimento, e que estas reclamam proteção jurídica. A parentalidade socioafetiva nasce pautada nos mais nobres sentimentos, sendo eles o amor, o cuidado, o respeito, o afeto. Surge de uma relação que não a sanguínea, mas tão profunda quanto à mesma, em que os laços afetivos prevalecem sobre os biológicos.

Para iniciar, é preciso compreender o conceito de filiação e sua mudança com o advento da Constituição Federal de 1988. José Bernardo Ramos Boeira conceitua “a filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, sendo designada, do ponto de vista dos pais, como relação de paternidade e maternidade”.⁹

⁸ LÔBO, P. **Direito Civil**: família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5

⁹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade. Posse de estado de Filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

O que se percebe com o supracitado é que a relação de filiação estabelecida entre pais e filhos está pautada no parentesco de maternidade e paternidade. Estes laços familiares podem ser de origem biológica ou sócio afetiva, não tratando apenas de filhos havidos de casamento ou relação estável, mas também de filhos adotados e oriundos de reprodução assistida.

Pode-se compreender, portanto, que alguns fatores são com relação à filiação vem mudando com o tempo. Como fatores primordiais dentro deste assunto podem ser destacados a dignidade da pessoa humana, a afetividade e o melhor interesse do menor. As considerações sobre o tema não podem deixar de considerar estes três itens.

Maria Helena Diniz destaca que a dignidade da pessoa humana e a afetividade são os princípios constitucionais mais representativos na solução de conflitos de família. Embora seja por ela respeitada e protegida, a dignidade humana não é criação da ordem constitucional, uma vez que esta consagrou o seu comando e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os fundamentos republicanos. Reforça-se assim, a presença de ambos os princípios como forma de reafirmar a revolução civil constitucional como paradigma jurídico contemporâneo, uma vez que através da inclusão dos mesmos houve uma interpretação voltada aos valores morais, abarcando as causas civilistas do direito, reafirmando que não melhor lugar para exercê-los se não dentro da unidade familiar¹⁰.

Dessa forma, leva-se em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana das partes envolvidas, que é concretizado com o reconhecimento dessas famílias que não seguem o padrão tradicional, visando à realização integral de seus membros. Rompeu-se com a primazia dos laços sanguíneos e patrimoniais em prol do vínculo afetivo.

Compelido pelos mais nobres sentimentos, sendo eles o amor, o cuidado, a atenção, se faz necessário o princípio da afetividade. A formação da família contemporânea não se justifica sem que apareça o afeto, afinal este é um elemento formador e estruturador da entidade familiar.

Mesmo com a falta de previsão na legislação vigente em nosso ordenamento jurídico, a sensibilidade dos juristas demonstra que a afetividade é

¹⁰ DINIZ, M. H. Curso de **Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p.51

um princípio implícito no nosso sistema. A Constituição Federal impõe um dever de “afetividade” dos pais em relação aos filhos e vice-versa, demonstrando que a figura dos mesmos é funcionalizadora, que necessita de um convívio cotidiano. É um princípio que origina os relacionamentos que geram relações jurídicas, finda por aproximar pessoas e com isso construir a base familiar, acrescentando a felicidade individual e coletiva. Não importa se os laços de parentesco sejam biológicos ou de outra origem, têm a mesma validade.

Mas com a possibilidade de paternidade afetiva, devido aos novos modelos de família assegurados pela legislação pátria, surge a necessidade de se analisar a situação e seus efeitos jurídicos à partir do momento em que o vínculo afetivo é desfeito, onde ambas as partes não reconhecem mais o parentesco por quebra do laço de afeto existido. Com vistas a isso, pergunta-se: qual a possibilidade de desconstituição da paternidade afetiva?

1. FAMÍLIA E AFETIVIDADE

Este estudo trata da possibilidade de desconstituição da paternalidade socioafetiva. Assim sendo, buscou-se analisar a questão a afetividade na Constituição Federal de 1988, desde seus aspectos gerais até o reconhecimento da parentalidade com base na afetividade.

1.1 Evolução do Conceito de Família

Desde o início dos tempos a família sempre foi responsável pela atenção para com as crianças e o cuidado de uns para com os outros, repassando hábitos e costumes sociais, pois neste convívio eram ensinadas as regras e normas de conduta da sociedade.

Jurandir Freire Costa¹¹ destaca que a partir da revolução industrial, no continente europeu houve uma desestruturação do modo de vida social vigente, as pessoas abandonavam as pequenas cidades e zonas rurais, e vieram procurar postos de trabalho nas cidades. Com a mudança do modo de produção fabril para o industrial, onde a força motriz humana foi substituída pelas máquinas. Assim sendo, por não se exigir mais força física para execução das tarefas nas fábricas, pois haviam máquinas para o serviço pesado, a mulher garantiu sua entrada no mercado de trabalho, mudando a estrutura da família.

O referido autor destaca:

O grupo familiar desta época tinha como objetivo a sobrevivência. No Brasil o desenvolvimento da família e a resolução dos problemas seguiu a mesma linha da Europa e Estados Unidos. A organização familiar no sistema colonial, a família funcionava como um epicentro do direito do pai que monopolizava o interesse da prole e da mulher, ou seja o pai detinha o poder familiar, era a ordem maior.

A função do pai na sociedade colonial brasileira era de guardião e protetor, que buscava adquirir e manter terras e escravos. Portanto, nessa sociedade só o homem adulto poderia assegurar e garantir a defesa dos bens, não podendo ter seu poder, prestígio e honorabilidade questionados, pois

¹¹ COSTA, Jurandir Freire. Ordem Médica e Norma Familiar. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004. pp. 157-158.

desestruturaria o núcleo familiar. Quanto aos demais membros restava a posição de submissão ao chefe pai, o qual assegurava e detinha o poder sobre as terras, os escravos a mulher e os filhos.

Analisando os dizeres de Ana Cristina Teixeira Barreto, com relação ao formato das famílias, encontra-se:

Baseadas em leis discriminatórias e exclusivistas que serviram de instrumento de consolidação da desigualdade e assimetria na relação entre homens e mulheres, as sociedades estabeleceram um patamar de inferioridade e submissão em relação ao homem, não somente na seara doméstica, no direito familiar, mas no cenário público, como, por exemplo, no mercado de trabalho, através do pagamento de remuneração inferior à percebida pelos homens pelo exercício de funções semelhantes ou da dupla jornada de trabalho. A discriminação também foi sentida nos espaços públicos e privados de poder que refletiam a tímida participação política das mulheres, quase sempre limitada ou proibida.¹²

Conforme foi mudando a realidade social, com o crescimento dos movimentos feministas e de luta de igualdade, foram surgindo as mudanças relativas aos direitos dos indivíduos, e em linhas gerais, aos direitos da família.

Diversos dispositivos legais foram sendo criados que ampararam o núcleo familiar e reestruturaram a forma como as famílias conviviam, mas foi a partir da Constituição de 1988 que o conceito de família foi ampliado e modernizado, todos os membros ganharam proteção igualitária perante ao Estado e a sociedade.

No entanto, já havia uma concepção da importância da família na formação da sociedade e da necessidade de proteção de seus membros de forma igualitária.

Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio consolidar a concepção de família já existente. Foram reconhecidos os valores já sedimentados e as uniões consideradas de fato, a igualdade entre os membros do núcleo familiar, a igualdade dos filhos, independente se havidos ou não no casamento, dentre outros.

Tais avanços legais podem ser considerados como uma evolução significativa no Direito de Família, considerando-se que houve o reconhecimento

¹² BARRETO, Ana Cristina Teixeira. A Constituição de 1988 é um Marco contra a Discriminação. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acessado em 21 de setembro de 201.

dos diversos tipos de família, que já existia de fato, atentando para as novas modalidades de família que surgiram.

Destaca-se que essa nova perspectiva do Direito de Família imbuiu novos valores e princípios de caráter de maior abrangência, ressaltando direitos de ordem fundamentais, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, que consta no art. 1º da Constituição de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)¹³

Outros pontos importantes destacados nessa nova perspectiva são a isonomia (art.5º, I), onde há o reconhecimento de igualdade de direitos e deveres independente de sexo, e o tratamento jurídico igualitário que deve ser destinado aos filhos, qualquer que seja sua origem; a solidariedade social (art.3º, I) e a dimensão jurídica dada à afetividade.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz¹⁴, o Direito de Família moderno trouxe diversos princípios inovadores, concernente ao matrimônio e à união estável, elevando o convívio conjugal e a relação afetiva como necessário para estabelecimento de direitos para ambos os cônjuges.

Ainda de acordo com a autora supracitada, ocorreu também o estabelecimento da igualdade jurídica dos cônjuges e de todos os filhos, princípio da pluralidade familiar, fazendo o reconhecimento da união estável e de família formada por um dos pais e os filhos, além do princípio da consagração do poder familiar, fazendo substituição do marital ou paterno, o princípio da liberdade, dando aos cidadãos o poder de constituir uma comunhão familiar, seja contraindo um casamento ou estabelecendo união estável.

Quando se trata do princípio da Liberdade, Maria Helena Diniz¹⁵ destaca:

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.23

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.35

O princípio da liberdade refere-se ao livre poder de formar comunhão de vida, a livre decisão do casal no planejamento familiar, a livre escolha do regime matrimonial de bens, a livre aquisição e administração do poder familiar, bem como a livre opção pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole.

O que se pode perceber é que a Constituição de 1988 trouxe inovação na forma de compreensão da instituição familiar, não sendo necessário um casamento formal, mas podendo acontecer por meio de união estável entre homem e mulher, podendo assim, ser mais facilmente convertido em casamento por instrumento de lei, conforme descrito no art. 226:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações¹⁶.

O dispositivo supracitado traz claramente a condição dada às famílias, e a proteção que o texto constitucional oferece, pois reconhece que a família é uma entidade independente das limitações de aspectos formais, podendo passar-se a considerar como família pessoas que não possuem laços sanguíneos, mas afetivos.

Maria Helena Diniz¹⁷ destaca que “o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas”.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007. v.5.p. 515.

Por fim, o que passou a ser considerado é que a união entre pessoas que se amam, a partir de determinada duração, pode ser reconhecida como determinação de núcleo familiar, havendo laços sanguíneos, afetivos ou comunhão de interesses. Ressalta-se por lei a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges na sociedade conjugal e o tratamento igualitário que deve ser dado aos filhos.

1.2 Princípios do Direito de Família

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto a obrigatoriedade do Estado em promover ações e serviços a fim de proporcionar a proteção dos direitos dos cidadãos de forma ampla, com vistas à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana engloba situações diversas, inclusive a liberdade e a solidariedade, mesmo havendo princípios específicos para estas situações.

Analisando os dizeres de Kildare Gonçalves de Carvalho¹⁸, pode-se compreender que a Constituição Federal de 1988 foi criada para funcionar como um sistema aberto de regras e princípios, a exemplo do sistema jurídico brasileiro, que não pode se estruturar somente no direito positivo (só em regras ou só em princípios).

Com relação ao que são os princípios constitucionais, De Plácido e Silva¹⁹ apresenta o seguinte parecer:

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios relevam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. (...) princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito.

Pelo descrito, pode-se compreender que os princípios são norteadores da lei, desde seu surgimento até sua aplicação, pois servem de base para o Direito,

¹⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 19ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.p.573.

¹⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1993. p.447.

a fim de se proteger direitos individuais e coletivos. Por isso, considera-se de suma importância esclarecer a aplicação prática dos princípios da liberdade e da solidariedade.

A liberdade, conforme destacado por Dimas Messias de Carvalho²⁰, é um dos mais importantes princípios do Direito de Família, e encontra-se realçado no Código Civil de 2002, em seu art.1.513²¹: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. É permitida a livre formação familiar e a decisão de planejamento familiar de acordo com a vontade das partes.

Ainda de acordo com Dimas Messias de Carvalho²², o princípio da liberdade é:

Inquestionável, diante dos novos conceitos e ideais de família moderna, sob a proteção dos princípios constitucionais, notadamente da liberdade, o reconhecimento da entidade familiar nas uniões homoafetivas e mesmo nas famílias simultâneas. Em consequência, deve a escolha ser respeitada e a entidade familiar receber o manto da legalidade, aplicando-se às regras protetoras da união estável, permitindo aos parceiros usufruir dos benefícios proporcionados no plano da lei e na esfera das relações sociais, vedando a discriminação pela opção sexual ou modelo de família, e preservando a dignidade da pessoa humana.

Pelo exposto, a aplicação prática do princípio da liberdade é garantir as liberdades descritas na legislação pátria, a exemplo da Constituição Federal e do Código Civil, como já citado o direito ao planejamento familiar e outras situações como escolha do regime de bens, aquisição e administração do patrimônio familiar, escolha da formação dos filhos (cultural, educacional e religiosa), dentre outros.

Esse princípio é aplicado ao Direito de Família, conforme afirma Paulo Lôbo²³:

A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão

²⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4ª edição, Saraiva: São Paulo, 2015. p.104.

²¹ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 30 de setembro de 2018.

²² CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4ª edição, Saraiva: São Paulo, 2015.

²³ LÔBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acessado em 02 de novembro de 2018.

a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil de 2002, o que não significa que se alcançou a dimensão ideal da solidariedade, impondo pugnar-se por avanços legislativos.

Desta forma, o princípio da solidariedade aplica-se ao núcleo familiar no que diz respeito à solidariedade recíproca que deve existir entre os cônjuges e companheiros, bem como toda e qualquer assistência moral e material. O lar é um local de assistência, cooperação, cuidado e solidariedade civil. No que diz respeito aos filhos, o princípio da solidariedade exige que estes devem ser cuidados até à idade adulta, sendo a família responsável por sua formação social, educação e instrução.

Tão importante para o Direito quanto o princípio da liberdade é o solidariedade. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, este princípio era concebido do ponto de vista ético e moral. Visto em sentido amplo, o princípio da solidariedade pode ser encontrado no art. 3º, inciso I. Enquanto um dos objetivos fundamentais da República, o texto constitucional descreve: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

Esse princípio traz implícito que para que haja solidariedade há necessidade de cumprimento de contrapartida, como por exemplo, nos pagamentos de impostos, que de maneira geral, serão revertidos para a sociedade. Mas além da aplicação geral do princípio da solidariedade, este também pode ser aplicado no Direito de Família.

Neste sentido, pode-se citar os dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira²⁴, que afirma:

A solidariedade é o princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.

Esta solidariedade em termos familiares encontra-se no art. 229 da Constituição Federal de 1988, fazendo com que os pais cuidem dos filhos

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família**. 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2006. p.93.

menores e que os filhos maiores se solidarizem com os cuidados aos pais idosos na velhice e o art. 230 aduz ser dever da família, Estado e sociedade garantir que crianças e adolescentes tenham prioridade de direitos.

Dimas Messias de Carvalho²⁵ ainda aborda essas questões, dizendo:

No direito de família, entretanto, por sua própria natureza, que entrelaça comunhão de vidas e afetividade, é onde se aplica na plenitude o princípio da solidariedade, não somente materialmente, mas também afetivamente, nos cuidados, na proteção, no auxílio mútuo.

Por fim, além de ser expresso no Código Civil de 2002, abordando o dever recíproco de solidariedade entre parentes na prestação de alimentos, na vida comum dos cônjuges, ainda pode-se dizer que a solidariedade expressa no ordenamento jurídico é atrelada ao auxílio mútuo, assistência, amparo e proteção de uns para com os outros.

Em termos de aplicação prática, ainda se pode trazer os dizeres de Maria Berenice Dias²⁶, que afirma que: “Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual.”

Outro ponto importante a se considerar é a liberdade de tratamento isonômico no ambiente familiar, trazendo esse redimensionamento do conceito de família. Ainda é assegurado o direito de constituição de relação estável, de casamento e de divórcio, da composição da família com base na afetividade.

Maria Celina²⁷ aborda essas questões relacionadas aos princípios da solidariedade e liberdade e sua aplicação nas situações do âmbito familiar:

Não se trata (...) somente de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social ou vice-versa: o princípio cardinal do ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas consequências perante terceiros, de sua valoração

²⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4ª edição, Saraiva: São Paulo, 2015. p. 115.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.64.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABsacAF/pricipio-solidariedade-maria-celina-bodin-moraes>. Acessado em 03 de novembro de 2018.

em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida.

Diante de situações em que a justiça precise proferir decisões sobre conflitos envolvidos em prejuízos à liberdade e à solidariedade, se faz necessário que se busque os princípios constitucionais como norteadores das decisões relativas ao direito privado. Por fim, destaca-se que o direito civil constitucional é um método interpretativo que auxilia o juiz a trabalhar o conceito de autonomia, flexibilizando a aplicação de letra fria da lei nos limites da solidariedade.

1.3 Princípio da Afetividade

Nos dizeres de Maria Helena Diniz²⁸, as inovações do Direito de Família moderno apresentaram diversos princípios inovadores, como o princípio *ratio* relativo ao matrimônio e à união estável, sendo imprescindível o convívio conjugal e a relação afetiva como condição indispensável para estabelecimento de direitos.

Gustavo Tepedino²⁹ assevera:

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido a arte e a virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, percebeu-se grande mudança no Direito de Família, pois a família passou a receber uma nova conceituação, para efeito de proteção do Estado.

No que diz respeito à família, esta possui um capítulo próprio e uma notável proteção por parte da legislação. A partir do referido texto legal, em seu art. 226, ficam descritos os preceitos relativos à família, conforme se segue:

²⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P.64

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.³⁰

Com essa mudança proposta pela Constituição Federal de 1988 passou a não existir distinção diante do laço biológico com o afetivo. O importante passou a ser a existência do amor, que é uma faculdade, e não uma obrigação, há a existência da relação jurídica entre os entes da família.

Pode-se considerar que o vínculo afetivo seja atrelado ao princípio da solidariedade, enquanto princípio constitucional. No ambiente familiar a solidariedade não pode ser esquecida, conforme afirmado por Farias e Rosenvald³¹ que afirmam que "(...) a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional".

Nesta perspectiva da solidariedade é indispensável compreender que é indispensável o estabelecimento de laços afetivos, convivência no mesmo espaço físico e compartilhamento de experiências para que haja o sentimento de vínculo familiar. Ainda de acordo com Farias e Rosenvald³², o afeto é uma

³⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988.

³¹ FARIAS, Luciano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. P.25

³² Idem, p.26.

característica de uma entidade familiar pautada na solidariedade, onde não é permitido a violação de nenhum membro do círculo familiar possa quebrar essa corrente de afeto.

O que se percebe é uma tendência dos juristas em compreender que a afetividade é um princípio implícito no nosso sistema. A Constituição Federal impõe um dever de “afetividade” dos pais para com seus filhos e vice-versa, e da necessidade de um convívio cotidiano. Esse princípio fundamenta os relacionamentos que geram relações jurídicas, que acaba por aproximar pessoas e estruturar a base familiar, somando a isso a felicidade individual e coletiva. Independente dos laços de parentesco serem biológicos ou de outra origem, têm a mesma validade. Para Paulo Lôbo:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. (...) O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o Direito de Família é a capacidade de ver a pessoa em toda a sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais³³.

Com base no supracitado, percebe-se que a família atual tem sua estrutura embasada no afeto. Destaca-se trecho do inteiro teor de acórdão do Supremo Tribunal de Justiça:

O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico³⁴.”

Neste sentido, se passa a analisar questões inerentes à família, como é o caso da filiação e das questões registrais, afetivas e laços sanguíneos.

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: Uma distinção necessária”, in *Revista de Direito de Família*, nº 19, ago-set.2003, Porto Alegre: Síntese, p.141.

³⁴ STJ, REsp n. 945.283, Rio Grande do Norte. Rel. Luis Felipe Salomão, j. em 05/09/2018.

2. EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE PATERNIDADE

O que se percebe com o supracitado é que a relação de filiação estabelecida entre pais e filhos está pautada no parentesco de maternidade e paternidade. Estes laços familiares podem ser de origem biológica ou socioafetiva, não tratando apenas de filhos havidos de casamento ou relação estável, mas também de filhos adotados e oriundos de reprodução assistida.

Pode-se compreender, portanto, que alguns fatores são com relação à filiação vem mudando com o tempo. Como fatores primordiais dentro deste assunto podem ser destacados a dignidade da pessoa humana, a afetividade e o melhor interesse do menor. As considerações sobre o tema não podem deixar de considerar estes três itens.

A dignidade da pessoa humana e a afetividade são os princípios constitucionais mais representativos na solução de conflitos de família. Embora seja por ela respeitada e protegida, a dignidade humana não é criação da ordem constitucional, uma vez que esta consagrou o seu comando e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os fundamentos republicanos. Reforça-se assim, a presença de ambos os princípios como forma de reafirmar a revolução civil constitucional como paradigma jurídico contemporâneo, uma vez que através da inclusão dos mesmos houve uma interpretação voltada aos valores morais, abarcando as causas civilistas do direito, reafirmando que não melhor lugar para os exercer se não dentro da unidade familiar.

Compelido pelos mais nobres sentimentos, sendo eles o amor, o cuidado, a atenção, se faz necessário o princípio da afetividade. A formação da família contemporânea não se justifica sem que apareça o afeto, afinal este é um elemento formador e estruturador da entidade familiar.

Mesmo com a falta de previsão na legislação vigente em nosso ordenamento jurídico, a sensibilidade dos juristas demonstra que a afetividade é um princípio implícito no nosso sistema. A Constituição Federal impõe um dever de “afetividade” dos pais em relação aos filhos e vice-versa, demonstrando que a figura dos mesmos é funcionalizadora, que necessita de um convívio cotidiano. É um princípio que origina os relacionamentos que geram relações jurídicas, finda por aproximar pessoas e com isso construir a base familiar,

acrescentando a felicidade individual e coletiva. Não importa se os laços de parentesco sejam biológicos ou de outra origem, têm a mesma validade. Para Paulo Lôbo:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. (...) O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o Direito de Família é a capacidade de ver a pessoa em toda a sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais³⁵.

Isso posto, passa-se para a análise do princípio do melhor interesse do menor, que preceitua ser a criança e o adolescente sujeitos de direitos, como pessoas em desenvolvimento e dotadas de dignidade. Tal princípio deve ser reconhecido como base para o Direito de Família, visando proteger aqueles que não o fazem por si só. Com isso o Estado, a sociedade e a família devem respeitá-los e tratar seus direitos como prioridade.

Com sua efetividade, o menor se torna merecedor da tutela especial do ordenamento jurídico, adquirindo prioridade em relação aos demais membros do núcleo familiar em que se encontra inserido. Assim, afirma Fachin:

O amor e os laços afetivos entre o pai e a criança; a habitualidade do pai de dar à criança amor e orientação; o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; a habilidade do guardião de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai. Tais considerações, essencialmente subjetivas, são indicadores que conduzem o juiz à descoberta do que lhe parece ser o melhor interesse do menor em cada caso concreto³⁶.

2.1 Paternidade no Código Civil de 1916

A palavra filiação, de acordo com o dicionário Aurélio, pode ser entendida como a relação de parentesco que é estabelecida pessoas que concederam vida a um humano e esta pessoa.

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: Uma distinção necessária”, in *Revista de Direito de Família*, nº 19, ago-set.\2003, Porto Alegre: Síntese, p.141.

³⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade – Relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.98.

Em termos sociológicos, pode-se compreender a filiação como o resultado das vontades interpessoais na perpetuação da espécie humana. De acordo com Maria Cláudia Brauner:

O acontecimento da reprodução significa algo mais do que a mera comprovação de maturidade sexual e de fertilidade, ele estabelece uma nova etapa na vida adulta quando a responsabilidade pelo destino deste novo ser torna-se um dever, frente à família e a sociedade.³⁷

Desta forma, compreende-se que a filiação é embasada na procriação, destacando o fator natural ou consanguíneo existente entre genitor e gerado. Assim se estabelecia a relação de parentesco entre pais e filhos, ressaltando que anteriormente à Constituição Federal de 1988 ainda existia uma hierarquia familiar que deveria ser pai, mãe e filhos.

Assim sendo, pode-se destacar que a filiação, fosse ela legítima ou ilegítima, era definida pela situação jurídica dos pais. De acordo com José Bernardo Ramos Boeira:

Extremando-se os filhos gerados por pessoas casadas - filhos legítimos - daqueles provenientes de relações extramatrimoniais - filhos ilegítimos -, derivando daí histórica e odiosa discriminação, justificada pela proteção legislativa à chamada família legítima estabelecida pela união matrimonializada, em detrimento dos filhos nascidos de relação extraconjugal.³⁸

O sistema jurídico brasileiro fazia distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, fazendo distinção no registro civil fazendo com que os indivíduos fossem vítimas de discriminação.

O Código Civil de 1916 tinha uma concepção das questões relacionadas à paternidade muito primitivas, fazendo distinção entre os filhos havidos fora e dentro do casamento. Não havia proibições sobre a possibilidade de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Posteriormente, o Congresso Nacional acrescentou a possibilidade da investigação com base no cunho moral e na manutenção do nascimento, mas

³⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito da Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

³⁸ BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de Paternidade. Posse de estado de Filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

mesmo assim, as repercussões sobre o tema eram negativas, haja vista que a verdade registral era voltada para os filhos considerados legítimos (havidos dentro do casamento) e os havidos em relação extraconjugal eram considerados “filhos adúlteros”.

Ainda eram previstas no Código Civil de 1916 algumas presunções relativas à filiação, considerando que a mãe era aquela que paria e que o pai deveria o marido, de maneira que o registro da criança era imutável e eficaz como prova de paternidade.

Com relação aos filhos, de acordo com o Código Civil de 1916, a questão da filiação era tratada com muita limitação, pois eram considerados filhos legítimos (havidos no casamento) e filhos ilegítimos (havidos fora do casamento, bastardos ou adúlteros). O reconhecimento dos filhos ilegítimos era a única possibilidade prevista no Código Civil de 1916, e por sua vez, os filhos adúlteros só teriam o reconhecimento garantido com a dissolução da sociedade conjugal, ou até mesmo durante o casamento se fosse por meio de testamento cerrado.

Antônio Elias Queiroga³⁹ destaca:

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

Contudo, com o passar do tempo esse rol taxativo foi sendo enfraquecido, passando-se a adotar o regime de livre propositura. É importante que se compreenda que a presunção de paternidade no Código Civil de 1916 recebeu influência nos critérios de Napoleão Bonaparte, fazendo com que o art. 108 do referido diploma legal já fora criado de maneira ultrapassada.

As dificuldades em realizar o reconhecimento da paternidade como meio de determinar a filiação, além dos conceitos de que a mulher era submissa ao

³⁹ QUEIROGA, Antônio Elias. Curso de Direito Civil – Direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.212.

marido e que não seria possível à mulher ter um filho que não fosse do casamento.

O reconhecimento dos filhos ilegítimos poderia ser realizado tanto pelo pai quanto pela mãe, mas não seria possível reconhecer os filhos adulterinos, conforme artigos 355 e 358 do Código Civil de 1916⁴⁰:

Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

(...)

Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.

Ainda de acordo com o referido diploma legal, em seus artigos 352 e 359⁴¹, eram descritos os reflexos referentes ao reconhecimento de filiação:

Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.

(...)

Art. 359. O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Assim sendo, diversas proposições trazidas pelo Código Civil de 1916 foram estabelecidas transcrições ultrapassadas de outros dispositivos para a sociedade da época.

2.2 Paternidade no Código Civil de 2002

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 a família passou a ser considerada importante célula da sociedade civil que se destina à proteção da sociedade. Outro aspecto importante é o caráter afetivo, que independente da existência de laço sanguíneo, é considerado como o meio que une os pais a seus filhos.

Atualmente não ocorre mais qualquer distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, tanto pelo amparo legal dado à família e aos filhos, quanto pela forma

⁴⁰ BRASIL. Lei 3.071 de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Revogado pela lei 10.406 de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acessado em 23 de setembro de 2018.

⁴¹ Idem.

como a família se legitima, que não se dá somente através do casamento, mas também do laço afetivo, e que os filhos, seja qual for sua origem, tem direito de convivência com os pais.

Nesta linha de raciocínio é possível perceber que a Constituição de 1988 rompeu o preconceito e colocou em pé de igualdade os filhos havidos no casamento e aqueles que não são frutos de relações matrimoniais. Ainda de acordo com José Bernardo Ramos Boeira: “A nova diretriz constitucional assegurou não somente a igualdade dos filhos” como também a tutela de núcleos familiares monoparentais, formado por um dos descendentes com os filhos (art.226,4º), e extramatrimoniais (art.226, 3º)”⁴²

No entanto, há de se ressaltar que somente com o advento da Lei nº 8.560/92 é que ficou regulamentada a igualdade entre os filhos, já que houve a proibição de distinção do indivíduo, pela sua origem, no seu registro civil, podendo qualquer pessoa maior de idade e capaz de registrar um filho em cartório sem que houvesse o fator legitimidade matrimonial.

Há de se ressaltar, inclusive, que é cada vez mais comum a adoção de crianças por casais que não podem ter filhos. Além do que, com os avanços da ciência, mulheres que não poderiam ter seus próprios filhos podem engravidar por inseminação artificial realizada com óvulos de doadoras. Não existe nestes casos que se questionar legitimidade, mas sim o vínculo afetivo entre pais e filhos.

O Código Civil de 2002, em concordância com o que diz a Constituição Federal, prevê a igualdade entre os filhos, sejam de matrimônio, de união estável ou de outras situações.

Diante do exposto, pode-se perceber que existe um foco no caráter sócio afetivo da relação entre os pais e entre esses filhos, em detrimento do fator biológico. Não que o fator biológico não seja importante, mas é que ele não é mais o fator determinante da filiação.

Quando se trata da filiação apenas no aspecto genético ou biológico, considera-se a carga genética doada dos pais para seus filhos. Quando se aborda a filiação a partir do aspecto sócio afetivo, o que se destaca é a relação

⁴² Idem.

jurídica de afeto, sentimentos, cuidados e amor desenvolvidos entre pais e filhos na vida cotidiana.

Para Sílvio de Salvo Venosa:

Assim como na adoção, a paternidade deve ser vista como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como fenômeno biológico e científico, sob pena de revivermos odiosas concepções de eugenia que assolaram o mundo em passado não muito remoto. Nesse sentido a doutrina se refere-se à paternidade socioafetiva.⁴³

O legislador buscou não estabelecer a filiação somente pelo vínculo de sangue, mas deve considerar a relação entre pais e filhos, de amor, afeto e cuidado.

Dentro desta evolução do conceito e caráter da filiação, existem alguns critérios que devem ser considerados, e que serão tratados nos tópicos a seguir.

2.3 Paternidade Biológica, Registral e Sócioafetiva

A paternidade, de acordo com o ordenamento jurídico nacional, pode ser vislumbrada sobre três prismas: biológico, registral e sócioafetivo. Neste sentido, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald dissertam que:

Desde o Código de Hamurabi, a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar casamentária. É um verdadeiro exercício de lógica aplicada: considerando que as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como admitindo a exclusividade (decorrente da fidelidade existente entre elas) dessas conjunções carnis entre o casal, infere-se que o filho nascido de uma mulher casada, na constância das núpcias, por presunção, é do seu marido.⁴⁴

Na legislação brasileira, ainda é possível encontrar os critérios de filiação no Código Civil de 2002, em seu art. 1.597, onde está escrito:

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;

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.588.

- 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.⁴⁵

Com os avanços no ramo da ciência e no estudo do genoma humano, essa presunção se relativizou ao ponto de ser flexibilizada em casos de julgamento de casos de presunção de paternidade, passando-se assim, a admitir prova em contrário, inclusive tratando de determinar a quem compete o ônus da prova da paternidade.

Desta forma, cabe ao suposto pai provar a não paternidade, podendo utilizar para isto uma ação negatória. Já no inciso II do art. 1597 fica expresso que após 300 dias corridos do nascimento da criança, ao réu incumbirá provar sua não paternidade em sede de ação de reconhecimento de paternidade.

Nos dizeres de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald “sem dúvida, foi um golpe mortal na importância do critério jurídico-filiatório – que se afasta, por completo, da verdade biológica”.⁴⁶

O laço biológico entre pais e filhos se inicia na concepção, pois a partir do momento em que o embrião se forma e inicia o desenvolvimento no útero da mãe, já possui uma carga genética proveniente de seus genitores, não importando se sua formação se deu por meio de ato sexual ou de fertilização *in vitro*.

O critério biológico se manifesta de diversas maneiras nos filhos, seja nos traços físicos ou nos de personalidade.

Neste sentido, Maria Berenice Dias destaca que:

Até hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filho, a referência é a verdade genética. Em juízo sempre foi buscada a chamada verdade real, sendo assim considerada a relação de filiação decorrente do vínculo de consanguinidade.⁴⁷

⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 de outubro de 2018.

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.588.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.356

Em outra linha de pensamento existem estudiosos que consideram que o exame de DNA seja passível margem de erro e de fraudes. No entanto, Maurício Cavallazzi Póvoas assevera que:

Não obstante, os erros de análise de DNA ocorreram, em sua maioria, no início da utilização desta técnica e, sobretudo, por conta de erros laboratoriais. Com o passar do tempo e o aprimoramento dos profissionais e equipamentos, tornou-se quase impossível a ocorrência de exames de DNA com resultados eivados de erro.⁴⁸

Diante do exposto, pode-se compreender que o ordenamento jurídico pátrio se posiciona de maneira a presumir o exercício da imputação de paternidade pelo reconhecimento do vínculo biológico.

Coexistem a razão e a afetividade no âmbito da formação íntima do indivíduo, sem, contudo, haver entre elas quaisquer conflitos. Ao contrário, trata-se de duas forças motrizes que impulsionam o desenvolvimento do ser humano em formação para atingir, mais tarde, a plenitude.

De acordo com estudos relacionados à psicanálise, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald destacam que foi possível constatar que a figura paterna é funcionalizada, ou seja, é construída ao longo do convívio diário, não sendo necessário laço genético.

Ainda sobre a afetividade, Rodrigo da Cunha Pereira (1999) defende que a filiação:

(...) constitui, segundo a Psicanálise, uma função. É essa função paterna exercida por um pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção (...), enfim, aquele que exerce a função de pai.⁴⁹

O critério da verdade afetiva se baseia no fato de que uma pessoa pode usufruir do status de filho de outra mesmo que essa não seja a realidade legal

⁴⁸ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade**: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. 1 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p.50

⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). **Família e Solidariedade**: Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: IBDFAM Lumen Juris, 2008. p.127.

ou biológica. Orlando Gomes complementa esse raciocínio afirmando que ser filho é "ter de fato o título correspondente, desfrutar as vantagens a ele ligadas e suportar seus encargos. É passar a ser tratado como filho".⁵⁰

Dentro do critério da afetividade, devem ser considerados três requisitos: *nominatio*, *tractatus* e *reputatio*. No que diz respeito ao *nominatio*, considera-se que o filho tenha o sobrenome do pai; a *tractatus* é ser tratado, considerado e educado como filho; a *reputatio* é possuir reputação, sendo considerado pela sociedade onde está inserido como filho da família. Pelos doutrinadores são considerados diferentes graus de importância a cada um desses requisitos, de maneira que em alguns casos são dispensáveis os nomes, sendo necessário somente à reputação e a convivência.

Mesmo diante do exposto, é importante considerar que o requisito de maior importância para o tratamento entre pai e filho é a conduta que o pai dispensa ao filho, oferecendo-lhe o indispensável para sua sobrevivência, educação, instrução e aquilo que for necessário para a construção da sua personalidade enquanto ser humano.

Contudo, encontra-se certa dificuldade em estipular o momento em que a relação afetiva se iniciou na filiação. Para alguns doutrinadores é necessário mostrar o laço afetivo somente quando se inicia a discussão da filiação. Nesta linha de pensamento, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2011) preconizam:

O importante é provar que o afeto esteve presente durante a convivência, que o afeto foi elo que entrelaçou aquelas pessoas ao longo de suas existências. Equivale a dizer: que a personalidade do filho foi firmada sobre aquele vínculo afetivo, mesmo que, naquele exato instante, não exista mais.⁵¹

Diante do exposto, compreende-se que a comprovação da filiação afetiva pode ser produzida por quaisquer meios aceitos pelo Direito, desde que estejam presentes os princípios da convivência familiar.

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Direito de família**, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.617.

3. DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA

Ao abordar a questão da paternidade socioafetiva, é preciso compreender que ela está ligada ao fator afetividade: o tratamento de uma pessoa como se fosse filho, mas sem a existência de vínculo afetivo. Com base nessa realidade, é muito comum observar casais em que o novo namorado, movido pelo amor, resolve registrar o filho da mulher proveniente de um relacionamento anterior como se fosse dele. É um laço familiar construído pelo afeto. Contudo, ao término do relacionamento, a relação paterno-filial fica comprometida.

Desta forma, surgem diversos questionamento sobre a possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva. É preciso compreender que não é uma ação negatória de paternidade, mas de anulação de registro civil. Ao contrário da ação negatória de paternidade, que tem por objetivo de desconstituir o vínculo biológico pelo reconhecimento de paternidade, que na realidade inexistente; a anulatória de registro civil é relativa a uma situação em que há consciência da inexistência do vínculo biológico, mas mesmo assim, faz o registro do filho como se fosse seu.

Por isso, ao fim do vínculo afetivo, o pai que realizou o registro sente que cessa o vínculo paterno, desejando a anulação do registro da filiação, com o encerramento da paternidade sócioafetiva. Assim sendo, este capítulo visa analisar essa possibilidade.

3.1 Rompimento do Vínculo Afetivo

Com relação ao poder familiar e os laços de afetividade, estes estão ligados de maneira direta, haja vista que o dever de cuidar e proteger aos filhos, agindo sempre em prol do melhor interesse do menor, é imbuído não só de obrigatoriedade, mas também de afeto.

Maria Berenice Dias⁵² salienta que o exercício dos deveres dos pais não é condicionado à convivência marital dos cônjuges. As prerrogativas

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P.380.

relacionadas ao poder familiar são relacionadas ao cuidado com os filhos, não ao convívio de marido e mulher.

Outro ponto interessante a ser destacado é que o poder familiar não é relativo apenas à paternidade biológica, mas também afetiva, e possui as mesmas características, que são a inalienabilidade, irrenunciabilidade, intransmissibilidade e imprescritibilidade. Por não ser fundada no aspecto genético, mas no afeto, com a relação de pais e filhos embasada no amparo financeiro e psicológico, como deve ser na relação familiar pautada no vínculo biológico. Essa prerrogativa pode ser encontrada no art. 1593 do Código Civil de 2002⁵³: “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Por sua vez, Maria Berenice Dias⁵⁴ traz a diferenciação entre pai e genitor, dizendo que genitor é aquele que tem exclusivamente o vínculo biológico, sua função foi somente gerar o filho, enquanto pai é aquele que cuida, não sendo necessária a existência de vínculo biológico, mas do laço afetivo.

A filiação socioafetiva pode ser apresentada de formas distintas, podendo ser por meio de adoção, reprodução assistida heteróloga, dentre outras. Nos dizeres de Paulo Lôbo⁵⁵, três aspectos devem ser considerados para caracterização da filiação sócioafetiva:

(...) *tractus* (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, e esta trata aqueles como seus pais), *nomen* (a pessoa porta o nome da família dos pais) e *fama* (imagem social ou reputação: a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade; ou as autoridades assim a consideram).

De acordo com a doutrina, faz-se necessário que estes três fatores estejam presentes :*tractus*, *nomen* e *fama*, sendo indispensável a existência do *tractus*, que é o tratamento entre pai e filho e a reputação, *fama*, que é ser reconhecido como filho.

Ressalta-se que o vínculo afetivo entre pai e filho para configuração de paternidade sócioafetiva deve ser contínua e duradoura, devendo ser efetivada

⁵³ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P.383.

⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2010. P.234

por um período razoável de tempo. Os chamados “filhos de criação”, mesmo não possuindo vínculo sanguíneo, são tratados como se filhos fossem, com a devida presunção de paternidade sócioafetiva.

Alguns doutrinadores, como Maria Berenice Dias⁵⁶, trazem o conceito de “adoção à brasileira”, com o reconhecimento registral de um filho com quem não possui laço sanguíneo, sendo considerada uma adoção irrevogável. Realizar o reconhecimento voluntário em registro público não deve ser pautado em origem genética, mas no ato espontâneo da pessoa em realizar o reconhecimento afetivo do filho. Isto posto, considera-se que o arrependimento de tal ato seja inadmissível, sendo este um ato jurídico *stricto sensu*, salvo exceções previstas em lei.

Diversas decisões judiciais apontam para um novo fato que não pode ser desconsiderado: não há hierarquização de prevalência entre o laço biológico e o socioafetivo. O que se defende é a compreensão de que ambos são importantes para a construção da identidade e personalidade do indivíduo, visando sempre a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, defende Cristiano Cassetari⁵⁷:

A sociedade vai começar a perceber que esta questão da parentalidade socioafetiva não termina com a sentença judicial. Existem efeitos jurídicos posteriores a isso. Eu não consigo conceber uma parentalidade socioafetiva reconhecida judicialmente sem estar registrada no registro civil. É o registro civil o local competente para receber esta informação. Ela não pode ficar perdida e não pode ficar apenas no âmbito processual. E, infelizmente, percebemos que muitos juízes não se preocupam com essa premissa. Reconhecem a parentalidade socioafetiva e não determinam um mandado de averbação no Registro Civil.

Diante disso, nota-se a inegável importância de se concretizar tal ato não somente e necessariamente por processos judiciais e sim através de Registro Civil, devidamente efetivados e averbados em cartório, tornando, assim,

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P.383.

⁵⁷ CASSETARI, Cristiano. Cristiano Cassetari debate multiparentalidade e parentalidade socioafetiva. Disponível em: <http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/christiano-cassetari-debate-multiparentalidade-e-parentalidade-socioafetiva.html>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

assegurados os direitos garantidos pelo artigo 334, inciso I, do Código de Processo Civil, que diz que “não dependem de prova os fatos, notórios.”⁵⁸

Fatos notórios são aqueles que nenhum sujeito tem dúvida, de conhecimento de determinado grupo social onde o mesmo ocorreu e que não necessita de comprovação. É necessário que ele seja relevante para aqueles que tenham conhecimento do mesmo, e tenham alguma característica específica em comum com os interessados, e que, por fim, seja de conhecimento público.

Sendo assim, não há necessidade de que se utilize de um processo judicial para comprovar aquilo que já é notório, que já se faz de conhecimento da sociedade, devendo, com isso, ser extinta a necessidade de um processo judicial para fins de reconhecimento da paternidade sócioafetiva, contando a mesma com a possibilidade da sua efetivação diante de Oficial e partes interessadas, em Cartório de Registro Civil.

O reconhecimento jurídico da filiação biológica e sócioafetiva existem de forma concomitante, sendo essa situação fática contemplada pela inclusão de dois pais ou duas mães ou até mesmo dois pais ou duas mães no registro de nascimento do filho comum.

Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de todos os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória humana⁵⁹.

Via de regra alguns doutrinadores defendem que realizar o reconhecimento voluntário de um filho, gera ao pai (ou mãe) a impossibilidade de desconstituí-la. No entanto, já existem entendimentos afirmando que como o reconhecimento da paternidade foi pautada no afeto, embasado nos três pilares já mencionados (*tractus, nomen, fama*), ao findar a convivência, e com ela o

⁵⁸ Código de Processo Civil.

⁵⁹ WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, fev-mar/2009, ano X, nº 08, Porto Alegre: Editora Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p.122.

afeto, deve-se considerar a possibilidade de encerramento do vínculo registral e documental, extinguindo-se também os direitos atrelados a ela.

O ordenamento jurídico brasileiro, nestes casos, leva em consideração o melhor interesse do menor, fazendo assim com que o vínculo sanguíneo não seja o único a ser considerado para a criança.

No que diz respeito ao melhor interesse do menor, este preceitua ser a criança e o adolescente sujeitos de direitos, como pessoas em desenvolvimento e dotadas de dignidade. Tal princípio, visando proteger aqueles que não podem fazê-lo por si só. Com isso o Estado, a sociedade e a família devem respeitá-los e tratar seus direitos como prioridade.

Com sua efetividade, o menor se torna merecedor da tutela especial do ordenamento jurídico, adquirindo prioridade em relação aos demais membros do núcleo familiar em que se encontra inserido. Assim, afirma Luís Edson Fachin⁶⁰:

O amor e os laços afetivos entre o pai e a criança; a habitualidade do pai de dar à criança amor e orientação; o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; a habilidade do guardião de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai. Tais considerações, essencialmente subjetivas, são indicadores que conduzem o juiz à descoberta do que lhe parece ser o melhor interesse do menor em cada caso concreto.

Por isso defende-se a desconstituição da paternidade sócioafetiva, utilizando para tal a demanda judicial, de modo que possa ser especificado e acatado pelos magistrados, que se não há laço afetivo, o menor não pode ser obrigado a manter em seu registro o reconhecimento de uma paternidade que não mais existe.

Os pais, pelo fato de possuírem o poder familiar, são os principais responsáveis pela formação de seus filhos. Poder familiar este, exercido igualmente pelo pai e pela mãe, a partir da Constituição da República de 1988. Desta forma, qualquer divergência poderá ser dirimida em juízo e sendo necessário será destituído em prol do melhor interesse do menor.

A Constituição da República de 1988 reconheceu a família como a célula da sociedade. Desse modo, definiu-se que é a família quem deve, preferencialmente, prover a assistência à criança e ao adolescente. No entanto,

⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. Da Paternidade – Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.98.

a compreensão de família e de filiação deve ficar dentro dos novos moldes, onde a criança deverá ter suas relações sócio afetivas protegidas.

3.2 Desconstituição da Paternidade Sócioafetiva: Posicionamento dos Tribunais

De acordo com a jurisprudência disponível pelo STJ, a maioria das decisões não permite a desconstituição da paternidade sócioafetiva a nível de registro, haja vista que tal aceitação culminaria na extirpação de fator indispensável na construção da sua identidade e de sua personalidade. Sem o reconhecimento da paternidade em seu registro civil, o indivíduo poderá sentir instabilidade e em meio a conflitos familiares.

Analisando o descrito na legislação, nos casos de anulação de vícios de consentimento é permitida a desvinculação paterna em casos específicos citados na lei, destacando-se a inexistência de vínculo biológico e não havendo sido constituída a filiação sócioafetiva. Neste sentido, apresenta-se a jurisprudência com inexistência de vínculo biológico e inexistência de vínculo afetivo:

APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL C/C EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. DNA. AUSÊNCIA DE PATERNIDADE BIOLÓGICA. ESTUDO PSICOSSOCIAL. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não é razoável excluir a paternidade de menor em razão de exame de DNA que afastou a paternidade biológica, negando-lhe a condição de filho de quem sempre desfrutou desde o seu nascimento, visto que o menor tem o autor como pai e seu grupo familiar como referência de família, caracterizando-se, no presente caso, a paternidade socioafetiva. 2. Negou-se provimento ao apelo do autor." (Acórdão n.923713, 20130510119407APC, Relator: SÉRGIO ROCHA, Revisor: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/02/2016, Publicado no DJE: 13/04/2016. Pág.: 255)

Diante do apresentado, compreende-se que mesmo não havendo o vínculo biológico, a paternidade foi mantida pois a família é uma referência para o menor enquanto meio de identificação própria.

Outro caso apresentado é do não reconhecimento da paternidade, de uma ação negatória de paternidade, devido ao vício de consentimento, por paternidade sócioafetiva não configurada:

APELAÇÃO CÍVEL - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - REGISTRO DE NASCIMENTO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - AUSÊNCIA DE VÍNCULO GENÉTICO - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA NÃO CONFIGURADA - ALIMENTOS - EXONERAÇÃO. 1. Provado que o autor não é o pai biológico do réu e que houve vício de consentimento no momento em que registrou o réu como seu filho natural, não havendo vínculo afetivo apto a caracterizar a paternidade sócio-afetiva, o registro de nascimento do réu deve ser retificado. 2. Não havendo relação de parentesco e não sendo reconhecida a paternidade sócio-afetiva, deve o autor ser exonerado da obrigação de pagar pensão alimentícia ao réu. 3. Deu-se provimento ao apelo do autor." (Acórdão n.786805, 20100210012815APC, Relator: SÉRGIO ROCHA, Revisor: FÁTIMA RAFAEL, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/05/2014, Publicado no DJE: 09/05/2014. Pág.: 114)

Diante do apresentado, compreende-se que não houve configuração de paternidade por não haver vínculo biológico nem afetivo, não sendo mantido o vínculo familiar.

Contrária às decisões apresentadas, encontra-se decisão do STJ em que é consentida a exclusão do nome do pai no registro civil devido a vício de consentimento, sendo o genitor levado a acreditar que era o pai da criança:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.653.600 - TO (2017/0029438-9)
RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI RECORRENTE
: D P DA S C ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO
DE TOCANTINS RECORRIDO : J S B DA C ADVOGADO : FÁBIO
ALVES FERNANDES - TO002635 DECISÃO (...) APELAÇÃO CÍVEL.
AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C NULIDADE DE
REGISTRO DE NASCIMENTO. VÍNCULO GENÉTICO AFASTADO
POR EXAME DE DNA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO.
PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO
CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Não obstante a validade do registro
de nascimento só possa ser questionada em hipóteses excepcionais
(art. 1604 do CC), pode-se refutá-la com base em vício do
consentimento. 2. Sendo o exame de DNA conclusivo acerca da
inexistência de vínculo biológico entre as partes, resta avaliar as
peculiaridades do caso concreto para verificar a possibilidade de
existência de vínculo afetivo. 3. Afastada a hipótese de
socioafetividade entre as partes, não há como manter a filiação em
desacordo com a realidade. 4. Apelação conhecida e improvida. (...)
No caso dos autos, o Tribunal estadual entendeu por comprovada a
indução do recorrido ao erro pela genitora do ora recorrente, cuja
paternidade foi afastada pelo exame de DNA, bem como
demonstrada a inexistência de vínculo sócio-afetivo entre as partes,
inclusive por declaração do próprio recorrente. Diante da situação
fática acima delineada, é possível a desconstituição da paternidade
reconhecida de forma voluntária desde que comprovado o erro, assim
como a inexistência de vínculo biológico e socioafetivo, requisitos os
quais o acórdão recorrido reputou presentes.

Com base no apresentado, compreende-se que a anulação só foi possível devido ao vício de consentimento, onde o cônjuge foi enganado, acreditando ser o pai da criança e por isso fez o reconhecimento da paternidade e o registro. Outro ponto a salientar nesta situação é que como não havia vínculo afetivo nem biológico, a desconstituição da paternidade foi possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República fez com que as crianças e adolescentes passassem a ser tratadas como sujeitos de direitos fundamentais, com a garantia de que o princípio da dignidade da pessoa humana será observado em qualquer situação, indo ao encontro com a constitucionalização de todos os ramos do direito.

Tendo em vista os novos arranjos familiares advindos das inúmeras modificações ocorridas nas relações de família, amparado na interpretação do art. 1593 do Código Civil de 2002, o qual reconhece o parentesco natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou “outra origem”, cabe o reconhecimento da paternidade sócioafetiva, inculcando no registro civil do menor a concomitância de paternidade socioafetiva e biológica.

A nova formação tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor. Tal premissa justifica a aplicabilidade da paternidade sócioafetiva, como forma de solucionar alguns impasses, obtendo-se, portanto, no registro civil a concomitância de paternidade socioafetiva e biológica, almejando a realização pessoal de cada um de seus membros.

Ainda existem muitos questionamentos com relação ao reconhecimento da paternidade sócioafetiva e a inserção registral, como se fosse uma forma de causar prejuízo à criança ou ao adolescente, mas pelo contrário, possibilita que haja a inclusão em seu registro não somente o seu pai sanguíneo, mas também o afetivo.

Mas encerrado vínculo afetivo, sendo de interesse do menor e pai afetivo, o ordenamento jurídico deverá oferecer o respaldo necessário para que ambos possam romper esse vínculo registral quando não houver das partes o vínculo afetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. A Constituição de 1988 é um Marco contra a Discriminação. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acessado em 21 de setembro de 2018.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de Paternidade. Posse de estado de Filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Lei 3.071 de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Revogado pela lei 10.406 de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acessado em 23 de setembro de 2018.

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 30 de setembro de 2018.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito da Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4ª edição, Saraiva: São Paulo, 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 19ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva. Efeitos Jurídicos**. 2ª edição, São Paulo, atlas, 2015.

Acórdão n.786805, 20100210012815APC, Relator: SÉRGIO ROCHA, Revisor: CASTRO, A. M. O. de. **A família, a sociedade e o direito**. In: ELESBÃO, E. C. (Coord.). Pessoa, gênero e família: Uma visão integrada do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

COSTA, Jurandir Freire. Ordem Médica e Norma Familiar. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 22. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007. v.5.

DINIZ, M. H. Curso de **Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

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

FARIAS, Luciano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FÁTIMA RAFAEL, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/05/2014, Publicado no DJE: 09/05/2014.

GOMES, Orlando. **Direito de família**, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: Uma distinção necessária**, in *Revista de Direito de Família*, nº 19, ago-set. 2003, Porto Alegre: Síntese.

LÔBO, P. **Direito Civil**: família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acessado em 02 de novembro de 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABsacAF/principio-solidariedade-maria-celina-bodin-moraes>. Acessado em 03 de novembro de 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). **Família e Solidariedade**: Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: IBDFAM Lumen Juris, 2008.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. **Multiparentalidade**: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. 1 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

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

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1993.

STJ, REsp n. 945.283, Rio Grande do Norte. Rel. Luis Felipe Salomão, j. em 05/09/2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, fev-mar/2009, ano X, nº 08, Porto Alegre: Editora Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009.