

JANETE APARECIDA MAFRA VIGGIANO

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA OU A VERDADE
BIOLÓGICA**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2013

JANETE APARECIDA MAFRA VIGGIANO

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA OU A VERDADE
BIOLÓGICA**

Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da FIC - Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da prof. Mtda. Alessandra Dias Baião.

FIC – CARATINGA

2013

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	09
1- FILIAÇÃO E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS	14
1.1 - Da filiação	14
1.1.1 – Reconhecimento da paternidade no Código Civil de 2002.....	15
1.1.2 - Posse do estado de filho	20
1.2 - Situações jurídicas existenciais	22
1.2.1 - Requisitos de validade para o exercício de situações jurídicas existenciais.....	23
2- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	28
2.1- Princípio da dignidade da pessoa humana.....	28
2.2 - Princípio da liberdade	30
2.3 - Princípio da afetividade	31
2.4- Princípio do melhor interesse da criança.....	32
2.5- Princípio da função social da família.....	34
3- FILIAÇÃO: Entre a paternidade socioafetiva e a verdade biológica.....	36
3.1 - Posicionamento jurídico atual	38
3.2- Análise de uma decisão – Entre a paternidade socioafetiva e a verdade biológica	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

RESUMO

O reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva, realizada em registro de nascimento, conforme a Lei 6.015/73, diante de posterior tentativa do pai biológico à anulação e a realização de um novo registro, deve prevalecer à paternidade socioafetiva ou a verdade biológica? Diante do problema de pesquisa, parti do princípio de que “pai é quem cria”, entende-se que educar, dar carinho e ensinar valores é mais importante do que fornecer material genético. Levando-se em consideração que o registro civil é ato que depende unicamente da manifestação da vontade do declarante, e este, consciente, registra um menor em seu nome, não demonstrado vício formal ou material, deve preservar o melhor interesse do menor, valorizando-se a paternidade socioafetiva sobre a biológica. Levando-se em conta o vínculo afetivo e os interesses emocionais cujo ideal é a conscientização da equivalência entre os laços afetivos e os de sangue, buscando-se sempre a defesa do interesse da criança. O objetivo do presente estudo é demonstrar, segundo as idéias sustentadas por Caio Mario da Silva Pereira, que uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como Direito Fundamental, a não discriminação dos filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar, assumiu-se que os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA (ácido desoxirribonucléico).

Palavras Chave: Família; paternidade socioafetiva; paternidade biológica e princípio do melhor interesse do menor.

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o título “Paternidade socioafetiva ou verdade biológica”, tem por escopo abordar o reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva, real do filho, realizado em registro de nascimento, conforme a Lei 6.015/73, não demonstrado vício formal ou material, diante de posterior tentativa do pai biológico à realização de novo registro, deve prevalecer a paternidade socioafetiva ou a verdade biológica?

Importante salientar que se deve preservar o interesse da criança ou adolescente, valorizando-se a paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Partindo do princípio de que “pai é quem cria”, entende-se que educar, dar carinho e ensinar valores é mais importante do que fornecer material genético, levando-se em conta o vínculo afetivo e os interesses emocionais cujo ideal é a conscientização da equivalência entre os laços afetivos e os de sangue, buscando sempre a defesa da criança ou adolescente.

Juridicamente, em situações especiais, é possível a anulação do registro civil, sendo esta o ato judicial que reconhece, mediante solicitação do interessado, a ineficácia jurídica que vem a invalidar em razão de “defeito ou vício” o registro civil.

Assim questiona-se sobre quem é o verdadeiro pai, se o socioafetivo ou o biológico. Mas o que se pode observar é que está sendo preterida a relação de afeto sólida e duradoura em detrimento do vínculo biológico.

A pesquisa em comento tem por finalidade estabelecer os vínculos de parentalidade, onde não mais se admitirá encontrar a resposta apenas no campo genético, pois situações reais dão ensejo a soluções diferentes.

Há também, a questão ética e jurídica estabelecida na relação entre pai e filho não se definindo basicamente na questão biológica ou afetiva, mas sim na análise e adequação da norma pelo judiciário ao caso concreto. Nesse sentido, revela a existência de ganhos de natureza jurídica, social e acadêmica.

Como ganho jurídico a presente pesquisa tem como objetivo principal mostrar que muito se avançou no Brasil no que a doutrina jurídica especializada denomina

paternidade socioafetiva, assim entendida a que se constitui na convivência familiar, independentemente da origem do filho.

Como ganho social, mostra que a realidade, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica, mas o fenômeno conjunto provocou a transsecicácia para o mundo do direito, que o atraiu como categoria própria. Essa migração foi possível porque o direito brasileiro mudou substancialmente, a partir da Constituição de 1988, uma das mais avançadas do mundo em matéria de relações familiares, cujas linhas fundamentais projetaram-se no Código Civil de 2002.

Sob o ponto de vista acadêmico a relevância da presente pesquisa está no fato de contribuir para o aprofundamento do conhecimento sobre a matéria, que tem por finalidade o impulso a estudos posteriores.

Com o desenvolvimento deste trabalho, estaremos demonstrando a relevância da paternidade socioafetiva sobre a paternidade meramente biológica, onde a paternidade socioafetiva se define como sendo aquela gerada através dos sentimentos, ou seja, a filiação advém do afeto e não da consangüinidade, em que uma pessoa, que não o pai biológico, assume a paternidade de alguém como se seu verdadeiro pai fosse.

Ainda no Código Civil, em seu art. 1.604, é positivado que ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Como marco teórico do presente trabalho, com base na teoria sustentada por Caio Mario da Silva Pereira:

O Direito Brasileiro na contemporaneidade tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, transcendendo os limites fixados pela Carta de 1988, mas incorporando, também seus princípios. Consolida-se família sócio-afetiva em nossa Doutrina e Jurisprudência uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como Direito Fundamental, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar. Convocando os pais a uma “paternidade responsável”, assumiu-se uma realidade familiar concreta onde os vínculos de afeto se sobrepõem à

verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA (ácido desoxirribonucléico).¹

Demonstrar que se deve prevalecer a paternidade socioafetiva em detrimento da verdade biológica, aponta a necessidade de pesquisa teórico-dogmática a partir de análise legais, doutrinárias e jurisprudenciais atinentes ao universo do Direito de Família. Ademais, revela a necessidade de investigações de caráter transdisciplinar, uma vez que além de questionamentos perpassando a seara do Direito Civil e do Direito Constitucional, é fundamental perquirir outras áreas de conhecimento.

A monografia em epígrafe é estruturada em três capítulos. O primeiro capítulo traz os aspectos referentes à filiação, trazendo uma abordagem sobre o reconhecimento da paternidade no Código Civil de 2012 e a posse do estado de filho, bem como os requisitos de validade para o exercício de situações jurídicas existências e a sua eficácia. O segundo capítulo trata dos Princípios Constitucionais do direito de família, dentre eles o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Liberdade, Princípio da afetividade, Princípio do melhor interesse da criança e o Princípio da função social da família. Por fim, o terceiro capítulo aborda o ponto principal do presente trabalho, que se trata da filiação entre a paternidade socioafetiva e a verdade biológica, trazendo posicionamentos jurídicos atuais e a análise de uma decisão sob aspecto de três correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. 5 ed., vol. V, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.39.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática da Paternidade sócio-afetiva ou a verdade biológica, levando-se em consideração que o registro civil é ato que depende unicamente da manifestação da vontade do declarante, e este, consciente, registra um menor em seu nome, não demonstrado vício formal ou material, devendo preservar o melhor interesse do menor, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de conscientização da pessoa acerca da valorização da paternidade sócio-afetiva sobre a paternidade biológica.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem “família”, “paternidade sócio-afetiva”, “paternidade biológica” e “princípio do melhor interesse do menor”, os quais se passam a explicar a partir de então.

No entanto para se falar do conceito de família, tem que se ater primeiro sobre o que é o direito de família, pois é através dele que se encontra o real sentido do que é família. E questões relacionadas às relações de parentesco, o vínculo matrimonial e as relações entre pais e filhos. Nesse sentido expõe Venosa:

Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.²

Desse modo, importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não recebe tratamento pacífico e uniforme. No que diz respeito à família, Caio Mário da Silva Pereira a define como sendo:

[...] considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge,

²VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família. 12 ed., vol.VI, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 9.

aditam-se os filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados).³

Para Washington de Barros Monteiro, necessário, destarte, antes de tudo, precisar o sentido da palavra “família”, suscetível, na linguagem jurídica, de diversos significados.

[...] num sentido restrito, o vocábulo abrange tão somente o casal e a prole. Num sentido mais amplo, cinge o vocábulo a todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. E, em sentido ainda mais amplo, surgem os elos sócio-afetivos, ao lado dos vínculos de sangue, como determinantes da existência de relação familiar.⁴

A Constituição da República de 1988 equiparou à família constituída pelo casamento, como base da sociedade e merecedora da especial proteção do Estado, por esse motivo, tendo em vista a evolução dos costumes e, por via de consequência, das instituições sociais e jurídicas, nessa designação devem ser incluídas a entidade familiar constituída pelo casamento, união estável, pela comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes e, ainda, pela socioafetividade.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A filiação sócio-afetiva decorre da convivência cotidiana, de uma construção diária, não se explicando por laços genéticos, mas pelo tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam reciprocamente o papel de pai e filho, respectivamente.⁵

Naturalmente, a filiação sócio-afetiva não decorre da pratica de um único ato. Não teria sentido estabelecer um vínculo tão sólido através de um singular ato. É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que explicam, com clareza, a existência de uma relação entre pai/mãe e filho.

³PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. 5 ed., vol.V, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.15.

⁴MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 41 ed., vol.2, São Paulo: Editora Saraiva 2011, p.17.

⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. 5 ed., vol. 6, Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 691.

Enfim, não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso que o afeto sobrepuje, seja o fator marcante, decisivo, daquela relação.

É o afeto representado, rotineiramente, por dividir conversas e projetos de vida, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, mostrar caminhos, ensinar e aprender, concomitantemente. Significa, enfim, iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos sócio-afetivos, o espaço reservado por Deus na alma e nos desígnios de cada um, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do coração.

No que diz respeito à paternidade sócio-afetiva, Maria Berenice Dias entende que:

A socioafetividade corresponde à verdade aparente e decorre do direito a filiação, tendo a necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.⁶

A união dos pais e filhos já não define somente pela relação biológica, e sim no afeto manifestado entre eles, nesse sentido, define Mauro Nicolau Júnior, paternidade sócio-afetiva:

A paternidade sócio-afetiva pode ser conceituada como vínculo jurídico que liga uma pessoa a seus pais, ou seja, o liame jurídico existente entre eles que se fundamenta não exclusivamente na relação biológica, legal ou decorrente da adoção, mas, fundamentalmente, na afetividade, até porque com a evolução do conhecimento, particularmente da psicanálise, pode-se afirmar que a verdadeira paternidade é adotiva, isto é, mesmo os pais biológicos devem adotar seus filhos, pois só assim estarão exercendo a função paterna/materna.⁷

⁶DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed., Ver., Atual., e ampl; São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006, p.370.

⁷NICOLAU JÚNIOR, Mauro, **Paternidade e Coisa Julgada**. Limites e Possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. 3 ed., vol.1, Curitiba: Editora Juruá, 2008, p.170.

Explica com mais profundidade Rodrigo da Cunha Pereira, para ele o conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando clarear e demarcar o seu limite.

Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai, é aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor ao filho, expõe o foro íntimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam.⁸

A paternidade biológica é a relação de filiação entre o pai e o filho, estabelecida pela consangüinidade. Essa forma de estabelecimento da paternidade pelos laços de sangue sempre foi a de maior prevalência, desde as origens das relações de parentescos. Tradicionalmente, a maternidade era estabelecida e, a partir desta, a paternidade era atribuída ao genitor. O vínculo consangüíneo determinava a paternidade biológica, já o vínculo estabelecido por definição legal, o pai jurídico.

Para a biologia, pai é unicamente quem fecunda o óvulo da mulher, que se leva a gestação, e dá-se a luz a uma criança. Neste contexto, pai é o marido da mãe. Sendo assim, essa presunção privilegiava a família que nascia com o casamento, o único reduto que aceitava a procriação. A paternidade biológica acontece através de uma presunção de um fato certo para prova de um fato desconhecido com relação ao reconhecimento da filiação, Como aponta Maria Berenice Dias:

Para que não haja discriminações, a lei gera um sistema de reconhecimento da filiação por meio de presunções: deduções de um fato certo para prova de um fato desconhecido. A finalidade é fixar o momento da concepção de modo a definir a filiação, de certificar a paternidade e os direitos e deveres decorrentes. A forma mais segura de identificar a filiação é a realização do exame de DNA (ácido desoxirribonucléico)⁹

⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. 3 ed., vol.1, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.148.

⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 4 ed., ver., atual., e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.323.

Independentemente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos. Pai é aquele que o sistema jurídico define como tal, é a lei que atribui à criança um pai.

O princípio do melhor interesse da criança é assegurado pelo artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988, e arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil. Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança a pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos, e adolescentes aquele entre 12 e 18 anos de idade. De acordo com o art. 3º do ECA a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Prevê o art. 227, caput, da Constituição da República de 1988, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito a 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 e opressão.¹⁰

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a criança e o adolescente passaram a ser sujeitos de direitos. Estes deveres do Estado, da família e da sociedade, onde deverão se responsabilizar pelos cuidados da criança e do adolescente, possibilitando-os de ter uma vida digna.

¹⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vademecum Saraiva**; 11.ed., atual., ampl., São Paulo: Saraiva, 2011, p.79.

CAPÍTULO 1 – FILIAÇÃO E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS

Poucos ramos do conhecimento jurídico foram tão afetados pelas mudanças culturais, como o direito de família, o conceito de família vem sendo amplamente alargado ao ser aplicado pelos tribunais brasileiros. Desta maneira, o Estado vem intervindo na vida privada, para amparar e proteger os grupos vulneráveis, como por exemplo, crianças e adolescentes. Desta forma, a dignidade da pessoa humana, igualdade entre filhos, prevalência do interesse dos filhos, paternidade e maternidade responsável, família plural, afeto, e solidariedade, apresentam-se ao direito de família, como valores e fundamentos que devem norteá-lo.

Surge um novo conceito de família, e junto a ela sentimentos antes não existentes passam a figurar no direito como forma predominante nas relações familiares, outrora, marcadas pelos traços de amor, carinho, respeito, zelo e comunhão.

Nesse capítulo abordaremos a filiação, onde trataremos da concepção que se tem da relação entre pais e filhos no aspecto do reconhecimento da paternidade no Código Civil de 2002, a posse de estado de filho, ou estado de filho afetivo reconhecida pela família e as situações jurídicas existenciais quanto a diversidade na doutrina jurídica, veremos também os requisitos de validade para o exercício de situações jurídicas existenciais onde serão abordados sobre o aspecto do Código Civil de 1916 e sua aplicabilidade no Código Civil de 2002.

1.1- Da filiação

As relações entre pais e filhos mudaram bastante nos últimos tempos. Os pais já não têm poderes absolutos sobre os filhos, que também têm seus direitos, quais sejam de alimentos, guarda, proteção, nome, incolumidade física etc. A Constituição da República igualou os filhos em direitos e deveres, proibindo qualquer adjetivação

preconceituosa, tal como ilegítimo, incestuoso etc. Trata-se do princípio de igualdade ou isonomia entre os filhos.

Em nossos dias, a concepção que se tem da relação entre pais e filhos menores é, como se diz filhocentrista, que significa o filho como centro de tudo. Em outras palavras, a preocupação é com a pessoa dos filhos menores, seu bem-estar, seu melhor interesse. A idéia pode soar-se muito óbvia, mas, até pouco tempo atrás, a concepção era oposta. A relação entre pai e filhos era baseada na ideia de absoluta primazia dos pais, principalmente do pai, chefe de família e cabeça do casal. Historicamente, o *pater-famílias* tinha o direito de vida e de morte sobre seus filhos e outros dependentes. Assim o filhocentrismo é ideia nova, que pode ser considerada um valor ou até mesmo um princípio, recepcionado principalmente pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, porque não, pelo Código Civil.

Dessa concepção filhocentrista, pode-se extrair dos princípios do melhor interesse do menor, da convivência familiar e da parentalidade responsável. O princípio do melhor interesse da criança deve orientar o intérprete em questões referentes à filiação, tais como suspensão e perda do poder familiar, alimentos, nomeação de tutor, atribuição da guarda etc. O outro princípio, o da afetividade, onde o afeto tem sido apontado como um dos principais fundamentos da família, onde o vínculo familiar é estruturado mais no afeto do que no vínculo biológico.

Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana, onde reconhece valores humanos à autonomia do sujeito e à moral autônoma do indivíduo.

1.1.1 - Reconhecimento da paternidade no Código Civil de 2002

Observa-se que a filiação biológica não é mais fator determinante no Direito de Família, haja vista que as transformações no âmbito da ciência fazem com que a legislação cada vez mais seja mudada para acompanhar e abranger todas as pessoas.

Uma visão retrógrada do reconhecimento da paternidade está interligada à manutenção do núcleo familiar, notadamente ligada à preservação do patrimônio da

família. No período em que vigia o Código Civil de 1916, os filhos distinguiam-se em legítimos, legitimados e ilegítimos, tendo esta distinção como critério adotado, a circunstâncias de ter sido os filhos gerados dentro ou fora do matrimônio. Assim, o nascimento de um filho fora do casamento o colocava em situação marginalizada perante a sociedade.

Nesse sentido, afirma Washington de Barros Monteiro:

[...] filhos legítimos eram quando os filhos nasciam de casais unidos pelo laço do casamento. Quando os filhos não procedessem de justas núpcias, isto é, quando não houvesse casamento entre os genitores, se diziam filhos ilegítimos.¹¹

A alteração que autorizou o reconhecimento do filho havido fora do casamento veio definitivamente com a Lei do Divórcio que garantiu a todos os filhos direito à herança em igualdade de condições, admitindo-se ainda a possibilidade de reconhecimento do filho através de testamento cerrado.

Assim, percebe-se que nos primórdios a estrutura histórica do ordenamento jurídico brasileiro foi estabelecida limitações ao direito filiatório em detrimento dos filhos de pessoas não casadas.

Somente com a Constituição da República de 1988 é que foram suprimidas quaisquer discriminações referentes à filiação. O reconhecimento de filhos é um ato, e este ato pode ser voluntário, ou forçado, sendo que é através do reconhecimento que se estabelece a relação de parentesco. O reconhecimento pode decorrer de um ato espontâneo praticado pelos genitores ou mesmo contra a sua vontade, através de decisão judicial, normalmente proferida em ação de investigação de paternidade. Já através do registro de nascimento constitui-se a parentalidade registrou que goza de presunção de veracidade e publicidade.

Tem-se que o registro de nascimento é considerado meio de prova da filiação. No entanto, o registro de nascimento não é a única forma de voluntariamente se reconhecer a paternidade, podendo também ser feita através de escritura pública, escrito particular, testamento e declaração perante um juiz, conforme cita o art. 1.609 do Código Civil:

¹¹MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 40 ed., vol.2, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 423.

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

Parágrafo Único: o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.¹²

No que diz respeito ao reconhecimento registrou tem-se que aqueles que comparecem perante o oficial do registro civil e se declaram pais de um recém nascido, assim são considerados para os fins legais.

Por escritura pública ou escrito particular, vale dizer que qualquer documento de autoria indubitável que afirme a paternidade de modo claro e indiscutível, apresentando-se o documento em cartório, procede-se a averbação no assento de nascimento do filho.

No que diz respeito ao reconhecimento da filiação via testamento, Venosa afirma que:

O reconhecimento da filiação no bojo de um testamento obedece aos próprios requisitos dessa declaração e não propriamente aos requisitos testamentários. Assim, sendo o testamento negócio revogável por excelência, o ato de reconhecimento contido em seu bojo não admite revogação, embora exista ainda quem resista a essa interpretação. A nulidade do testamento das cláusulas testamentárias não implica, necessariamente, a nulidade do reconhecimento. Somente a nulidade do testamento em sua totalidade, tal como ocorre com os vícios de vontade, poderá inquinar também a declaração de perfilhação. O reconhecimento voluntário é confissão de caráter declarativo e por sua vez natureza irrevogável, somente inquinada por vício ou defeito na manifestação específica de vontade.¹³

Como pontua Caio Mario da Silva Pereira, o filho pode ter o reconhecimento de sua paternidade por várias formas, dentre elas são:

Em resumo: o filho pode ser reconhecido:

1) no registro de nascimento;

2) por escritura pública ou escrito particular, arquivado em cartório;

¹²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vademecum Saraiva**; 11 ed., atual., ampl. São Paulo: Saraiva 2011, p.300.

¹³VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família. 12 ed., vol.VI, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 257.

- 3) por testamento, ainda que o reconhecimento não seja o seu principal objetivo;
- 4) por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato.

Assim dispõe a Lei, 8.069/90, em seu artigo 26:

Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.¹⁴

A legitimidade para o reconhecimento da paternidade é de ambos os pais, ou de apenas um. E o art. 26, da Lei 8.069/90, é um prenúncio do art. 1.609, do Código Civil, uma vez que abrange a possibilidade de tanto o pai quanto a mãe reconhecer o filho havido fora do casamento. Destarte, o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, imprescritível e indisponível, podendo ser procedido contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer impedimento, observando-se sempre o segredo de justiça.

Ao comparecer no cartório de registro civil no intuito de registrar uma criança não é necessário qualquer prova, não se demonstra que com esta se possua algum vínculo consangüíneo. Sobre o ato de registrar Paulo Luiz Netto Lobo afirma que:

Para o registro do filho, o declarante não precisa fazer prova da origem biológica; nem seria obrigado a fazê-lo, pois impediria a filiação de outra natureza. O Registro produz uma presunção de filiação quase absoluta, pois apenas pode ser invalido provando-se que houve erro ou falsidade (art. 1.604 do Código Civil). A declaração do nascimento do filho, feita pelo pai, é irrevogável.¹⁵

O reconhecimento dos filhos menores de 18 anos não necessita de seu consentimento. Com exceção do procedimento de adoção, o adolescente tem o direito de ser ouvido conforme estabelecido no artigo 45 § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e é indispensável a concordância se tiver mais de 12 anos de idade. Já em se tratando de reconhecimento de filho maior de idade é indispensável

¹⁴BRASIL, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Org: Anne Joyce Angher, 4 ed., Ver., Atual., e ampl. São Paulo: Editora Rideel, 2007, p. 998.

¹⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. 4 ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 521.

o seu consentimento conforme disposto no artigo 1.614 do Código Civil. Sendo ainda que no tocante ao filho menor este poderá impugnar a paternidade que lhe foi atribuída quando infante nos quatros anos seguintes à sua maioridade ou emancipação.

Disposto sobre o reconhecimento espontâneo à parentalidade de um filho, em sendo direito personalíssimo, poderão obter o reconhecimento de sua condição forçadamente, o fazendo através de ação investigatória dirigida pelo interessado, contra quem acredita ser seu genitor a fim de se regularizar sua situação familiar.

Nesse sentido, Washington de Barros manifesta:

O reconhecimento do filho não oriundo do casamento é voluntário ou judicial. Do reconhecimento voluntário, cuida o Código Civil de 2002 no artigo 1.609, onde se acham numerados os moldes por que o mesmo se efetua: a) no registro de nascimento; b) mediante escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; c) por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; d) 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. O reconhecimento judicial opera-se por intermédio da ação de investigação da paternidade ou da maternidade.¹⁶

Assim, contesta-se que o reconhecimento da filiação é feito voluntariamente ou forçadamente. Ainda no que se refere ao reconhecimento forçado, ou seja, judicial, o mesmo resulta de uma sentença proferida em ação ajuizada para esse fim, pelo filho, embora os herdeiros possam continuá-la.

Conforme entendimento abalizado por Queiroz:

Caso o reconhecimento da paternidade não seja estabelecido voluntariamente, deverá ser feito judicialmente. Nesse caso, a declaração da filiação será estabelecida por ordem judicial, depois de verificados todos os elementos probatórios incidentes da ação de estado.¹⁷

Apenas em situações excepcionais conforme artigo 1.615 do Código Civil é lícito se opor ao reconhecimento da paternidade, tendo em vista que a ação de investigação de paternidade não prescreve. Assim a súmula 149 do Supremo

¹⁶MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 40 ed., vol.2, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 98.

¹⁷QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**. Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 39.

Tribunal Federal, esclareceu o assunto, destacando que “é imprescritível a ação de investigação de paternidade”.¹⁸

Todavia a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na súmula 149 veio assentar a excepcionalidade atribuída no Código Civil de 2002 em seu artigo 1.615 para dizer que qualquer pessoa com justo interesse poderá contestar a qualquer tempo a ação de paternidade ou maternidade, por se tratar de direito subjetivo.

1.1.2 – Posse do estado de filho

O papel preponderante da posse de estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, desta maneira, mais direito à vida e mais vida ao Direito. O nosso ordenamento jurídico não trás de forma expressa o reconhecimento da paternidade sócio-afetiva. Porém, deve-se extraí-la dos princípios constitucional da dignidade da pessoa humana, melhor interesse do menor, da liberdade, da função social da família etc. Maria Cristina de Almeida defende que:

Ser filho é algo mais que ser geneticamente herdeiro de seu genitor, porquanto a figura paterna pode não ter contribuído biologicamente para o nascimento daquele que é seu filho, porem possibilitou que o vínculo fosse construído sobre outras bases, que não genética.¹⁹

Sendo assim, o verdadeiro sentido da paternidade é a realidade afetiva entre pais e filhos, caracterizada pelo carinho, educação, amor, responsabilidade, ternura.

Caracteriza-se pela convivência familiar de forma contínua, afetiva perante a sociedade. Também há que se destacar o direito do filho conforme artigo 1.605, do Código Civil, senão vejamos:

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

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 149. É imprescritível a ação de investigação de paternidade. In: _____. Súmulas. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **VadeMecum Saraiva**. 5 ed., atual., e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, p.1491.

¹⁹ALMEIDA, Maria Cristina de. **DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana**. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.179.

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.²⁰

Para o reconhecimento da posse de estado de filho, ou estado de filho afetivo deve-se a criança ter sido tratada, considerada e acima de tudo ter sido reconhecida pela família e a sociedade como se filho fosse, como prefere Belmiro Welter, há que se reconhecer a existência de três requisitos:

Anominatio, atractuse areputatio, ou seja, que a pessoa tenha sido tratada como filho do indigitado pai e que tenha, como tal, atendido à manutenção, à educação e à colocação dela; que a pessoa tenha constantemente considerado como filho nas relações sociais. A *nominatio* que é o nome, é ter o filho o apelido do pai; a *tractus* é ser tratado e educado como filho; a *reputatio* é ser tido e havido por filho na família e na sociedade em que vive. Isso significa que 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 à sociedade como filho; a fama ou reputação é a circunstância de ser sempre considerado, na família e na sociedade, como filho.²¹

É claro que tais elementos caracterizadores precisam estar presentes por um prazo razoável, um mínimo de duração onde se estabeleça reiteração dos atos que indicam a existência da relação paterna filial. Segundo entendimento de José Bernardo Ramos Boeira, constata-se a posse de estado de filho quando:

A constância social da relação paterno filial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fator biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva. Cresce, pois, a relevância da noção de posse de estado de filho em todas as legislações modernas, o que demonstra a inviabilidade de uma absorção total, pelo princípio da verdade biológica.²²

Com efeito, a posse do estado de filho é uma das formas de paternidade sócio-afetiva, sendo a única que garante a estabilidade social, edificada no

²⁰BRASIL, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Org: Anne Joyce Angher, 4 ed., Ver., Atual., e ampl; São Paulo: Editora Rideel, 2007, p. 998.

²¹WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade**. 2 ed., vol. 1, Porto Alegre: Editora RT, 2002, p. 54.

²²BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**. 4ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 54.

relacionamento diário e afetivo, formando uma base emocional capaz de assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano. Desse modo, o ato de ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética.

José Bernardo Ramos Boeira conclui a posse de estado de filho como sendo:

Uma relação afetiva íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.²³

Conclui-se que a mesma se resume numa relação clara, pública e diuturnamente da existência do vínculo natural existente entre pai e filho, ladeada pelo afeto frente a terceiros como se filho fosse. É nesse sentido que concretiza o tratamento da relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho ou pai, com a posterior aceitação.

Verifica-se, no entanto, que estamos diante de mais um instituto não contemplado diretamente em nosso ordenamento como elemento constitutivo da filiação. Entretanto, diante de fontes do direito, como a doutrina e a jurisprudência o mesmo é contemplado como elemento constitutivo da paternidade fundada nos laços de afeto.

1.2 - SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTÊNCIAIS

Atualmente, a formação da família não tem que ser necessariamente uma formação convencional: pai, mãe e filhos. Hoje, é uma instituição constituída tanto biologicamente, quanto psicologicamente e sociologicamente, regulada pelo Direito, baseado, em valores morais, culturais, éticos, sempre visando o bem estar social.

A doutrina majoritária colaciona sobre o tema diversas vertentes, apontando para prevalência da paternidade sócio-afetiva, através de sua essência, que é o

²³BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 55.

afeto, presente nas relações, cada vez mais plúrimas e complexas. As situações existenciais apresentadas evoluem-se para o entendimento pleno de que o afeto possui um valor jurídico, unindo pai e filho, independentemente de existir ou não, vínculo biológico.

Para tais direitos se efetivarem não se faz necessário que haja o reconhecimento da socioafetividade por via judicial, bastando os indícios e presunções quanto à existência da paternidade. Assim, assumindo-se a paternidade sócio-afetiva, assumem-se todos os deveres inerentes à paternidade.

1.2.1 – Requisitos de validade para o exercício de situações jurídicas existenciais.

Os atos de autonomia, é a manifestação válida de vontade em situações jurídicas existenciais onde pode ser implementada pela aceitação ou disposição do exercício de direitos de personalidade. Questionam se tais declarações de vontade constituem negócios jurídicos, tendo em vista que estes sempre foram vinculados a situações patrimoniais, principalmente em contratos.

No Código Civil de 1916, inexistia a previsão específica da figura do negócio jurídico, vez que o Código tratava apenas da categoria mais ampla, dos atos jurídicos, definindo-os, em seu art. 81, como:

Todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, estavam inseridos nessa categoria, portanto, todos os fatos humanos voluntários. Não se levava em conta, nessa perspectiva, a dimensão que a vontade ocupava e tampouco a liberdade para produção de efeitos jurídicos”.²⁴

Na ânsia da manifestação de vontade do indivíduo, para que fosse concretizado o reconhecimento da paternidade, dentro das normas do direito para tornar-se um ato jurídico, Clóvis Bevilacqua afirma que ato jurídico é:

²⁴BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil Interpretado**. 2 ed., vol.1, Rio de Janeiro: 2007, p. 210.

É toda manifestação de vontade individual, a que a lei atribue o efeito de movimentar as relações jurídicas. Por exemplo, são actos jurídicos os contractos, o reconhecimento dos filhos, a adopção, a autorização do pai, do marido ou da mulher, o testamento, a acceitação e o repudio da herança, e ainda muitos outros, que é considerável desta figura systematica.”²⁵

Os atos jurídicos englobam atos e negócios, além de situações de carácter existencial e patrimonial. Alguns autores entendem como categorias pertencentes aos fatos jurídicos o ato-fato, que não tem previsão legal. Ele se consubstancia no ato humano que é realmente da substância fato jurídico, mas não importa para a norma se houve, ou não a intenção de realizá-lo.

Para Pablo Stolze e Pamplona Filho, as amplas categorias dos atos jurídicos são:

Os que se dividem em atos *stricto sensu* e negócio jurídico, sendo que os *stricto sensu* são aqueles cujos efeitos decorrem mais da lei do que da vontade e o negócio jurídico originam-se mais da vontade do que da lei, sem nenhuma referência que restringisse uma ou outra categoria à patrimonialidade.²⁶

A ideia de negocio jurídico foi desenhada pela doutrina alemã, baseada na manifestação de vontade geradora de um efeito desejado, e não apenas daqueles previstos em lei. Por isso, “socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos”.²⁷ Diferentemente do ato jurídico *stricto sensu*, no negócio jurídico há maior espaço de atuação das partes, sendo garantido a elas a composição do conteúdo nos limites impostos pelo próprio ordenamento e, por conseguinte, dos efeitos produzidos. Trata-se de categoria que melhor expressa o subjetivismo jurídico.

Muitos doutrinadores atrelam negócio jurídico a situações jurídicas patrimoniais, principalmente aos contratos. Optando por uma visão mais ampla, Hans Kelsen pontua que:

²⁵BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 5 tir., Rio de Janeiro: 1940, p.327.

²⁶GAGLIANO, PabloStolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 8 ed., ver., atual., e ref. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.301.

²⁷AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 21.

O ordenamento pode se desenvolver de forma posta, autocrática, na qual o sujeito não tem participação nas normas que obrigarão, impondo à totalidade das normas às pessoas, ou de forma democrática, dando aos cidadãos a oportunidade de se autogovernarem em algumas matérias, dando poderes a autoridades legisladoras diferenciadas. O modelo democrático autoriza as normas gerais criadas pelo Estado, mas também, que os próprios indivíduos participem da criação de normas individuais, onde prevê nesse caso a possibilidade de atos emanados do Estado e atos privados gerados por particulares.²⁸

As normas individuais são exteriorizadas por meio de negócios jurídicos, que se consubstanciam num fato produtor de normas. Quanto ao negócio jurídico, Pietro Perlingieri afirma que:

O negócio jurídico típico é o contrato, mas isso não exclui outras hipóteses de negócios jurídicos que são atípicos, vez que, se este é fato produtor do Direito, o qual confere aos indivíduos a ele subordinados o poder de regular suas relações das mais diversas naturezas, patrimonial ou existencial, pois a categoria do negócio jurídico foi arquitetada em uma época em que apenas direitos patrimoniais eram considerados fatos jurídicos, ou seja, as situações existenciais eram desconhecidas como fenômeno jurídico.²⁹

Muito se discute acerca da hipótese de negócios jurídicos, onde nesse período apenas eram considerados os direitos patrimoniais como fatos jurídicos. Está de acordo com essa ideia Paulo Luiz Netto Lobo, ao afirmar que:

A autonomia privada se realiza através do negócio jurídico, especialmente o contrato. Também declara que além do direito das obrigações, há negócios jurídicos que são próprios ao direito de família, ao direito das coisas e ao direito das sucessões. Por isso, o tratamento dos negócios jurídicos deve ser reformulado para abarcar, em sua disciplina, situações jurídicas existenciais.³⁰

E por isso, faz a distinção entre autonomia negocial, como gênero, e autonomia contratual, como espécie. A autonomia negocial ultrapassa os limites da patrimonialidade; contudo, não se pode ignorar que a autonomia negocial não patrimonial é inadequada aos moldes contratuais, deve-se pensar em aplicar a

²⁸KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p.310.

²⁹PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 5 ed., vol.3, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p.170.

³⁰LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Parte geral. 5 ed., vol.1, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.92.

normativa referente à autonomia de forma qualitativamente diversa nas situações existenciais, mas, nem por isso, essas deixarão de ser entendidas como negócios jurídicos.

Ainda pontua Pietro Perlingieri, sobre negócio jurídico patrimonial:

É cediço que o negócio jurídico patrimonial obedece à lógica dos princípios contratuais hoje existentes, tais como autonomia privada, justiça contratual, boa-fé objetiva, função social, etc. Esses, entretanto, não se aplicam pelo menos da mesma forma que nas situações patrimoniais aos negócios jurídicos não patrimoniais, que seguem a lógica da liberdade, do livre desenvolvimento da personalidade nos parâmetros que a própria pessoa estabeleceu para si e não do lucro, da paridade.³¹

Diante da conclusão que os atos de autonomia também podem ser exteriorizados por meio de negócios jurídicos, verificaremos como os elementos do negócio jurídico, previstos no art. 107 do Código Civil, aplicam-se às situações existenciais. O primeiro elemento essencial do negócio é a capacidade do agente, referindo-se à capacidade de fato ou de agir, essencial para se conferir segurança jurídica aos atos patrimoniais praticados. Contudo esclarece Tom L. Beauchamo sobre o tema:

Para as situações existenciais, o importante é que o sujeito tenha discernimento, ou seja, capacidade de querer entender, por se tratar de ato afeto à realização da dignidade humana, valorizando o quanto for possível, de forma proporcional ao discernimento, que se torna uma condição material imprescindível para a validade da manifestação da vontade em situações jurídicas existenciais, pois demonstra independência de vontade, sem atuação de forças externas ou vícios de consentimento.³²

O discernimento é relevante para que possa garantir um agir livre, voluntário, para que a pessoa possa escolher segundo seu melhor interesse, sem pressões externas. Como visto no entendimento de José Roberto Goldim:

As pessoas com voluntariedade preservada organizam as suas vidas com base em um conjunto de crenças, valores, interesses, desejos e objetivos. Tais elementos permitem que a decisão de cada uma seja peculiar. O

³¹PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p.189.

³²BEAUCHAMO, Tom L. **Princípios de ética e biomédica**. 4.ed., vol. 3, São Paulo: Editora Loyola, 2002, p.140.

importante é diferenciar um valor ou crença pessoal de uma situação de coerção por terceiros, de constrangimento no ato de optar por uma das alternativas as que são extremamente relevantes quando se consideram os grupos de pessoas vulneráveis.³³

Por ser um ato de autonomia existencial, além de ser livre, a princípio, é necessário que ele seja expresso pelo próprio titular de direito, pois em regra se trata de formas de exercícios de direitos de personalidade. Existem situações em que a própria pessoa pode instituir alguém para decidir por ela em casos de incapacidade, ou mesmo, de terminalidade; nessas situações é possível a nomeação de um representante para atuar pela pessoa, o que deve ser feito preferencialmente pelo representado quando estiver em estado de capacidade.

³³GOLDIM, José Roberto; RAYMUNDO, Márcia Mocellin. **Revista Bioética**. 1 ed., vol.15, Brasília, 2007, p.83.

CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIRETO DE FAMÍLIA

A Constituição da República Federativa do Brasil é nossa norma maior, ela rege todos os princípios e concede ao legislador o amparo para a instauração da norma infraconstitucional. Sob as orientações constitucionais se formam as demais normas.

E não se faz diferente ao tratar a Constituição sobre os princípios que a mesma emana ao Direito de Família. Sua supremacia leva para os institutos familiares, a propagação dos seus princípios mais abundantes sobre a ótica da proteção integral que é a família, como bem jurídico amplamente tutelado.

E sobre tais princípios, passa-se a transcorrer sobre os que se fazem extremamente relevantes para compreensão do presente estudo.

2.1 - Princípio da dignidade da pessoa humana

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo firmado já no primeiro artigo da Constituição da República. Podendo ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções.

Como anota Rodrigo da Cunha Pereira:

O Princípio da dignidade humana é o **mais universal de todos** os princípios. É um macroprincípio do qual se erradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.³⁴ (grifo do autor)

Prevê o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil que, o Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Transcreve-se:

³⁴PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 6.ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 161.

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

A dignidade da pessoa humana outorga unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Alexandre de Moraes conceitua a dignidade como sendo:

A dignidade é um valor espiritual e moral à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.³⁵

O Princípio da dignidade humana é então, uma primazia diante da tutela jurisdicional e para composição do Estado Democrático de Direito.

Com o mesmo pensar Guilherme Calmon Nogueira da gama preleciona:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares, o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.³⁶

O Princípio da dignidade humana significa igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim é indigno dar tratamentos diferenciados às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

³⁵MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed., vol. 3, São Paulo: Editora Atlas, 2008, p.38.

³⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Das relações de parentesco**. 3 ed., vol. 4, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.101.

2.2 - Princípio da Liberdade

A liberdade e a igualdade correlacionadas entre si foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito, que tem como finalidade assegurar a liberdade, coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual.

Neste sentido pontua Cláudia Lima Marques:

Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais, marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal.³⁷

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção. Esses princípios, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional.

De forma sintética e clara, Fabíola Albuquerque assegura que:

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho.³⁸

Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Conclui-se que a liberdade, onde o relacionamento está cada vez mais moderno, a sociedade busca interagir mais com os tipos de relações diversas, não discriminando como antes, com isto, a liberdade entre as pessoas, cada vez mais, vem marcando as relações familiares.

³⁷MARQUES, Claudia Lima. **Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual**. 5 ed., vol.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 1999, p. 11.

³⁸ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, **Poder familiar nas famílias recompostas**. 3 ed., Vol. 2, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.161.

2.3 - Princípio da Afetividade

Mesmo não declarado pelo texto constitucional, o princípio da afetividade tem norteado o universo jurídico com relação ao modelo de família atual. Observa claramente o legislador que, a constituição da família não mais se prende aos laços biológicos, mas atende ao princípio da afetividade.

A Constituição da República elenca um imenso rol de direitos e garantias individuais e sociais de forma a garantir a dignidade de todos. A partir da Constituição de 1988, o afeto tem sido apontado como um dos principais fundamentos da família, onde o vínculo familiar é estruturado mais no afeto do que no vínculo biológico.

É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, como diz Paulo Lobo:

São identificados na Constituição da República quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6.º); b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5.º e 6.º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4.º); e d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).³⁹

Entende-se que o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico de afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito alcançado.

Para Sérgio Resende de Barros o afeto expressa:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Iguamente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo em seu dizer, que é a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, com sempre foi, a família.⁴⁰

³⁹LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. Famílias. 3.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.43.

⁴⁰BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família**. Dos fundamentos aos operacionais. São Paulo: Imago, 2003, p. 143.

A socioafetividade tornou-se então uma das maiores características da família atual e se assenta nas relações familiares onde o amor é cultivado cotidianamente. A partir desse contexto é que se funda a família atual e que surge o princípio da afetividade, que decorrendo de outros princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, é considerado princípio implícito, esclarece Andressa Bonato Scuro e Vitor Hugo Oltramari:

O princípio da afetividade está previsto de forma implícita na Constituição da República e decorre de mudanças ocorridas ao longo dos tempos, passando as relações familiares a se fundamentar, sobretudo no afeto entre seus membros. Considerando um direito fundamental de todos, o afeto torna-se elemento precípua da entidade familiar, podendo ser conjugal ou parental.⁴¹

Logo, o princípio da afetividade é parte norteadora para se compor a estrutura familiar, pois é parte preponderante para constituição dos laços entre os entes e, acima de tudo, promover um convívio sadio e uma relação ampliada para melhor desenvolvimento da família.

2.4 - Princípio do melhor interesse da criança

É de salientar que o princípio do melhor interesse da criança deva ser reconhecido como pilar fundamental do Direito de família contemporâneo e encontra assento constitucional no art. 227 da Constituição da República que diz:

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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴²

⁴¹SCURO, Andressa Bonato; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **O reconhecimento jurídico do direito de visitas entre avós e netos no contexto da convivência familiar.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6122> acesso em 31/10/2013 às 15:22.

⁴²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **VadeMecum Saraiva.** 5 ed., atual., e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 162.

Deixa claro o posicionamento do legislador que, deve-se preservar o interesse da criança com grande relevância, e que seu direito sobrepõe aos interesses dos demais tutelados.

Com reflexos do texto constitucional, o artigo 3º do Estatuto da criança e do Adolescente, assegura ao menor todos os direitos, sem obstar a proteção integral, assegurando ainda todas as oportunidades e facilidades de modo a lhe proporcionar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, sem desprezar sua liberdade e sua dignidade.⁴³

Não se trata apenas de uma reprodução do texto constitucional, mas sim uma afirmação ponderada em que se reconhece que além de terem direitos fundamentais, eles serão interpretados de maneira especial, dando a criança toda proteção aclamada durante seu desenvolvimento.

Para Paulo Lobo:

O melhor interesse é um reflexo do caráter integral da Doutrina Jurídica da Proteção Integral que orienta o Estatuto da Criança e do Adolescente e tem estrita relação com a Doutrina dos Direitos Humanos em geral. Assegura que é de prioridade e não de exclusão de outros direitos e interesses.⁴⁴

O Código Civil de 2002, também ressalta a proteção do menor quando trata em seu capítulo XI sobre a proteção da pessoa dos filhos. Destaca as medidas a serem tomadas que melhor atendam o interesse do menor nos casos da dissolução conjugal. Observa-se com relevância.

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.
Parágrafo Único: Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o dispositivo na lei específica.⁴⁵

⁴³ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2.ed., vol.1, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

⁴⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Famílias. 5 ed., vol. 3, São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p.54.

⁴⁵BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Vademecum Saraiva**. 5 ed., atual., e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 292.

A paternidade envolve a construção de um amor filial, a criação de ambiente propício para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação, a educação da prole de forma sadia e em condições de liberdade e dignidade. Luiz Edson pontua como:

Um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma.⁴⁶

É perceptível que, diante das relações familiares, será observada com prioridade, a proteção integral do menor, tendo os responsáveis antes de tudo, o dever de observância do que seja melhor para a criança.

Sob orientação de Moacir Pereira Mendes:

O que devemos observar, na verdade, quando da interpretação do texto legal, nada mais é do que a proteção dos interesses do menor, os quais deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.⁴⁷

Buscando o mecanismo que mais atenda as necessidades da criança, o princípio do maior interesse da criança é o que assegura a sua proteção integral, garantindo uma estruturação que promova seu melhor desenvolvimento.

2.5 - Princípio da Função Social da Família

Atualmente é respeitado o indivíduo nas relações familiares, porém é afastada a individualidade para que, como sendo meio de uma integração social, haja dentro das famílias uma boa convivência, e não levar-se somente por desejos próprios e egoísticos do indivíduo. Nesse sentido, ressaltando a importância das garantias

⁴⁶FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade**. Relação Biológica e Afetiva. 4 ed., vol. 3, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996, p. 125.

⁴⁷MENDES, Moacir Pereira. **A Proteção integral da criança e do adolescente: Novidade utópica ou realidade esquecida?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=2257>. Acesso em 31/10/2013 às 19:06.

dadas pela Constituição e a eficácia da função social da família assevera os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que:

A aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a funcionalidade de seus institutos. Mesmo com a pluralidade de núcleos familiares, o que é de grande relevância é a prioridade do interesse do menor, ou seja, por mais que os pais se divorciem, deve existir respeito à convivência familiar, para que não ocorram grandes traumas ao menor, não devendo cessar a convivência mesmo que morem em casas distintas.⁴⁸

Contudo a função educacional, cultural, protetora e assistencial da família prevalece ainda mais nos dias de hoje, ainda que mais fortes, primeiramente respeitando a dignidade dos seus entes e como objeto secundário podemos afirmar maior segurança à sociedade, pois é dentro de casa que começa a formação do caráter do futuro cidadão e conseqüentemente suas atitudes perante a sociedade.

⁴⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 5 ed., vol. 6, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p.104.

CAPÍTULO 3 – FILIAÇÃO: Entre a paternidade socioafetiva e a verdade biológica

A paternidade socioafetiva não é espécie acrescida, excepcional ou supletiva da paternidade biológica, é a própria natureza do paradigma atual de paternidade, cujas espécies são a biológica e a não-biológica. Em outros termos, toda paternidade juridicamente considerada é socioafetiva, pouco importando sua origem. Nas situações freqüentes de pais casados ou que vivem em união estável, a paternidade e a maternidade biológicas realizam-se plenamente na dimensão socioafetiva. Sua complexidade radica no fato de não ser um simples dado da natureza, mas construção jurídica que leva em conta vários fatores sociais e afetivos, reconfigurados como direitos e deveres.

Superou-se a equação simplista entre origem genética de um lado, e deveres alimentares e participação hereditária de outro. A paternidade é múnus assumido voluntariamente ou imposto por lei no interesse da formação integral da criança e do adolescente e que se consolida na convivência familiar duradoura.

A discussão entre paternidade biológica e socioafetiva não está pacificada nos tribunais e dividem-se os especialistas. Os defensores da corrente biológica amparam-se principalmente no parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição, que diz: “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”. Segundo adeptos da corrente, o dispositivo garante aos filhos, reconhecidos e não reconhecidos, direito, inclusive, à herança.

Já a outra corrente baseia-se especialmente em jurisprudência firmada em diversas cortes pelo país que determina a prevalência do vínculo socioafetivo, justamente para evitar demandas de cunho meramente patrimonial.

Há ainda uma terceira via, mais rara, a da dupla filiação, em que se reconhece tanto a paternidade socioafetiva quanto a biológica. Assim a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a existência de pai socioafetivo não pode impedir o reconhecimento da paternidade biológica, com suas conseqüências de cunho patrimonial. O desembargador Raduan Miguel Filho,

presidente do Instituto Brasileiro de Família (Ibdfam) em Rondônia comentou a decisão:

Entrevista: dupla parentalidade

21/10/2013

Fonte: Assessoria de Comunicação do IBDFAM

Na última semana, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que a existência de pai socioafetivo não pode impedir o reconhecimento da paternidade biológica, com suas consequências de cunho patrimonial. O desembargador Raduan Miguel Filho, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (Ibdfam) em Rondônia comentou a decisão. Confira:

1) Na sua avaliação o entendimento do STJ de que a paternidade socioafetiva não pode ser imposta contra a pretensão de um filho, quando é ele próprio quem busca o reconhecimento do vínculo biológico está correto?

Entendo que o posicionamento do STJ está correto porque o filho, embora tenha um pai registral tem direito de saber a sua origem biológica. Vemos no direito das famílias contemporâneo, novos arranjos familiares e novas formas de paternidade e maternidade. Decorrentes desses novos arranjos, dessas novas famílias, criam-se laços afetivos e situações inusitadas que tem desafiado os julgadores. A paternidade é exemplo desses laços. Sabe-se que a paternidade, atualmente, exige mais que um laço de sangue, mais do que a procriação, é necessário, sobretudo o vínculo afetivo e emocional, surgindo daí a figura da paternidade socioafetiva, na qual o pai reconhece como seu um filho não biológico. Todavia, uma vez instalada essa situação fática e jurídica, ela não constitui óbice ao filho que tem interesse em conhecer a sua origem biológica. Isso é uma realidade para a qual o direito e os julgadores não podem fechar os olhos. Não podemos olvidar que é preciso buscar um direito próximo da realidade, ainda que a situação não esteja prevista no direito positivado. Ora, se é possível o reconhecimento de dupla maternidade porque não também da dupla paternidade? Penso não ser razoável impor ao filho que escolha somente um daqueles que exercem a função de pai, não sendo razoável também admitir que um dos pais se sobreponha ou exclua o outro, e isso consiste em adequar o direito às novas realidades sociais. Ademais, entendo que a paternidade socioafetiva pode conviver harmoniosamente com a paternidade biológica, não havendo óbice para que conste na certidão de nascimento o nome dos dois pais (socioafetivo e biológico). Registro, no entanto, que a questão é nova, e merece uma análise mais acurada, devendo ser estudada e debatida pelos tribunais e operadores do direito, à luz dos novos paradigmas com os quais lida o direito de família atual.

2) Sendo reconhecida a paternidade biológica, teria esse filho o direito sucessório à herança dos pais, afetivo e biológico?

Uma vez reconhecida a dupla parentalidade, é indubitável que filho terá todos os direitos inerentes à filiação, inclusive os direitos sucessórios. Ora, se a pretensão é ter dois pais registrais, um socioafetivo e outro biológico, o reconhecimento não visa usurpar, mas sim ampliar direitos.

3) Na sua opinião quais princípios norteiam o reconhecimento da dupla parentalidade?

A pretensão do filho em saber a sua origem e a busca pelo reconhecimento do vínculo se coaduna com o princípio do melhor interesse, que visa a busca de soluções que representem maiores

benefícios para a criança e adolescente, além do princípio da dignidade humana.⁴⁹

Desta feita, a discussão entre paternidade socioafetiva e biológica por não estar pacificada nos tribunais, encontra-se um amplo estudo dos especialistas para chegarem a um entendimento pontual sobre o tema. Assim a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça posicionou no entendimento de que o pai socioafetivo não pode impedir o reconhecimento da paternidade biológica no que concernem as conseqüências de cunho patrimonial, ou seja, aos direitos sucessórios.

3.1 – Posicionamento jurídico atual

Conforme aresto abaixo colacionado, o Relator, Desembargador Dr. Roberto Carvalho Fraga reconheceu a paternidade socioafetiva, embora tenha sido provada a paternidade biológica, sob o fundamento que as relações parentais de filiação baseada na afetividade, ou constituída com base no afeto, deve se sobrepor à filiação biológica ou registral, isso ocorre, porque, ninguém passa a ser pai na verdadeira acepção da palavra, só porque se descobriu que biologicamente é o pai, concluindo ainda que após a descoberta do pai biológico, o pai socioafetivo não deixa de ser pai, pois foi este que esteve com a criança durante a fase mais importante de sua vida.

No mesmo voto observa-se que a verdade, em matéria de paternidade e filiação, está longe de ser absoluta e acima do mero vínculo biológico, tendo relevância o vínculo registral quando acompanhado do vínculo social e afetivo.

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

⁴⁹BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – Disponível em <http://ibdfam.org.br/noticias/5167/+Entrevista%3A+dupla+parentalidade#.Un1PYpm9Kc2>. Acessado em 14/11/2013.

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 ocorrência de vício de consentimento no ato que registrou ou, em situação excepcional, demonstração de cabal ausência de qualquer relação socioafetiva entre pai e filho. Ainda que exista a filiação biológica, confirmada no feito, estando demonstrada nos autos a filiação socioafetiva que se estabeleceu entre o autor e o pai registrou, a paternidade socioafetiva impera sobre a verdade biológica. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, APELAÇÃO CÍVEL Nº 70044880854, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ROBERTO CARVALHO FRAGA, JULGADO EM 11/04/2012).⁵⁰

Na presente decisão apesar de constatado que o pai que registrou não era o pai biológico da criança, mesmo assim prevaleceu o vínculo afetivo, pois, a partir do momento em que se cria o vínculo socioafetivo, considera-se a família estruturada e o que é mais importante é a paternidade socioafetiva personificada na pessoa da criança. Contudo, a jurisprudência passou a admitir este tipo de paternidade socioafetiva como sendo uma adoção à brasileira.

Segundo entendimento moderno do Direito de Família que foi se sedimentando no nosso país, acolhido pelas melhores doutrinas e jurisprudências, as relações familiares devem se basear mais no afeto do que o próprio vínculo biológico.

3.2 - Análise de uma decisão – Entre a paternidade socioafetiva e a verdade biológica

A presente análise consiste na situação onde os pais que se apresentavam ao cartório como genitores de um filho que não fosse seu biologicamente, e que não respeitavam o procedimento legal da adoção, tipificando-se crime contra o estado de filiação, como expresso no artigo 242 do CP, portanto, era muito comum na antiga realidade brasileira, onde os filhos de mulheres solteiras, ou advindo de uma relação adúltera, eram abandonados, ou até mesmo vendidos para casais que sonhavam

⁵⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70044880854**. Rel. Min. Roberto Carvalho Fraga. Julgamento: 11/04/2021, Órgão Julgador. 7ª Câmara Cível. Publicado: 13/04/2012. Disponível em: www.tjrs.gov.br. Acesso em: 16/10/2013.

em ter sua própria prole. Esses registravam, e criavam essas crianças como se seus filhos fossem.

Porém, não raras às vezes, quando essas crianças cresciam e descobriam que eram adotadas, para a formação da sua própria identidade questionavam-se sobre a identidade de seus pais biológicos, e muitas vezes seguiam em busca da realidade genética, havendo assim o confronto entre a filiação afetiva, a biológica e a verdade do registro civil.

Cabe ainda lembrar que, a jurisprudência possui o posicionamento que não cabe arrependimento do adotante e, sendo reconhecida a filiação sócio-afetiva é mantido o registro mesmo que todos queiram sua invalidação. Nesse sentimento vem expressamente decidir pela prevalência do vínculo afetivo, como demonstra a decisão dos tribunais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE COM ANULATÓRIA DE REGISTRO. VÍCIO DE ERRO À ÉPOCA DO REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA. PATERNIDADE BIOLÓGICA ADIVERSA. COMPROVAÇÃO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO DEMONSTRADO. PEDIDO IMPROCEDENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. A ausência de vício no registro, atrelada ao evidente vínculo sócio-afetivo já estabelecido entre o pai registrou e a filha registrada, obsta o pedido de anulação do registro, muito embora tenha sido comprovada a paternidade diversa;

II. O vínculo afetivo que se formou entre o Autor e a Ré não se apagam pura e simplesmente com a ação negatória de paternidade, porque a filiação sócio-afetiva se sobrepõe à vontade unilateral do genitor em excluir a paternidade.

III. A desconstituição da paternidade exige não só a demonstração científica através do exame de DNA, negando-a, mas também a ausência de relação sócio-afetiva. Se a prova dos autos atesta que houve essa relação marcada fortemente pela convivência familiar, caracterizado está o estado de filiação que é prestigiado pelo Estatuto Menorista e pela Constituição Federal, criando direitos e obrigações⁵¹.

Neste caso, tem-se a chamada “adoção à brasileira”, criando-se a paternidade através de simples manifestação de vontade diante do registro público. Considere-se a inexistência, nessa hipótese, do vício do consentimento do erro, eis

⁵¹BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 1.0024.10.105792-5/001, 7ª Câmara Cível, Relator Des. Washington Ferreira, julgado em 16/07/2013, publicação: 19/07/2013, disponível em www.tjmg.gov.br, acesso em 16/10/2013.

que claramente toda a situação de inexistência do vínculo filial é conhecida por aquele que manifesta a vontade, sendo incabível a argumentação de qualquer defeito em sua exteriorização. Ocorre que o pai registral, por algum motivo, na grande parte dos casos por um rompimento no relacionamento antes estabelecido com a mãe da criança, busca com base no art. 1.604 do Código Civil, a invalidação do registro civil realizado, objetivando a desconsideração jurídica da filiação previamente estabelecida. Deve-se ressaltar que a paternidade gera uma série de efeitos e deveres, sobretudo patrimoniais, de forma que, busca o pai registral, nos casos de separação da genitora da criança, a desconstituição do registro de nascimento, como forma mais eficaz de esquivar-se das obrigações assumidas.

Conclui-se que passou a ser reconhecido pela jurisprudência o valor jurídico do afeto, como elemento primordial para o estabelecimento da filiação onde o afeto torna-se, então, elemento componente do suporte fático da filiação socioafetiva. Isto significa dizer que temos filiação socioafetiva quando o estado fático trazido à apreciação conjuga afeto, convivência, tratamento recíproco paterno-filial e razoável duração. Esta relação de fato passa a ser reconhecida juridicamente, restando um vínculo que produz todos os efeitos de qualquer outro vínculo de filiação.

Outro exemplo é quando o pai registral alega que conforme exame de DNA, ele não é o pai biológico da criança que registrou, tendo em vista que o mesmo foi envolvido por uma armação da mãe da criança, que o fez acreditar que era de fato o pai da criança, em virtude da união estável em que viviam, como demonstra a decisão dos tribunais.

EMENTA: PRETENSÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS – PATERNIDADE BIOLÓGICA EXCLUÍDA. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA COMPROVADA. Comprovado nos autos pela prova testemunhal a relação paterno/filial entre a investigante e o investigado, por longo período é de reconhecer-se a paternidade. A paternidade sócio-afetiva não pode ser ignorada, ainda que o exame de DNA seja negativo, quando o próprio investigado assume a filiação da investigante publicamente, e age como tal perante o meio social em que vive. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE -- INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - CONCLUSÃO APURADA EM EXAMES DE DNA - AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO - VERDADE REAL - PROVIMENTO.⁵²

⁵² BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 1.0024.09.600217-5/002, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Fernando Caldeira Brant, julgado em 19/09/2013, publicado em 23/09/2013, disponível em www.tjmg.gov.br, acesso em 21/10/2013.

Mas, ocorre que a doutrina e a jurisprudência não têm reconhecido somente a filiação biológica, como também e principalmente a filiação denominada socioafetiva, tendo em vista que a paternidade socioafetiva não pode ser ignorada, ainda que o exame de DNA seja negativo, quando o próprio investigado assume a filiação da investigante publicamente.

Dessa forma, pode ser percebido que é a postura de quem realiza o registro que vem sendo considerada pelos julgadores no momento da decisão dos casos de desconstituição de paternidade. Se quem realizou o registro sabia que a paternidade biológica não existia ou pelo menos tinha dúvidas a esse respeito, não obterá êxito em seu pleito de desconstituição. No entanto, se o reconhecimento foi fruto de erro, não deixando de levar em consideração o liame afetivo e a posse de estado de filho, desconsidera-se toda a situação estabelecida, privilegiando-se os interesses daquele que registrou em detrimento do filho que fora reconhecido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que o conceito de família sofreu inúmeras mudanças, diante de uma sociedade desvinculada de apelos sociais. A entidade familiar tanto pode ser constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, sobretudo construída pelo afeto.

Os elementos fundamentais recebidos pelos filhos enquanto membros de uma família é a fonte de formação e desenvolvimento de suas personalidades. Assim, uma criança fora do seu meio familiar não terá condições psicológicas de se desenvolver plenamente. Modernamente e o mais aceitável na sociedade atual, é que a família deve valorizar o sentimento, uma vez que traduz a noção de afeto, elemento propulsor da atual relação de convivência, com a demonstração do desejo de estar junto a outrem, constituindo, pois, o alicerce de uma entidade familiar.

Na presente pesquisa averiguou-se que a perspectiva hierarquizada da família sofreu ao longo do tempo uma profunda transformação. Além de ter havido uma sintomática redução de seus componentes, alternou ainda algumas atribuições. A emancipação feminina e o ingresso no mercado de trabalho levaram a mulher para fora do lar. A inversão de prerrogativas fez com que o homem deixasse de ser o provedor exclusivo da família, no entanto, passou a ser partícipe nas atividades domésticas. Dessa forma, a família patriarcal de concepção romana foi cedendo espaço a outros tipos de organizações familiares. A família moderna mudou. Hoje seu principal papel é de suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, sem dúvida, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos.

De todo o trabalho ficou claro que a paternidade não é um dado puramente biológico, ela é vista atualmente como exercício de uma função, na qual se inclui o tratamento, a convivência familiar e tem o escopo de propiciar ao filho um desenvolvimento sadio.

Neste aspecto, a identidade de um para com o outro é mais relevante do que a descendência genética. É plausível concluir que o conflito levado a juízo acerca da paternidade originária de reconhecimento voluntário, exercitado por geração biológica alheia, deve ser solucionado levando-se em conta que a criança não é um

instrumento do qual dispõe o pai para consecução dos seus objetivos e que essa conduta não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A paternidade socioafetiva é irretroatável, sobretudo quando a relação já se consolidou, tendo a criança, em relação ao pai, a posse de estado de filho; demonstrando trazer o patronímico do pai, ter no seio da família o tratamento dispensado a um filho e o reconhecimento pela família e da sociedade na qual esta se insere na existência do vínculo de filiação.

Portanto, falar em ação negatória de paternidade ou anulatória de registro civil pressupõe a existência de um vício de consentimento que macula o ato da perfilhação. Assim, impossível visualizar tal circunstância quando alguém reconhece como seu, voluntariamente, o filho de outrem. As ações para desconstituição da paternidade socioafetiva não devem ser exitosas, principalmente quando a paternidade foi estabelecida por ato volitivo, não maculado por vício. Entretanto, há situações em que o homem é induzido ao erro pela mulher, porém na hipótese de existir convivência familiar criando laços afetivos entre o pai e o filho reconhecido não se deve anular o registro desconstituindo a paternidade, sob essa alegação, pois o vínculo que se criou entre o pai e o filho reconhecido são indissolúveis, tendo no registro de nascimento apenas a exteriorização dessa união de laços afetivos, este, por sua vez, é base de toda a família e deve sempre prevalecer o princípio do melhor interesse da criança. Não é pela separação da mulher que o homem deve desconstituir a paternidade do filho reconhecido, sob a alegação de que ensejará o pagamento de pensão alimentícia, direito sucessório e outros.

Os conteúdos apresentados não esgotam inteiramente o assunto relativo à paternidade socioafetiva e a biológica, mas certamente contribuirão para ampliar o debate acerca da problemática, formando uma síntese dessa questão, extremamente atual em nosso cotidiano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Cristina de. **DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana**. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Poder familiar nas famílias recompostas**. 3 ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil Interpretado**. 2 ed., vol. 1, Rio de Janeiro: 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família**. Dos fundamentos aos operacionais. São Paulo: Imago, 2003.

BEAUCHAMO, Tom L. **Princípios de ética e biomédica**. São Paulo: Editora Loyola, 2002.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Editora Servanda, 2008.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 5 tir., Rio de Janeiro: 1940.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **VadeMecum Saraiva**. 5 ed., atual., e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – Disponível em <http://ibdfam.org.br/noticias/5167/+Entrevista%3A+dupla+parentalidade#.Un1PYpm9Kc2>. Acessado em 14/11/2013.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Org: Anne Joyce Angher, 4 ed., Ver., Atual., e ampl., São Paulo: Editora Rideel, 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula n.º 149. É imprescritível a ação de investigação de paternidade. In: _____. Súmulas. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **VadeMecum Saraiva**. 5 ed., atual., e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 1.0024.10.105792-5/001, 7ª Câmara Cível, Relator Des. Washington Ferreira, julgado em 16/07/2013, data da publicação: 19/07/2013, disponível em www.tjmg.gov.br, acesso em 16/10/2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 1.0024.09.600217-5/002, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Fernando Caldeira Brant, julgado em 19/09/2013, data da publicação: 23/09/2013, disponível em www.tjmg.gov.br, acesso em 21/10/2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70044880854. Rel. Min. Roberto Carvalho Fraga. Julgamento: 11/04/2021, Órgão Julgador. 7ª Câmara Cível. Publicado: 13/04/2012. Disponível em: www.tjrs.gov.br. Acesso em: 16/10/2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3 ed., ver., Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 4 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 26 ed., vol.5, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. 1, São Paulo: Editora Saraiva 1998.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2 ed., Vol.1, São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**. Relação biológica e afetiva, 4ed., vol.3, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. 5 ed., vol.6, Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 15 ed., Vol. Único, Curso Completo, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 8 ed., Ver., Atual., e ref., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Das relações de parentesco**. 3 ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

GOLDIM, José Roberto; RAYMUNDO, Márcia Mocellin. **Revista Bioética**. 1 ed., Vol.,15, Brasília, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Famílias. 5 ed., vol. 3, São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Parte geral. 8 ed., vol.1, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual**. 3 ed., vol.3, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 1999.

MENDES, Moacir Pereira. **A Proteção integral da criança e do adolescente: Novidade utópica ou realidade esquecida?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2257>. Acesso em 31/10/2013 às 19h06min.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 40 ed., vol. 2, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 41 ed., vol. 2, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. vol. 1, São Paulo: Editora Atlas, 2008.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro, **Paternidade e Coisa Julgada**. Limites e Possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. 3 ed., vol.1, Curitiba: Editora Juruá, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20 ed., vol. I, Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família, 5 ed., vol.V, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. 4 ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 6 ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. 3 ed., vol.1, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**. Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28 ed., vol. 6, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SCURO, Andressa Bonato; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **O reconhecimento jurídico do direito de visitas entre avós e netos no contexto da convivência familiar.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista artigos_leitura&artigo_id=6122](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6122)> acesso em 31/10/2013 às 15h22min.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade.** 2 ed., vol. 1, Porto Alegre: Editora RT, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** Direito de Família. 12 ed., Vol. VI, São Paulo: Editora Atlas, 2012.