

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ALOIZIO DE REZENDE JUNIOR

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURISPRUDENCIAIS

Aracaju
2016

ALOIZIO DE REZENDE JUNIOR

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS
JURISPRUDENCIAIS**

Monografia apresentada como requisito de avaliação da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, ministrada pela Professora Pós-doutora Hortência de Abreu Gonçalves, no 2º semestre de 2016, do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, a fim de obter o grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

Profª. Msc. América Cardoso Barreto Lima
Nejaim

Aracaju
2016

ALOIZIO DE REZENDE JUNIOR

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS
JURISPRUDENCIAIS**

Monografia apresentada como requisito de avaliação da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, ministrada pela Professora Pós-doutora Hortência de Abreu Gonçalves, no 2º semestre de 2016, do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, a fim de obter o grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientador

Prof^a. Msc. America Cardoso Barreto Lima Nejaim
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

1º Examinador

Prof. Msc. Lucas Cardinali Pacheco
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

2º Examinador

Prof^a. Esp. Cleide Alves Messias
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

O presente trabalho é dedicado a Deus, e a minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu Deus, por mais esta conquista na minha vida, ao Senhor toda honra e toda glória! Durante essa caminhada me deu força, coragem e fé, para seguir frente, em busca deste sonho, que muito vislumbrava realizar. Que darei eu ao Senhor por todos os benefícios que me tem feito? SL 116.12

A minha querida esposa, Alvanir, pela sua companhia constante ao meu lado, em toda esta trajetória, pelo apoio, incentivo, muito obrigado amor, te amo! Ao meu filho Vitor Gabriel, meu presente de Deus, papai ama muito!

Aos meus queridos pais, pelo amor, carinho, educação que me deram com tanto esforço, fica a minha gratidão. A toda minha família, Souza Rezende, por sempre acreditar em mim.

A minha querida sogra Gracelídia, meu sogro Cicero Ramos (in memoriam), meus cunhados, que Deus abençoe a todos, fica aqui minha gratidão.

A minha amiga e irmã, Raquel, e toda família, que sempre me incentivou, em toda essa trajetória acadêmica, fica minha eterna gratidão a vocês.

A minha querida orientadora prof^a. Msc America Nejaim, pela paciência e correções ao longo deste trabalho, fica minha gratidão.

Aos mestres e queridos professores que contribuíram para o meu crescimento e conhecimentos acadêmicos, em especial: Antonina Gallotti, Fernando Ferreira, José Carlos Santos, America Nejaim, Clara Angelica, Lucas Cardinali, Vander Costa, Gilda Diniz, Pedro Durão, Vitor Condorelli, Alessandro Buarque, Eduardo Ubirajara, Everton Gonsalves, Hortência de Abreu, Marcelo de Macedo, Mateus Dantas, em fim, a todos os meus mestres que contribuirão para os meus conhecimentos.

Aos meus pastores muito grato pela compreensão, de entenderem, quando estive ausente. Ao grupo Cristo Liberdade e Vida do Castelo Branco, e toda a igreja pelo incentivo e compreensão, fica minha gratidão.

Por fim, a todos os colegas de faculdade, aos clientes e amigos, que sempre me deram incentivo, a subir cada degrau, a todos, sou muito grato por tudo!

Só tem o direito de criticar
aquele que pretende ajudar.

Abraham Lincoln

RESUMO

A Paternidade Socioafetiva tem sido tema de discussão em vários tribunais brasileiros. Com a publicação da Constituição Federal e o Código Civil, várias mudanças ocorreram na família, base da sociedade, as quais beneficiaram a criança e o adolescente. Uma delas foi a igualdade do direito dado aos filhos dentro e fora do casamento, uma das grandes conquistas adquiridas através da evolução das leis jurídicas. Apesar da paternidade biológica ser muito importante e em vários casos essencial, o envolvimento afetivo no reconhecimento da filiação deve ser primordial para união de pais e filhos. Com isso, surge a Paternidade Socioafetiva que atualmente vem fortalecendo a família contemporânea. O afeto é a fonte desta união e independente dos laços sanguíneos, está sendo observado com grande relevância juridicamente. O estado por sua vez vem entendendo que as relações baseadas no afeto e carinho são tão importantes quanto as relações biológicas. O vínculo social não advém de laços familiares ou de adoção mas do sentimento que existe entre o adulto e o menor. O reconhecimento deste vínculo conduz a concretização da paternidade. O cuidado da jurisprudência na defesa da criança e do adolescente frente às famílias formadas nos dias de hoje, têm sido um grande desafio. Este desafio frequentemente se apresenta nos tribunais, que têm se posicionado em conformidade à realidade atual: Pai é quem cria, cuida, educa e dar carinho. Assim, a paternidade constituída sob a forma de carinho é digna de reconhecimento jurídico e social. Este trabalho tem a função de analisar como a jurisprudência se apresenta diante da moderna visão do Direito da família.

Palavras-chave: Paternidade Socioafetiva. Direito registral. Filiação.

ABSTRACT

The socio-affective paternity has been the subject of several Brazilian courts. As the Federal Constitution and the Civil Code were published, a lot of changes have taken place inside the family, which is the basis of society, and the same changes have benefited children and adolescents. One of them has been the equal rights which have been given to children in and out any marriage, also is one of the greatest achievements gained through the development of legal laws. Despite the biological paternity be very important and, in many cases, essential, affective involvement that every filiation could recognize should be extremely important to join parents and children. Through this, the Socio-Affective Paternity emerges, which is now strengthening the contemporary family. Affection is the source of this union and independent of blood ties, is being observed with great juridical relevance. The state, of course has understood that relationships based on affection and tenderness are as important as biological relationships. The social bond does not come from family ties or from adoption but from the feeling that exists between the adult and the minor. The acknowledgment of this bond leads to the achievement of paternity. Jurisprudence must be careful when defending not only a child but also an adolescent concerning to the formation of families today, has been a great challenge. This challenge often presents itself in the courts, which have been positioned according to the current reality: Father is the one who creates, cares, educates and gives affection. So, the paternity constituted under affection is juridical and socially recognized. This work has the function to analyze how the jurisprudence is presented considering the point of view of the modern family law.

Keywords: Socio-affective paternity. Regstral law. Membership.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A FAMÍLIA E A EVOLUÇÃO DO SEU CONCEITO ATÉ A CONTEMPORANEIDADE	13
2.1. Origem histórica.....	13
2.2. A família na atualidade e sua proteção legal.....	14
3 DA FILIAÇÃO	19
3.1. Modelos de filiação – presunções da paternidade	21
3.2. Do Reconhecimento dos filhos	23
4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	30
4.1. Alcance legal da paternidade socioafetiva.....	30
4.2. Posse do estado de filho	31
4.3. Paternidade Biológica x Paternidade Socioafetiva	33
4.4. A impossibilidade de sua desconstituição posterior	37
4.5. O vício do erro e o reconhecimento da paternidade	40
5 EFEITOS JURISPRUDENCIAIS	43
6 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916 seguia uma linha em que o casamento legalizava a família, e os filhos que nasciam fora do matrimônio eram considerados ilegítimos. Com as transformações culturais, históricas e sociais, o Direito da Família adotou valores dando privilégio à dignidade da pessoa humana. Surge, então, a paternidade socioafetiva criada nos laços do afeto e fundamentada na dedicação de uma pessoa por outra através do amor, carinho e da voluntariedade.

A paternidade socioafetiva está cada vez mais consolidada tanto na sociedade como no ordenamento jurídico, fazendo a distinção entre pai e genitor, no direito ao reconhecimento da filiação e no direito registral, tendo por pai aquele que desempenha o papel de protetor e educador. Negar que, atualmente, as relações fundamentadas no carinho e afeto são menos importantes do que as relações de sangue é um erro. A filiação biológica não está acima da afetiva. A relação entre pai e filho tem que ter como base o afeto, o sentimento existente entre eles. Supondo que a família é um instrumento de realização do ser humano, não há como praticar a paternidade biológica sem o sentimento do afeto. O afeto não é uma herança genética que se recebe dos pais biológicos. O afeto e a solidariedade chegam com o convívio e não com o sangue.

A jurisprudência afirma que não pode a lei ou a doutrina criar obstáculos para a análise e a probabilidade de uma decisão favorável à desconstituição da paternidade biológica quando desejar o melhor interesse do filho. Entretanto, a discussão que surge é uma forma de reconhecer no campo jurídico a existência do direito do convívio da família que a criança e o adolescente exercem por meio da Paternidade biológica em conjunto com a Paternidade socioafetiva. Esta decisão leva à compreensão de que a filiação socioafetiva possui a mesma fortaleza e os mesmos efeitos jurídicos que a filiação biológica.

Sabendo que o reconhecimento voluntário da paternidade é um ato jurídico unilateral, solene, espontâneo, irrevogável e incondicional, como se dá juridicamente o registro de ambas as paternidades, socioafetiva e biológica, para uma criança?

Pensando nessas considerações, é notório perceber que o tema apresentado tem grande destaque no meio jurídico e também no acadêmico, visto que o respeito e o afeto são fundamentais, como também, o direito do convívio familiar.

O tema escolhido apresenta uma discussão sobre a paternidade, ideia central, que busca juridicamente ser reconhecida, quer biológica, quer socioafetiva. Biológica no que diz respeito ao registro do nascimento, socioafetiva na questão da relação mais profunda do que o vínculo de sangue. Um verdadeiro gesto de amor!

O aprofundamento das questões a serem analisadas promove uma contribuição significativa para que a nossa sociedade se torne mais justa e solidária. Afirmando assim, que a biologia e o afeto podem e devem caminhar de mãos dadas.

A contribuição acadêmica se reflete na capacidade de desenvolver uma crítica diante do tema em estudo levando em consideração a realidade social, cultural e histórica da sociedade brasileira.

Já a jurídica, possibilita encontrar caminhos para que prevaleçam os interesses da criança ou adolescente, oportunizando a sua introdução no núcleo familiar de uma forma efetiva e plena.

Objetivando esclarecer o tema, a pesquisa contemplou os seguintes objetivos:

- * Analisar a jurisprudência, mostrando que o ordenamento jurídico diante à realidade da moderna família contemporânea vem sobrepondo a paternidade socioafetiva em face da paternidade biológica, quando é reconhecida a relação de afeto e paternidade responsável.
- * Avaliar os efeitos e consequências decorrentes do reconhecimento da paternidade socioafetiva, como também a possibilidade de anulação posterior ao ato;
- * Ressaltar a importância da paternidade socioafetiva independente da paternidade registral;
- * Examinar a posição dos tribunais frente à questão do registro de paternidade socioafetiva, sabendo que a criança ou adolescente possui paternidade registral.
- * Refletir sobre os direitos da família na atualidade;
- * Descrever as transformações ocorridas nas famílias e suas respectivas consequências nos dias atuais;

Para tanto, foram elaboradas questões norteadoras adiante descritas, as quais se encontram respondidas ao longo do texto:

a) A Paternidade biológica ou registral pode ser anulada?

- b) Como os tribunais têm avaliado a Paternidade Socioafetiva?
- c) Há alguma proteção legal para se adquirir as duas paternidades?
- d) Qual o papel da jurisprudência diante do reconhecimento da Paternidade Socioafetiva?
- e) Como se apresenta atualmente os Direitos da Família?
- f) A dignidade da criança e do adolescente realmente é respeitada no aspecto paternidade?
- g) As transformações no Direito da Família na ordem histórica, social e cultural foram justas?
- h) Juridicamente existe diferença entre Paternidade Socioafetiva e Biológica?

Com base nos objetivos pretendidos e buscando solucionar as questões norteadoras propostas, este estudo levou em conta tanto o posicionamento jurídico, quanto doutrinário, considerando sob este prisma, a socioafetividade como valor jurídico.

A metodologia empregada baseou-se em levantamento bibliográfico através de fontes escritas, tais como artigos, revistas, jornais, livros, também fora utilizado informações de sites especializados. Neste trabalho, foram desenvolvidos quatro capítulos dos quais pode-se diferenciar da seguinte forma:

O primeiro capítulo deste trabalho abordará a origem e evolução do direito de família até a contemporaneidade, a partir do reconhecimento da pluralidade de entidades familiares e a inserção da filiação sócioafetiva no nosso ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, serão analisados o histórico da paternidade sócio afetiva, bem como a consagração da igualdade entre os filhos garantindo um tratamento paritário entre os filhos.

O terceiro capítulo do trabalho discorrerá sobre o fenômeno da posse de estado de filho no contexto jurisprudencial e o reconhecimento jurídico da filiação sócioafetiva frente aos tribunais brasileiros, finalizando no quarto capítulo com o valor jurídico do afeto e quais as implicações sociais que podem ocorrer com sua desconstituição.

Por fim, será apresentado na conclusão os impactos causados de ordem social, emocional e patrimonial na família e na sociedade em relação à paternidade socioafetiva. Além disso, será analisado a busca dos tribunais em resolver as

questões jurídicas em favor dos interesses da criança, levando como fator primordial, o afeto como elo da formação da família, sem deixar o direito biológico de cada indivíduo.

Assim, o que se verifica é que a paternidade socioafetiva nos dias atuais, é reconhecida de uma forma jurídica e social.

2 A FAMÍLIA E A EVOLUÇÃO DO SEU CONCEITO ATÉ A CONTEMPORANEIDADE

2.1 Origem Histórica

É possível considerar a família como uma das instituições mais antigas do ser humano, a qual, historicamente, mesmo antes do homem se organizar em comunidades sedentárias, consistia em um grupo de pessoas agrupadas a partir de um ancestral comum ou através do casamento.

Segundo Engels (2005):

Desde os tempos pré-históricos, a evolução da família consiste numa redução constante do círculo em cujo interior predomina a comunidade conjugal entre os sexos, círculo este que originariamente abarcava a tribo inteira.

Os indivíduos se unem naturalmente, por uma química biológica, uma formação espontânea no meio social, cuja organização se procede através do direito. Contudo, essa família normatizada pelo direito não consegue acompanhar o intenso movimento de mutação da família natural.

Essas profundas transformações no núcleo familiar é que impulsionam alterações no direito, e não o direito que o transforma. A família pré-existe ao conceito de Estado, ou a qualquer outro tipo de organização social.

É um fenômeno quase intuitivo, onde cada componente sabe e exerce o seu papel; função de pai, função de mãe, filhos, mesmo sem qualquer ligação biológica entre eles.

Para normatizar a conduta desses indivíduos o intervencionismo estatal criou o casamento, como meio de impor limites ao desejo humano e restringir a liberdade. Para serem aceitos socialmente, os vínculos afetivos precisam de outorga do Estado, a qual se dava através do matrimônio.

Nos primórdios, a família caracterizava-se pelo seu aspecto rural, integrada por diversos parentes, de vários graus, onde predominava o exercício do *pater familiaes*.

Com o advento da Revolução Industrial, houve um aumento da necessidade de mão de obra, os núcleos familiares migraram para os grandes centros urbanos e a mulher também obteve seu espaço no mercado de trabalho. Com isso o homem perde

uma parcela de poder na gerência da família, pois deixou de ser o único provedor. A família perde seu caráter unicamente reprodutivo, passando a ter caráter produtivo e econômico.

As relações afetivas foram se flexibilizando, passando a existir fora da unidade matrimonial. O afeto deixou de ser institucionalizado, passando a ser praticado informalmente. As relações extraconjugais ganharam maior notoriedade e com elas os chamados filhos ilegítimos.

Dessa forma, surgiu a necessidade de constituir os laços de parentesco através do afeto, e não da consanguinidade.

Esse novo modelo familiar tem suas relações pautadas no afeto, no sentimento de pertencer a um núcleo, a um grupo de pessoas que estão unidas por vontade e não por conta de uma instituição estatal, é a verdadeira posse do estado de filiação.

2.2 A Família na atualidade e sua proteção legal

O Direito de família brasileiro passou por profundas alterações no último século. Essas transformações estão presentes no Código de 1916, na Constituição de 1988 e no Código de 2002.

Tais mutações influenciaram diretamente na atividade legislativa, flexibilizando institutos para que se adequassem a realidade atual. A família, antes patriarcal, hierarquizada, passou a se organizar de formas diversas, sendo a Constituição de 1988, o primeiro instrumento a embasar tais alterações.

O Código de 1916 foi elaborado à luz da sociedade patriarcal; a mulher dedicava-se exclusivamente ao cuidado com os filhos e com o lar; o homem era considerado o chefe, responsável pela condução do destino da família. Os filhos se submetiam à total autoridade paterna.

A Igreja Católica, mesmo sem exercer dominação efetiva sob o Estado, ainda transmitia aos indivíduos a noção da moral cristã, a qual pregava a indissolubilidade do casamento, a incapacidade relativa da mulher bem como a distinção entre os filhos havidos fora do casamento.

Todos esses dogmas influenciaram diretamente os legisladores na elaboração das leis, reforçando ainda mais a estatização da família e a desigualdade de filiação.

A filiação que existia era a do Código Civil de 1916 e estava pautada no Direito Romano, fazendo discriminação entre os filhos, dividindo-os em legítimos, ilegítimos e adotivos.

Os filhos legítimos eram os concebidos dentro do matrimônio. Os ilegítimos concebidos fora do casamento, classificados em naturais ou espúrios.

A filiação natural, os filhos eram nascidos de um casal, onde os pais poderiam realizar o casamento, porém não fizeram. E a filiação espúria, os filhos eram nascidos de pessoas com impedimento pra casar.

Já filiação adotiva, foi a mais utilizada e desenvolvida no Direito Romano.

Sobre a adoção na fase romana, Granato (2010, p. 38) assim se manifestou:

Além da necessidade de se perpetuar o culto doméstico e dar continuidade à família ali a adoção atingiu, também finalidade política, permitindo que plebeus se transformassem em patrícios e vice-versa, como Tibério e Nero, que foram adotados por Augusto e Cláudio, ingressando no tribunado.

Contudo, a partir da metade do século XX, o legislador foi percebendo as mudanças sociais e aos poucos foram concedidas algumas alterações, tais como a capacidade da mulher (Estatuto da Mulher Casada), instituição do divórcio e de alguns direitos para a filiação que ainda era tratada como ilegítima. Foi um longo e difícil processo, principalmente a instituição do divórcio. Foram muitas barreiras de origem política, ideológica e social.

Essa série de alterações culminou com a promulgação da Constituição de 1988, primeiro ordenamento a consagrar proteção à família no seu artigo 226, englobando tanto a família matrimonializada, quanto a união de fato, a família biológica e a família adotiva. Essa proteção apenas destacou uma realidade existente há muito tempo de acordo com Venosa (2007, p. 16)

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família.

A Carta de 1988 também consagrou a igualdade entre os filhos, extinguindo a denominação de filhos ilegítimos, ou bastardos. Essas inúmeras alterações derrogaram vários dispositivos da legislação então em vigor.

Com o Código de 2002, foram atualizados aspectos fundamentais do Direito de Família, incorporando institutos que anteriormente eram disciplinados por leis esparsas.

Contudo, sua elaboração se deu na década de 1970, ou seja, o projeto do Código Civil, que surgiu com a promessa de realizar profundas mudanças nas relações familiares nasceu eivado de máculas provenientes de sua época.

O processo de promulgação foi muito lento, caminhando em direção inversa às mutações sociais.

A família é a base da sociedade independente de mudanças ou transformações. Os filhos fazem parte da estrutura da família e não se pode exigir que um filho escolha entre vários pais e mães que tem essa função, apenas um para que seja em âmbito registral.

Diante desta afirmação, Madaleno (2008, p. 31) ressalta:

Assim, “[...] a parentalidade científica só pode ter sentido, como relação de filiação, quando coincidir com a vinculação afetiva, jamais invertendo estes valores, muito menos se a intenção se traduz em ganhar dinheiro no lugar de amor.”

Bernardes (2013, p. 01), por outro lado, adverte:

Acreditamos, por certo, que este instituto jurídico familiar identificado como paternidade socioafetiva, mesmo ainda não respaldado com solidez pela legislação civil em voga, mas que já vem sendo admitido pelos tribunais do país, enquadrado como um fato e integrado ao sistema de direito, concretizará como a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, onde seguirão como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição, tendo um significado mais profundo do que a verdade biológica.

Na família cada membro tem sua função. A função paterna não é necessariamente feita pelo pai biológico. Uma figura poderá se apresentar ao filho como aquele que detém esse encargo.

Em virtude disso, Pereira (2006, p.19) explica a atual família:

Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). [...] às vezes considerada como o conjunto de pessoas unidas pelos laços do casamento e da filiação [...], pela união estável ou pelo parentesco, decorrendo este da consanguinidade ou da adoção, ou ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Continua, Pereira (2006, p. 39):

Consolida-se a 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 coresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar.

Já Venosa (2007, p. 23), diz que a família é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos.

Depreende-se dos conceitos trazidos a intenção atual do legislador em considerar a família não apenas enquanto instituição jurídica, mas em sua importância social, em suas várias formas e variações. Na lição de Lôbo (2007, p. 20):

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins)

DIAS (2006, p.125) também classifica:

Diante das transformações sociais e a valorização do afeto surgem conceitos modernos que retratam o atual papel da família como LAR – Lugar de Afeto e Respeito, o primeiro agente socializador do ser humano.

É na família que formamos novas gerações para viverem intensamente o amor. O valor desta instituição é incalculável! O ambiente familiar é o núcleo de pessoas unidas por laços afetivos, respeitando as diferenças uns dos outros.

A família é um fenômeno social onde indivíduos criam vínculos que garantem a convivência. Sendo assim, a família é a base ou início da socialização de cada indivíduo.

3 DA FILIAÇÃO

O início da afetividade encontra base constitucional no capítulo dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, segundo a Constituição Federal em seus artigos 227, §§ 5º e 6º e 226, § 4º quando prevê a igualdade entre os filhos, sem distinção de origem, ou seja, independente se são consanguíneos ou adotivos.

Porém, o afeto não retira do indivíduo o direito de buscar sua origem biológica. A paternidade diferencia da procriação. Simultaneamente, a paternidade resulta de uma escolha voluntária do pai, comprometendo-se em assumir uma relação social, cultural e afetiva do indivíduo.

Nesse sentido, Ramos Filha (2008, p. 32 e 33) ressalta:

Observa-se que a relação de paternidade não depende mais exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica, em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.

Pais e mães socioafetivos, biológicos ou de qualquer outro tipo de filiação devem respeitar suas relações de parentesco e de afeto. A família é a base da sociedade independente de mudanças ou transformações. Os filhos fazem parte da estrutura da família e não se pode exigir que um filho escolha entre vários pais e mães que tem essa função, apenas um para que seja em âmbito registral. Pela legislação de 1916, havia a diferenciação entre os filhos conforme à concepção se desse na constância do casamento ou não. Consideravam-se legítimos os filhos concebidos na constância do casamento e ilegítimos os que não fossem.

Estes poderiam ser adulterinos, incestuosos, espúrios ou naturais. Filiação adulterina ocorria quando um ou ambos os genitores eram casados. Os filhos incestuosos eram aqueles concebidos por genitores que possuíam laços de parentesco próximo. A prole espúria consistia na filiação concebida por indivíduos impedidos de contrair matrimônio, enquanto os naturais eram aqueles concebidos por pessoas não-casadas, mas sem nenhum empecilho para contraí-lo.

Relevantíssimos foram os avanços sociais e legislativos até ser alcançado o reconhecimento pleno, constante na Constituição de 1988.

Anteriormente era impossível o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos; havia a qualificação de legitimado para o filho reconhecido, mas não legítimo; o reconhecimento apenas ocorria após o desquite, dentre tantas outras normas de caráter discriminatório e excludente.

Inconformado com a legislação que legitima essas denominações pejorativas, pregava Monteiro (2001, p. 57):

Não se pode carrear aos filhos, as conseqüências de atos praticados pelos genitores. Por isso seus direitos devem ser iguais, sejam casados ou não os genitores. Nenhuma qualificação discriminatória deve atribuir lhes a pecha da ilegitimidade, classificando-os como espúrios, incestuosos ou adulterinos.

O art. 227, § 6º, da Carta de 1988 cessou a diferenciação que ocorria devido a origem da filiação, principalmente no tocante aos direitos concedidos. O referido artigo define com clareza que todos os direitos da criança, adolescente ou jovem devem não só ser assegurados, mas garantidos com prioridade absoluta. Esse objetivo não se restringe apenas ao Estado, mas a todos indivíduos na sociedade que têm o dever de participar deste processo sem fazer nenhuma discriminação relativa à filiação.

Com semelhante conteúdo, o art. 1.596 do Código Civil, passou a vigorar declarando que todos os filhos são iguais, possuindo exatamente os mesmos direitos em relação aos pais e aos demais efeitos do Direito de Família, sendo vedada a prática de qualquer ato de discriminatório em virtude da origem da filiação.

Contudo, foi necessário permanecer a distinção entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais. Porém, esse tipo de diferenciação não consiste em prática discriminatória ou constitucional; serve apenas para regular a presunção de paternidade.

O motivo dessa distinção advém da existência de expressa previsão do dever de fidelidade no casamento, determinando que a prática de relações sexuais apenas deva ocorrer com o cônjuge. Por tal razão o legislador presume que o filho da mulher casada, nas hipóteses legais, é filho do seu marido.¹

¹ RODRIGUES, Carlos Roberto. Disponível em: < [http:// abadiroitodefamilia. blogspot. com/2010 /04/ filiacao_21.html](http://abadiroitodefamilia.blogspot.com/2010/04/filiacao_21.html) > Acesso em 06/10/2016

Caso não haja matrimônio entre os pais, a filiação será considerada extraconjugal, exigindo prova da filiação, seja pelo reconhecimento judicial ou voluntário. Não importa qual seja a espécie de vínculo entre os genitores ou mesmo que ele exista para que a filiação seja considerada extramatrimonial.

Esse é o grande diferencial em relação ao Código Civil anterior, na medida em que anteriormente a causa de filiação definia os direitos ou não para determinado filho.

Atualmente, a única diferença diz respeito à existência de uma prova definida em lei, negando ou confirmando a paternidade. Portanto, não importa se a relação entre os genitores é adulterina, incestuosa ou natural, como no passado; não importa se decorre de concubinato, união estável, relação furtiva ou qualquer outra causa.

O importante é ficar claro que nenhum filho, sendo concebido biologicamente, adotado, com vínculo sócioafetivo ou de uma relação extra-conjugal pode ser tratado de forma diferente, seja através do aspecto emocional ou patrimonial.

Todos os filhos devem ter os mesmos direitos, deveres e qualificações. Todos serão simplesmente filhos de acordo com o princípio de igualdade jurídica sobre filiação. Isto inclui o direito aos alimentos, à herança e à mútua assistência.

3.1 MODELOS DE FILIAÇÃO – Presunções da paternidade

A fim de possibilitar uma prova da paternidade, o Código Civil Brasileiro assenta a filiação num sistema de presunções, fundadas em probabilidades. O art. 1.597 diz que se presumem matrimoniais, os filhos concebidos na constância do casamento.

Essa presunção é relativa, ou *juris tantum*, pois a prova contrária é limitada, porém em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode contestar filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai, conforme art. 1.601, do Código Civil.

Segundo entendimento de Diniz (2002, p. 382), pai é aquele que o casamento demonstra, assim presume a lei que o filho de mulher casada foi gerado por seu marido. Pai, até prova em contrário por ele próprio produzida, é o marido.

Baseado em conhecimentos científicos, o Código Civil, em seu art. 1.597, estabelece a presunção de que foram concebidos na constância do casamento:

a) Os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

b)os nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

c)havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

d)havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

e)havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Essas são as premissas relativas à época de concepção utilizadas para presunção de filho concebido na constância do casamento, como também presunção de paternidade estabelecida pela presunção “pater is est” ou verdade jurídica.

O inciso I considera inaplicável a presunção de paternidade aos nascidos antes dos 180 dias da constância do casamento, salvo se, antes de casar, o marido tinha ciência da gravidez da esposa.

O inciso II busca diminuir as divergências acerca dos nascidos após a dissolução do matrimônio. Se nascer dentro dos 300 dias após a separação, considera-se o pai, o marido anterior. Se nascer após esses 300, não há presunção de paternidade quanto ao marido.

O Código Civil de 2002, acompanhando a revolução científica ocorrida no âmbito da reprodução, incluiu no art. 1.597, os incisos III, IV, V, hipóteses de reprodução assistida, a qual consiste em técnicas de auxílio para fecundação.

Para efeito dos incisos III e V, entende-se por fecundação homóloga a técnica onde se utiliza material genético do próprio marido e; fecundação heteróloga é quando, por ausência de viabilidade, não é possível utilizar material genético do casal, utilizando, assim, células de doadores.

Nesse último caso, se não houve autorização expressa do marido ele pode se negar a reconhecer a paternidade. Entretanto, havendo autorização, a mesma terá valor de reconhecimento civil de filiação.

Diante de tantas incertezas para se estabelecer a paternidade, a tendência da legislação é conceder uma gama maior de meios probatórios cientificamente aceitos. A morosidade na implantação desses avanços se deve ao fato do conservadorismo de grande parte da sociedade, fato esse que não deve influenciar os juristas a buscar soluções adequadas às novas questões.

3.2 Do Reconhecimento dos filhos

O reconhecimento dos filhos consiste no ato jurídico capaz de transmitir efeitos relativos à personalidade e aos direitos sucessórios. Abrange os filhos havidos fora da relação matrimonial, os incestuosos, adotivos e os socioafetivos.

É de extrema importância a identificação da filiação para que o indivíduo possa saber a origem dos seus vínculos ancestrais, atendendo o preceito constitucional do art. 227, o qual garante à pessoa, o convívio familiar. O reconhecimento possibilita também a caracterização do membro no grupo social como integrante de certa família, garantindo-lhe o direito à assistência e à adoção do sobrenome dos genitores.

A filiação pode se dar de modo voluntário ou espontâneo, bem como por meio judicial ou coativo. É feito de maneira espontânea quando alguém, por meio de ato e manifestação solene válida declara a paternidade de determinada pessoa. O reconhecimento judicial é feito de modo coercitivo através de sentença judicial específica.

O reconhecimento, sendo ato espontâneo ou judicial, gerará diversas consequências no mundo jurídico, tanto para os pais, quanto para os filhos. Entre os efeitos gerados com o estabelecimento da paternidade, pode-se citar aqueles que dizem respeito aos alimentos, à sucessão, ao poder familiar e à guarda dos filhos, enquanto menores.

A perfilhação poderá ocorrer antes do nascimento, ou posteriormente à sua morte, se ele houver deixado descendentes. Uma vez formalizado o reconhecimento, não mais poderá ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

O filho menor reconhecido por apenas um de seus genitores ficará sob a guarda deste. Se reconhecido por ambos e não houver acordo sobre a guarda, o juiz decidirá determinando a guarda àquele que melhor atender os interesses do menor.

É importante ressaltar que o filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro cônjuge.²

² SOARES, Ana Paula Paixão. Disponível em: < [https:// anapaulapaixao. jusbrasil.com.br/artigos / 2146 74021/o-reconhecimento-de-paternidade-na-legislacao-brasileira-vigente.](https://anapaulapaixao.jusbrasil.com.br/artigos/214674021/o-reconhecimento-de-paternidade-na-legislacao-brasileira-vigente) > Acesso em 05/10/2016

O filho maior de idade não pode ser reconhecido sem seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento nos 04 anos subsequentes à maioridade ou à emancipação.

A filiação garantida por lei possibilita aos filhos, mesmo àqueles fora do casamento, os direitos reconhecidos e sem nenhuma forma de discriminação, proporcionando assim, a dignidade e paternidade a todos.

Segundo as leis, a vida do homem começa do nascimento; ela põe a salvo os direitos dos filhos desde a concepção.

Segundo Chaves, citado por DIAS (2007, p. 317) o reconhecimento voluntário “é o meio legal do pai, da mãe ou de ambos revelarem espontaneamente o vínculo que os liga ao filho ilegítimo, outorgando-lhe dessa forma o estado correspondente”.

Porém para ASSEF (2009, p. 71), é ato solene e público pelo qual o genitor declara que determinada pessoa é seu filho.

O reconhecimento voluntário encontra-se disciplinado no art. 1.609 do Código Civil, aperfeiçoando a Lei 8.560/1992, que regula a investigação de paternidade. Expressa o citado artigo que:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
I - no registro do nascimento;
II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

O reconhecimento, portanto somente se admite por uma das formas elencadas na lei. Qualquer outro meio utilizado para o fim de reconhecer filho ilegítimo poderá lastrear prova para investigação de paternidade, mas não poderá ser considerado um reconhecimento voluntário.

O artigo 1609 da Lei Substantiva Civil prevê as modalidades de reconhecimento, dentre elas: o registro de nascimento, a escritura pública, o testamento, a manifestação direta perante o juiz e o reconhecimento judicial.

O reconhecimento no registro de nascimento pode ser feito por ambos os pais, ou separadamente. A Lei 8.560/1992 trouxe a inovação que permite a hipótese da maternidade ser declarada, bastando mencionar o nome do suposto pai.

Nesse caso, será aberto um procedimento de investigação sobre a paternidade. Essa lei foi importante, porque no sistema anterior, o reconhecimento da filiação adulterina não podia ser realizado no registro de nascimento.

No reconhecimento por meio de assento de nascimento, quem faz a declaração, manifesta sua vontade e apõe sua assinatura pessoalmente, ou por procurador. A paternidade ilegítima só é lançada no registro quando o pai comparece, por si, ou por procurador, declarando e assinando na presença de testemunhas.

A escritura pública pode ser utilizada de modo exclusivo para realização do referido item. Contudo, a doutrina e jurisprudência defendem que o reconhecimento pode se dar de forma incidental, dispensando escritura especial para esse fim. O reconhecimento formalizado em escritura pública é irrevogável.

O escrito particular pode ser entendido como exposto reconhecimento, no qual contenha de forma inequívoca, declaração do reconhecimento com firma reconhecida. O escrito menos formal fica mais sujeito à dúvida e à anulação.

A doutrina rejeita escrito particular o reconhecimento de forma incidente, sem finalidade exclusiva de perfilhação. Essa prova, no entanto, pode servir para motivar uma investigação de paternidade.

O reconhecimento também pode ser feito por testamento, em qualquer das modalidades elencadas em lei. Neste caso, o reconhecimento pode ser feito de maneira incidente, dentre outras disposições patrimoniais estabelecidas no documento.

O reconhecimento de filiação inserido no testamento em declaração incidente, segundo o Projeto de Estatuto das Famílias, obedece aos próprios requisitos dessa declaração, e não os requisitos testamentários. Dessa forma, o testamento é negócio jurídico revogável, diferentemente do ato de reconhecimento.

Somente a nulidade do testamento em sua totalidade, a exemplo do vício de vontade, é capaz de acarretar também a nulidade da perfilhação.

O art. 1º, IV, da Lei 8.560/1992 cita o reconhecimento por manifestação expressa e direta perante juiz, ainda que o reconhecimento não seja o objeto principal do processo. A manifestação perante o juiz, posta a termo é documento público, equivalendo à escritura pública, pois foi manifestada perante pessoa de fé pública.

O texto legal exige a manifestação expressa e direta, portanto, deve ser feita na presença do juiz, não sendo válido ato tomado por termo em cartório e assinado posteriormente pelo magistrado.

O reconhecimento judicial ocorrerá sempre que o suposto pai se recusar a reconhecer voluntariamente a criança. Segundo Luz (2010, p. 197), “trata-se de reconhecimento coativo proveniente de comando sentencial em ação própria, destinada a declarar a paternidade atribuída a determinada pessoa”.

A Lei nº 8.560/1992, que disciplina a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, acrescentou mais uma modalidade de reconhecimento espontâneo.

Quando no registro é colocado apenas o nome da mãe, o escrivão encaminhará para o juiz uma certidão do ato e das declarações da mãe, informando o nome do suposto pai, endereço e outros dados importantes para identificação.

O juiz competente da localidade determinará a oitiva da genitora. Após designará data para audiência do suposto pai, ou estabelecerá prazo para que este se manifeste sobre a paternidade.

Se ele espontaneamente assumir a paternidade, lavrar-se-á termo de reconhecimento, encaminhando a certidão ao registro civil para a devida averbação. Se negada a paternidade, ou silenciar, os autos serão remetidos ao Ministério Público, visando mover ação de investigação de paternidade.

A legitimidade para propositura dessa ação é do filho, se maior; ou da mãe, representando-lhe ou assistindo, se menor. Falecendo o menor, ou incapaz, a legitimidade é transmitida aos seus herdeiros. Falecendo no curso da ação, os herdeiros estão legitimados para dar continuidade ao processo.

A Lei 8.560/1992 em seu artigo 2º § 4º dar ao Ministério Público a legitimação para promover a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

O Ministério Público tem a função de intervir para assegurar os interesses sociais e individuais das crianças e dos adolescentes.

Observe o que TARTUCE e SIMÃO (2012, p. 349) esclarece:

Tem legitimidade para anular o assento e desconstituir reconhecimento voluntário de paternidade não presumida todo aquele que tenha justo interesse em contestar a ação investigatória, ou seja, todas as pessoas afetadas direta ou indiretamente, tais como: o próprio filho reconhecido, a mãe, os filhos e pretensos irmãos, bem como aquele que se diz o verdadeiro pai, o pai biológico, e mesmo outros herdeiros. O Ministério Público figura entre os que têm legitimidade, por tratar-se de questão que diz respeito ao estado da pessoa.

Nesse contexto observe o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE ALIMENTOS - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE PARA PROPÔ-LA - ARTIGOS 98, II, E 201, III DA LEI N.º 8.069/90. Tratando-se de menores sob a guarda e responsabilidade da genitora, falta legitimidade ao Ministério Público para propor ação de alimentos como substituto processual. Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. (STJ, RESP 127725 / MG, 3ª T., Min. CASTRO FILHO, Data da Decisão 15/05/2003, DJ DATA:16/06/2003 PG:00332) DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.560/92. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR O SEGUNDO. REMESSA DOS AUTOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I - **O Ministério Público detém legitimidade para propor ação de investigação de paternidade, nos termos do art. 2.º da Lei 8.560/92, ainda que o registro de nascimento tenha sido lavrado anteriormente à edição da Lei.** II - Arrimando-se o acórdão impugnado em fundamentos constitucional e infraconstitucional, suficiente e autônomos para a manutenção da decisão, o provimento do especial apenas afasta o segundo fundamento, devendo os autos seguirem ao Supremo Tribunal Federal para a análise do outro, devidamente impugnado através de recurso extraordinário pela parte interessada e já admitido na instância de origem. STJ, RECURSO ESPECIAL 109.658 - MINAS GERAIS Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira

A Lei 10.406/2002 do Código Civil legitimou no artigo 1606, parágrafo único, a ação de julgamento de investigação da paternidade, a saber:

Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. Para que a ação judicial comum seja proposta, o autor deve demonstrar a existência ao menos de um indício que demonstre a possibilidade do investigado ser seu pai. Essa indicação pode ocorrer por testemunhas do relacionamento entre os genitores, e-mails, fotos ou outros documentos quaisquer.

A primeira prova que pode ser feita no processo é a perícia por meio do exame de DNA, principal forma científica de determinar filiação biológica. Contudo, para realização desse exame faz-se necessária a coleta de material genético do filho e dos genitores para comparação.

Nesse momento, dois princípios do Direito estão em jogo: o princípio de que ninguém é obrigado a constituir prova contra si mesmo e ninguém é obrigado a ver e permitir a prática de qualquer ato que viole a sua integridade física.

Legítima, dessa forma, a recusa do suposto pai, quando da intimação para realização do exame. De outro lado, tem-se o direito do ser humano ao convívio familiar, surgindo, então, um conflito entre dois interesses jurídicos, constitucionalmente protegidos³.

Para solucionar a questão o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 301, pela qual decidiu que a recusa do investigado em realizar o exame gerava a presunção relativa de paternidade.

Com a vigência do Código Civil/2002, surgiram duas normas para disciplinar o assunto, afirmando que a pessoa que se recusa a se submeter a perícia médica ordenada judicialmente não pode se aproveitar dessa recusa e que esse fato pode suprir a prova que se pretendia produzir, ou seja, o juiz poderá reconhecer o vínculo de filiação, mesmo sem o exame de DNA, desde que haja outras provas acostadas aos autos que demonstrem o alegado.

Importante ressaltar que o legislador não determinou que a recusa gerasse presunção de paternidade, sob pena de criar relações de paternidade onde talvez sequer houvesse qualquer relação entre a mãe e o investigado.

Dessa forma, mantém-se a previsão que vigora no Código Civil no sentido de que a presunção somente produzirá seus efeitos dentro do conjunto de provas, ou seja, não basta a negativa do investigado para o surgimento da presunção, é necessário a análise das demais provas de acordo com a redação da Lei de Investigação de Paternidade do artigo 1606 do Código Civil/2002.

³ GOMES, Luis Fernando Ferreira. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/10345/os-efeitos-do-enunciado-n-301-da-sumula-do-stj> > Acesso em 06/10/2016

Reconhecida a filiação, o indivíduo passa a possuir todos os direitos como qualquer outro filho, produzindo efeitos retroativos ao ato de reconhecimento. Contudo, a retroatividade não alcança relações já consolidadas pelo tempo, como ocorre com a partilha de bens, no caso de o investigado já ter falecido.

O filho reconhecido após a morte do genitor tem direito à sucessão em virtude do seu estado de filiação, contudo esse direito terá de ser exercido no prazo geral da prescrição do art. 205, do Código Civil, de dez anos, a contar do momento em que passou a ter direito a sucessão, fato que ocorre posteriormente à perfiliação.

O reconhecimento gera efeitos moral e patrimonial, possibilitando a discussão sobre questões de herança e alimentos, visto que o filho reconhecido é considerado igual aos demais, no tratamento e nos direitos jurídicos da família.

4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

4.1 Alcance Legal da Paternidade Socioafetiva

Os institutos jurídicos da paternidade e da filiação, devido às mudanças ocorridas no seio social, passaram nestes últimos anos por um processo de redefinição, de sorte que os aplicadores do direito vêm tentando se adaptar às mesmas, visto que para julgar de maneira correta e coerente é preciso adequar às normas vigentes à realidade social atual.

A socioafetividade pode ser considerada atualmente, à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, como a principal característica da família do século XXI. A partir desse fundamento surgiu o Princípio Jurídico da Afetividade, princípio implícito que, juntamente com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana serve de embasamento para grande parte das decisões no âmbito do direito de família:

Segundo o autor Lôbo (2009, p. 134-156):

Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família, como pode observar os artigos 226 §§ 3º e 4º e 227 §§ 5º e 6º:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alça-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida art 226, §§ 3º e 4º."

O tema socioafetividade conquistou o espaço dos juristas brasileiros porque propicia envolver o fenômeno social com o fenômeno normativo. As relações de parentesco e familiares são socioafetivas, porque congrega o fato social e a afetividade. O dever jurídico da afetividade entre filhos e pais deve ser em caráter permanente, independente dos sentimentos que nutram entre si.

Dias (2010, p. 367) descreve que:

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito de filiação. 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 perseverança do elo entre pais e filhos, que existe não pelo fato biológico, mas em virtude de uma convivência afetiva.

Com isso, o afeto passou a ser um ponto importante para que o vínculo e laços entre pai e filho sejam realmente verdadeiros e reais. Desta forma todos envolvidos nesta relação tem um elo existente através da convivência, a qual é o caminho para à afetividade.

4.2- Posse do Estado de Filho

Etimologicamente o termo “posse de estado” significa desfrutar de uma situação jurídica que não corresponde com a realidade. O termo posse do estado de filho, dessa forma, significa usufruir do estado de filho perante terceiros, sem possuir qualquer vínculo de parentesco biológico.

Segundo lições de Gomes (1997, p. 168), “a posse do estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que cria e educa”.

Esse princípio remete a tríade *tractatus, nomen e fama*, ou seja, para que seja reconhecido como filho é necessário que o indivíduo possua o sobrenome da família, seja tratado como filho e que sua condição origem seja respeitada socialmente.

O *tractatus* corresponde ao tratamento dispensado, tratar o indivíduo como se filho fosse, preocupação com a educação, criação e demais elementos do laço constitutivo entre pai e filho.

A fama é a exteriorização da paternidade-filiação perante a sociedade, tornando público o ato de ser pai, demonstrar a aparência da paternidade.

O *nomen* é a utilização do sobrenome da família do suposto pai, no entanto a doutrina prega que a utilização do nome não é pré-requisito essencial para configurar a paternidade sócioafetiva. (ANDERLE, 2016)

Essa condição não se estabelece automaticamente como ocorre com a filiação biológica, estabelece-se através de um ato de vontade em ultrapassar as barreiras biológicas e jurídicas, solidificando-se nas razões do afeto, pouco importando a verdade genética.

É possível utilizar os elementos de distinção da posse do estado de filho para caracterizar esse princípio. O primeiro corresponde ao nome de família. Na configuração desse estado, o indivíduo carrega consigo o nome da família que o alberga. É o que se pode chamar de “*adoção à brasileira*”.

Mesmo sabendo inexistir vínculo biológico o homem (pai) o registrou como se seu filho fosse, trazendo para si a responsabilidade pela criação e os demais efeitos jurídicos advindos do reconhecimento. Contudo, essa espécie de adoção encontra-se tipificada no art. 242, do Código Penal, in verbis:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Porém, essa conduta, por ter sido incorporada nos costumes da sociedade, aos poucos vem perdendo seu caráter punitivo. Vários tribunais vêm decidindo por não condenar os réus, face à conduta eivada de nobreza desses indivíduos ao tomar por seus filhos, crianças muitas vezes rejeitadas pelos pais biológicos, assumindo a responsabilidade pela educação e sustento.

Essa posse do estado de filho ultrapassa qualquer barreira biológica ou social; é inexplicável tal ato de doação e afeto, assumir a paternidade de um indivíduo com o qual não se tem qualquer vínculo genético apenas em nome do afeto construído.

A cada dia tem se fortalecido o velho ditado popular que propagava “pai não é quem gera, pai é aquele que cria”. A paternidade paulatinamente vem se desvinculando do elo sanguíneo, pois a tendência é a busca do afeto e da realização emocional.

Nesse contexto, Brauner (2008, p. 204) explica que:

Pode-se indagar a respeito de qual argumento que, sendo legítimo, poderia justificar não considerar-se como pai aquele homem que ama, que educa, alimenta e protege uma criança, fazendo transparecer a todos que é o pai, tendo em vista que assume pacificamente a função de genitor.

Com o advento do divórcio e a facilitação em se constituir novos vínculos conjugais, a sociedade brasileira vem sendo composta por famílias mosaico, isto é, núcleos familiares compostos por filhos de ambos os cônjuges. É possível encontrar, facilmente, exemplos de paternidade sócioafetiva nesses cenários.

Mulheres saídas de relacionamentos anteriores, ao constituir novo vínculo conjugal, sempre acabam trazendo consigo seus filhos. Esses terão que aprender a conviver com a nova figura masculina que, conseqüentemente, irá assumir a figura paterna.

A interação proveniente desses relacionamentos acaba gerando a filiação sócioafetiva. O novo cônjuge da mãe passa a tratar a criança como filho perante à sociedade, tornando-se co-responsável pela sua educação.

Esse vínculo, é tão intenso que chega a ultrapassar o vínculo com o pai biológico que nem sempre está tão presente no dia-a-dia quanto o pai afetivo.

Portanto a posse de estado privilegia o aspecto social e afetivo das relações entre pais e filhos, sem afastar a verdade biológica. Logo, a paternidade vai além da verdade genética ou de questões sociais desenvolvidas cotidianamente, pois se o afeto foi capaz de superar a ausência do vínculo biológico, não é certo desfazer tal união por ter a criança encontrado o amor que precisa, no seio de outra família.

4.3 Paternidade Biológica x Paternidade Socioafetiva

Biologicamente, pai é o responsável pela fecundação da mãe através do ato sexual. Juridicamente, pai é aquele que mantém um vínculo consanguíneo e registrário.

A paternidade está diretamente vinculada a origem genética do indivíduo, podendo ser demonstrada através do exame de DNA, enquanto a paternidade socioafetiva é mais difícil de ser demonstrada, exigindo uma maior sensibilidade para ser percebida.

A origem genética presume apenas a filiação biológica, sem a necessidade de existir qualquer tipo de vínculo afetivo com o genitor, apenas tem-se revelada a paternidade real, originada pela semelhança dos alelos adquirida durante a fecundação.

Durante muito tempo, a verdade biológica foi ignorada, em detrimento da presunção da paternidade. Não havia o costume, tampouco possibilidade de realizar exames genéticos. A filiação, portanto, era determinada através de princípios dedutivos fornecidos pela manutenção de casamento válido.

Com a chegada do exame de DNA houve modificação no conceito de filiação, o exame passou a ser sinônimo de vínculo de sangue e não de uma relação entre pais

e filhos com base no amor e afeto. Sabe-se que infelizmente muitas filiações foram estabelecidas de forma forçada, através de ações de investigação de paternidade pelo uso do exame de DNA, levando muitos pais a negarem a existência dos filhos, ao completo desprezo.

Contudo, com a descoberta da verdade biológica as crianças conseguiram saber sua origem genética e obtiveram o nome do genitor em seus registros de nascimento. Porém, a verdadeira paternidade não veio.

A descoberta da paternidade real não trouxe consigo o verdadeiro significado de pai, o afeto construído no cotidiano, a vivência no acompanhamento da educação de um filho.

Pode-se afirmar que pai é aquele que acolhe o filho de sangue e também do coração, é aquele que dá vida e compartilha conhecimentos, aquele que toma uma criança para adoção e doa amor, que cria, que conduz e participa de momentos especiais. Ser pai é fazer sua parte na família e cumprir sua obrigação no meio social formando indivíduos com bons valores.

De acordo com as lições de Diniz (2007, p. 477):

Não se será pai em razão de uma decisão judicial, porque para sê-lo é preciso: a) querer bem a prole, estando presente em todos os momentos; b) ser o farol que o guia nas relações com o mundo; e c) constituir o porto firme que o abriga nas crises emocionais e nas dificuldades da vida. Pai é quem cria e educa. A relação paterno-filial não se esgota na hereditariedade, mas em fortes liames afetivos, numa trajetória marcada por alegrias e tristezas, podendo ser oriunda da verdade socioafetiva.

A paternidade registral leva em consideração a origem genética e a socioafetiva o emocional. A registral não pode ser anulada, mais pode coexistir com a socioafetiva, sendo crescente o reconhecimento de situações de multiparentalidade ou pluriparentalidade. Se a paternidade registral e socioafetiva se unem, a resposta é positiva e essencial para a formação de alguém. De acordo com Villela (1980, p. 45): “A paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação”.

Esse é o atual cenário da filiação, muito mais importante do que os vínculos biológicos, pois é capaz de contribuir de forma efetiva para a estruturação do sujeito. Para que um filho verdadeiramente se torne filho, ele deve ser querido pelo pai, tendo ou não vínculo de sangue que o vincule.

A filiação biológica não é nenhuma garantia da experiência da paternidade ou da verdadeira filiação. Portanto, é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais do que uma semelhança entre o DNA.

Para que a criança em formação cresça em uma família de qualquer natureza, ela precisa de uma relação paterno-filial afetiva, para que seja capaz de ser feliz.

Segundo as palavras de Pereira (2003, p.62-63):

Afinal, o que é essencial para a formação de alguém, para que possa tornar-se sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que uma pessoa tenha, em seu imaginário, o lugar simbólico de um pai.

A presença do pai biológico não é nenhuma garantia de que a pessoa se estruturará como sujeito. O cumprimento de funções paternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação psíquica saudável. Por isso, considera-se a família mais que um ente natural, acima de tudo ela é um ente formador da cultura.

Indubitavelmente é impossível ao Direito ignorar a existência da paternidade sócioafetiva, embora ela ainda não esteja disciplinada expressamente, apesar da incidência do art. 1.593 do Código Civil de 2002, o qual proclama que o parentesco pode ser natural ou civil, a depender da sua origem, ou seja, se consanguíneo ou não.

Por esse motivo deve-se realizar a interpretação dos institutos da filiação à luz dos princípios, principalmente do princípio da afetividade, que é o veículo propulsor do reconhecimento jurídico de tal instituto. A inclusão do afeto como valor e como princípio não significa a exclusão dos laços biológicos.

Existem várias jurisprudências que comprovam que a afetividade nas relações paternas e são levadas à categoria de princípio jurídico. Não se trata de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto. Em um relacionamento entre pai e filho, a afetividade deve estar ligada ao amor.

Nos dias atuais as relações baseadas no afeto e carinho são mais importantes que as consanguíneas. A base da afetividade é o amor, um sentimento nobre entre pai e filho. Pai e mãe nem sempre são aqueles que biologicamente ocupam tal lugar, mas quem exerce a função afetiva.

A relação de filiação é o vínculo mais importante de uma criança para com os seus pais. Ela apresenta a união e aproximação entre pessoas ao longo da vida. São

laços que jamais desaparecem. Quem cria, convive, educa e forma um ser humano desde pequeno com afeto expressa a verdadeira paternidade.

Assim como a doutrina, a jurisprudência nos dias atuais vem reconhecendo a multiparentalidade.

Sobre este tema observe o seguinte relato feito por Alfonsin (2016):

Casadas oficialmente desde agosto, duas mulheres conseguiram na Justiça gaúcha alterar a certidão de nascimento da filha, de apenas sete meses, e passaram, juntas, a figurar como mães no documento. O pai é um amigo do casal, que aceitou participar desse arranjo familiar.

O judiciário cada vez mais analisa e julga novos formatos de famílias com dois pais e duas mães. Chama-se “Multiparentalidade”! Uma realidade jurídica. O Supremo Tribunal tem autorizado em vários casos que haja alteração de certidões de nascimento para que passe a constar dois pais ou duas mães.

O Supremo Tribunal Federal do Rio Grande do Sul, reconheceu as duas paternidades: biológica e socioafetiva num julgado emocionante, a saber:

Uma menina de 9 anos de idade, residente em Viamão (RS), passa a ter oficialmente dois pais: um socioafetivo e um biológico. Neste caso, foi acrescentado à certidão de nascimento o nome do pai biológico. O autor da ação só descobriu, por intermédio de uma parente da mãe da menina, que tinha uma filha, quando ela estava com três anos de idade. Ele, então, procurou a mãe da garota e os dois decidiram realizar o exame de DNA.

Diante do resultado positivo, ele entrou na Justiça para regularizar a situação. Segundo o julgado, *“se não existe hierarquia entre os parâmetros de filiação, por que forçar a exclusão de alguém que é visto como pai de uma criança?”*

A sentença ressaltou que as perícias, realizadas pelo Departamento Médico Judiciário e pela assistente social judiciária, evidenciaram que a menor possui apropriado entendimento da situação, enxergando ambos os homens como seus pais e desejando conviver com os dois, tal como vinha ocorrendo.

Diante disso, o julgado reconheceu que os dois pais lhe dão assistência emocional e alimentar. E determinou que o registro seja modificado para incluir o pai e os avós biológicos, regulamentando ainda o direito de convivência da menina com o pai biológico, e o valor da pensão alimentícia devida por este à filha.⁴

⁴ INDEPENDENTE, Espaço Vital. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/publicacao-menina-de-dois-anos-passa-a-ter-os-nomes-de-dois-pais-em-seu-registro-de-nascimento>. Acesso em: 10 out. 2016

Com a evolução da sociedade, as famílias ganham novos formatos, porém nem sempre a jurisprudência é pacífica no que diz respeito a multiparentalidade. Os tribunais tem julgado várias causas tendo como base a dignidade e a afetividade da pessoa.

O que se pode notar é que o Direito da Família deve se adaptar a uma nova realidade social, buscando ter seus direitos constitucionalmente protegidos.

4.4. A impossibilidade de desconstituição posterior da paternidade

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça aquele que reconhece voluntariamente a paternidade de uma criança sem ter vínculo biológico, não possui direito de depois querer anular o registro por questões que se diga de erro ou coação. Os laços da filiação devem ser assegurados de acordo com os interesses da criança que não deve ser vítima das brigas dos adultos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) na pessoa da ministra (Nancy Andrichi, 2016) decidiu que aquele que reconhece voluntariamente a paternidade de uma criança com a qual sabia não ter vínculo biológico não possui o direito subjetivo de propor posteriormente uma ação negatória de paternidade, sem que esteja caracterizado algum vício de consentimento, como por exemplo o erro ou a coação. Segundo a ministra, não há como desfazer um ato realizado com perfeita demonstração de vontade. Destacou ainda, que não existem "ex-pais", e a instabilidade das relações conjugais não pode desestabilizar a criança. Diante desta posição observa-se a seguinte decisão do julgado publicado por GOMES (2016):

O indivíduo conheceu a mãe da menor quando ainda cursavam o ensino médio, ele com 18 anos. Seis anos mais tarde, ao se encontrarem, conheceu o menor, então com dois anos. Casaram-se no civil em 1995, e, em 1996, sob alegada pressão da mãe, reconheceu a paternidade da criança, que tinha três anos. Ele afirma que tinha plena consciência de que não era o pai biológico da menina. No entanto, algum tempo depois, em decorrência de desentendimentos entre o casal, esse sujeito, além de romper relações com a mãe, também rompe relações com a criança, alegando não ser seu filho, pois não possui nenhum vínculo biológico. De pronto, procura o Judiciário visando a anulação do registro de nascimento e a conseqüente cessação dos direitos inerentes à filiação adquiridos pelo menor. **A sentença julgou o pedido declarando que o homem não é pai biológico da criança e determinar que, após o trânsito em julgado, seria excluído o nome do pai e dos avós paternos do**

registro da criança. Em seguida, a menor, representada por sua mãe, apelou ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), mas a decisão foi mantida, por entenderem haver "vício insanável - falsidade -, quando há reconhecimento simulado, dando-se filho alheio como próprio", do que decorreria a nulidade do reconhecimento da paternidade. Daí o recurso especial interposto ao STJ.

É importante destacar que a separação sempre é um impacto muito doloroso e profundo que deixa marcas nas crianças.

Ao mesmo tempo que enfrenta a separação dos pais, sofre com a desconstituição de sua paternidade; o homem que aprendeu a amar, a respeitar como pai, sem a mínima consideração o abandona, e conseqüentemente, afirma que não é mais o seu pai.

Para Tartuce e Simão (2012, p. 353):

O reconhecimento voluntário é um ato irrevogável, pois é tratado sobre o estado de pessoas. É irrevogável até mesmo, se o reconhecimento for feito perante testamento, uma vez que testamento é um ato revogável, porém somente é revogável no testamento o conteúdo patrimonial e não o conteúdo pessoal.

Dias (2015) ainda afirma:

[...]ninguém pode ceder o poder familiar ou renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação. O reconhecimento do filho é irrevogável, sendo imprescritível o direito de ver declarada a paternidade .

Quadros como esses acontecem cotidianamente, no entanto, o ordenamento jurídico, através do Código Civil de 2002, buscou proteger o interesse do menor, diminuindo ao máximo as possibilidades de desconstituição da paternidade.

Quando realizado de maneira formal é impossível a desconstituição do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, como preconizam os artigos 1609 e 1610, do Código Civil.

Contudo, ainda não há pacificação doutrinária quanto à possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva, adquirida apenas pela criação de vínculos afetivos, pois por não haver a presunção legal do reconhecimento, não se enquadram nas hipóteses de irrevogabilidade constantes nos artigos supracitados.

Porém, o Princípio da Afetividade tornou-se corolário das relações de filiação, baseando-se nos ditames constitucionais.

Segundo lições de Fachin (2003), passou a ser reconhecido pela jurisprudência o "valor jurídico do afeto", como elemento primordial para o estabelecimento da filiação.

As relações de fato passam a ser reconhecidas legalmente, produzindo efeitos de acordo com o art. 227, § 6º da Constituição Federal, que prevê o dever da família, sociedade e estado de assegurar ao menor, com absoluta prioridade, o direito que lhe assiste como: a vida, a saúde, a alimentação, educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, o respeito, a liberdade e convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo estes filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção.

Conforme se apreende do artigo acima mencionado, o legislador buscou a jurisdicalização do afeto; tendo em vista a impossibilidade de legalização das relações de fato, as relações socioafetivas são protegidas através do reconhecimento da importância jurídica do afeto.

4.5 O vício do erro e o reconhecimento da paternidade

A legislação brasileira ainda busca coincidir a filiação biológica com o assento registral. Prova disso é a ação negatória de paternidade, que visa anulação do registro de nascimento, em decorrência de que as informações constantes não estão de acordo com a verdade genética.

No entanto, não é qualquer situação que poderá motivar a ação negatória de filiação; essa é a importância do reconhecimento jurídico do afeto. A jurisprudência afirma a necessidade de três aspectos para exclusão de paternidade.

O primeiro aspecto é o vício do consentimento, ou seja, se na ocasião do reconhecimento o pai sofreu algum tipo de coação, ou sofria de algum tipo de incapacidade que pudesse interferir em sua vontade de reconhecer a paternidade.

O segundo é a realização de exame pericial atestando não haver qualquer espécie de vínculo genético entre o pai e o suposto filho e o terceiro é a autonomia da vontade.

O aspecto mais importante na análise é o exame pericial, pois, constatada a paternidade biológica, não há o que se falar em existência, ou não de vínculo afetivo.

Entretanto, caso não seja possível a realização do exame, os demais aspectos deverão ser analisados em conjunto.

O STJ (2016), defende que não há cerceamento de defesa na ação de investigação de paternidade quando inexistente prova pericial de DNA.

Se a conclusão do laudo apontar para a ausência de paternidade biológica é necessário analisar os demais aspectos, e o primeiro a ser analisado deverá ser o vício do consentimento. Rodrigues (2002, p. 321) o conceitua como:

manifestação de vontade, mas com vício ou defeito que a torna mal dirigida, mal externada, estamos, na maioria das vezes, no campo do ato ou negócio jurídico anulável, isto é, o negócio terá vida jurídica somente até que, por iniciativa de qualquer prejudicado, seja pedida sua anulação”.

O registro de filiação quando a paternidade é reconhecida mediante erro, só é anulado conforme o art. 139, do Código Civil. As declarações de vontade quando motivadas por erro, ensejam a anulação do ato firmado.

A única possibilidade de desconstituição da paternidade é quando for possível constatar o erro quanto à verdade biológica; ou seja, quando o indivíduo reconhece a paternidade pensando estar reconhecendo filho biológico. É possível, encontrar, em várias sentenças, decisões baseadas no reconhecimento mediante erro, contudo, o argumento mais forte para motivar a desconstituição é a ausência da paternidade sócioafetiva. Nesse toar, tem-se o seguinte julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Para anulação do registro civil, deve ser demonstrado um dos vícios do ato jurídico ou, ainda mesmo, a ausência da relação de socioafetividade. Registro mantido no caso concreto. APELO NÃO PROVIDO.⁵

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

⁵ Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial 1106637 / SP**, Terceira Turma, Relator: NANCY ANDRIGHI, Julgado em 01/06/2010. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 06/10/. 2016

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

Com a vigência do novo Código Civil, surgiram duas normas para disciplinar o assunto, afirmando que a pessoa que se recusa a se submeter a perícia médica ordenada judicialmente não pode se aproveitar dessa recusa e que esse fato pode suprir a prova que se pretendia produzir, ou seja, o juiz poderá reconhecer o vínculo de filiação, mesmo sem o exame de DNA, desde que existam outras provas acostadas aos autos que demonstrem o alegado.

Importante ressaltar que o legislador não determinou que a recusa gerasse presunção de paternidade, sob pena de criar relação entre a mãe e o investigado.

Dessa forma, mantém-se a previsão que vigora no Código Civil no sentido de que a presunção somente produzirá seus efeitos dentro do conjunto de provas, ou seja, não basta a negativa do investigado para o surgimento da presunção, é

⁶ STJ Recurso Especial 1106637 / SP, Terceira Turma, Relator: NANCY ANDRIGHI, Julgado em 01/06/2010. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 06/10/. 2016

necessário a análise das demais provas de acordo com a redação do 2º artigo da Lei de Investigação de Paternidade (Lei nº 8.560/92).

5 EFEITOS JURISPRUDENCIAIS

O Código Civil de 2002 não conseguiu suprir todas as lacunas existentes a respeito da paternidade sócioafetiva, principalmente no tocante à sua desconstituição e efeitos patrimoniais.

No entanto, os tribunais vêm produzindo julgados cada vez mais inovadores, utilizando-se dos princípios da dignidade humana, melhor interesse do menor e da afetividade. Esses julgados reiterados, aos poucos, vão tornando sólido o entendimento que os vínculos afetivos devem prevalecer em detrimento da paternidade biológica.

Nos julgados atuais, quando se trata de estabelecer vínculo de filiação, o principal fator analisado é a posse do estado de filho. Anteriormente, esse fator era utilizado como prova subsidiária, hoje é utilizada de forma autônoma e determinante nas decisões sobre parentesco.

Para uma melhor análise dessas decisões, serão estudados alguns julgados proferidos por diversos tribunais acerca do tema filiação e sócioafetividade.

Quando surge alguma controvérsia envolvendo investigação ou estabelecimento de paternidade, o julgador analisa alguns fatos primordiais antes de proferir a sentença. Segue abaixo um exemplo:

Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança. Processo REsp 1106637 / SP, Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 01/06/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 01/07/2010

De acordo com a ementa acima transcrita, um padrasto pleiteia a adoção do enteado por meio da desconstituição da paternidade biológica. O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada essencialmente à paternidade social, ou seja, à sócioafetividade.

Para proferir decisão nesse acórdão o órgão julgador verificou em primeiro lugar, o melhor interesse do menor ao analisar a relação existente entre a criança, o padrasto e o pai biológico.

Nesse caso, verificou-se que o vínculo entre o menor e o pai biológico era inexistente, sendo o padrasto o verdadeiro responsável pela sua educação e sustento, exercendo verdadeiramente a função de pai. A existência de forte vínculo afetivo e a posse do estado de filho foram decisivas para a procedência do pleito do padrasto.

No caso acima relatado a paternidade biológica foi desconstituída face o exercício da posse do estado de filho ser manifestada em relação ao padrasto, pai afetivo, não existindo qualquer vínculo de afetividade entre o pai biológico e a criança. Esse fato demonstra que o entendimento dos tribunais segue a tendência de conferir prevalência da paternidade afetiva sobre a paternidade biológica, é a chamada judicialização do afeto.

O aspecto da paternidade biológica, antes encarado como requisito essencial ao reconhecimento de paternidade, hoje é substituído pelo vínculo afetivo. Conforme demonstrado abaixo:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. Merece mudança a decisão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par.único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. – A identificação da paternidade é válida se contempla a existência do vínculo socioafetivo é fato que não pode ser, e não é desprezado pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando a devida importância ao critério biológico para a filiação naquelas circunstâncias em que há discordância familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. **Não se pode obrigar os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo.** A contrário sensu, se o afeto insiste de forma que pais e filhos constroem uma amizade de mútuo auxílio, respeito e amparo, é desnecessário dar uma ênfase maior ao vínculo meramente sanguíneo, para ter a existência de filiação jurídica.

REsp 878941 / DF, Ministra NANCY ANDRIGHI, T3 - TERCEIRA TURMA, DJ 17/09/2007 p. 267.⁷

⁷ Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 878941 / DF**, Terceira Turma, Relator: NANCY ANDRIGHI, Julgado em 17/09/2007. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 06/10/2016.

Nesse julgado, a turma julgadora afirma que a relação sócioafetiva é fato que não pode ser, e não é desconhecido pelo Direito, ou seja, essa decisão é mais uma prova da forte tendência dos tribunais nos casos em que há paternidade biológica, no entanto, o genitor não possui nenhum vínculo afetivo com a criança; nesses casos é reconhecida a paternidade sócioafetiva e desconsiderada a paternidade biológica.

Mesmo não estando expressamente disciplinada no Código Civil, a paternidade sócioafetiva produz efeitos tanto no âmbito sociológico, quanto no âmbito jurídico. Prova disso é o julgado do Supremo Tribunal Federal abaixo transcrito:

Medida Cautelar Inominada. Requerimento de liminar para atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Aplicação às hipóteses de filiação socioafetiva. Interpretação teleológica da regra constitucional. Princípio republicano. Desequilíbrio nas eleições. Projeção da imagem do titular do cargo sobre a candidatura de pessoa vinculada ao núcleo familiar. Risco de criação de oligarquias locais. Irrelevância da ausência de vínculo jurídico formal. Adoção de fato com repercussão social. Inexistência de relevância na argumentação jurídica. Presença de *periculum in mora* inverso em razão da posse de nova administração municipal. Liminar indeferida.
AC 2891 MC / PI – PIAUÍ, Medida Cautelar na Ação Cautelar, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 06/06/2011.⁸

Essa decisão demonstra a relevância que a paternidade sócioafetiva vêm recebendo dos Tribunais Superiores. A posse do estado de filho foi utilizada como motivo de inelegibilidade. O titular do cargo possuía vínculo de sóciopaternidade com o candidato à vaga. Perante à sociedade ele era tratado como filho, gozando de todas as prerrogativas do estado de filiação mesmo inexistindo qualquer vínculo biológico.

Tal conduta foi equiparada por analogia ao disposto no art. 14, § 7º, da Constituição Federal, o qual elenca as causas de inelegibilidade, demonstrando a força e a eficácia do princípio da socioafetividade nos julgados dos tribunais brasileiros, fato que mostra a necessidade de disciplina específica no Código Civil Brasileiro.

⁸ Supremo Tribunal Federal, Apelação nº 2891 MC / PI, Relator: Min. Luiz Fux, Julgado em 06/06/2011. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 06/10/2016.

Não dar o devido reconhecimento as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com o consentimento dos efeitos jurídicos, é não ter a importância da existência do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana. Afinal, ambas fazem parte da trajetória da vida de uma pessoa.

Recentemente, foram julgados alguns casos em que foi determinada a multiparentalidade. Na comarca de Cascavel/PR, o processo de nº 0038958-54.2012.8.16.0021, que a princípio era um pedido de adoção do menor pelo seu padrasto, teve sentença que determinou a inclusão do nome do pai socioafetivo no registro do adolescente. Para o menor, tanto o genitor quanto o padrasto possuíam a função de pai, sendo que chamava ambos assim. O genitor sempre acompanhou a vida do menor e exercia suas visitas regularmente, ao passo que o padrasto foi quem o educou e o criou, exercendo o poder familiar. **Portanto, o juiz da Vara da Infância determinou a inclusão do nome do pai socioafetivo no registro de nascimento, sem excluir a do genitor.** Ainda, esclarece na sentença que não há primazia entre a filiação biológica e a socioafetiva, estando em pé de igualdade. Segue trecho do fundamento da decisão proferida pelo Juiz de Direito Sérgio Luiz Kreuz:⁹

Evidentemente, não é criação de situações jurídicas inovadoras. Trata-se de um fenômeno atual, da pluralidade de modelos familiares, das mudanças ocorridas nas famílias reconstituídas, que precisa ter outro olhar pela jurisprudência. São casos em que crianças e adolescentes, na vida real, começam a ter efetivamente dois pais ou duas mães.

⁹ SANCHES, Salua Scholz. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/31491/multiparentalidade-e-dupla-paternidade-as-diferencas>. Acesso em 28 out.2016

CONCLUSÃO

O Código Civil de 1916, impregnado de tons patriarcais, conferia à instituição de família um caráter unicamente institucional, voltado apenas para o patrimônio e proteção da unidade do núcleo.

A mulher era totalmente submissa ao homem, unicamente responsável pelos cuidados do lar e da prole; ao homem, senhor do lar, cabia o papel de “o cabeça da família”, dono do destino de todos os membros; a família era constituída unicamente através do vínculo matrimonial, onde a monogamia era defendida.

Não existia nada fora do casamento, bens, vínculos, tudo era formado na constância do casamento. Caso existisse algo fora dos limites matrimoniais, o mesmo deveria ser escondido, tratado como algo espúrio, banido do convívio social.

O casamento deveria ser conservado acima de qualquer coisa, independentemente da felicidade do indivíduo, o que importava era a conservação da unidade conjugal.

Com o advento da Lei do Divórcio e a Constituição Federal de 1988, foi rompido o modelo familiar fundado unicamente no casamento, a família, enquanto instituição perdeu seu valor intrínseco. A falsa paz doméstica não tinha mais que ser mantida a qualquer custo.

A unidade familiar passou a valer somente enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus componentes, sendo o lugar de afeto, comunhão do amor, um meio para realização pessoal de seus membros.

Diante deste quadro, a filiação ganha espaço no ambiente familiar, em razão das novas formas de arranjo organizacional. Em face deste novo perfil da família contemporânea, a ordem jurídica não ficou alheia a tantas transformações inovadoras, trazendo o sujeito para o centro do ordenamento jurídico.

O conceito de filiação e sua definição no mundo jurídico evoluíram da filiação biológica até a atual filiação socioafetiva, que prepondera em nosso ordenamento jurídico. A filiação socioafetiva é tema que vem sendo cada vez mais considerado no estudo do Direito em decorrência da valoração principiológica do afeto.

A paternidade, antes encarada apenas como mero fato da natureza passou a ser vista como ato, independente de qualquer vínculo biológico. Essa alteração de comportamento gerou avanços no tocante ao reconhecimento legal. O

reconhecimento de filhos concebidos fora do casamento passou a ser permitido, bem como reconhecimento de indivíduos sem vínculos biológicos. A noção de filiação tornou-se vinculada ao sentido de afeto, a sensação de pertencer a um único núcleo familiar.

Diante dessas transformações nas relações, o legislador buscou adequar a legislação no sentido de proteger essas novas relações. O principal alvo dessa proteção foi o interesse do menor no contexto da filiação. Sendo assim, a família multiparental está sendo uma realidade nos tribunais brasileiros.

Contudo, infelizmente, essa inovação das leis limitou-se à Constituição de 1988, pois o Código Civil, promulgado em 2002, mas elaborado ainda na década de 70 trouxe poucas soluções para temas constitucionalmente consagrados como a regulamentação da posse de estado de filho e a paternidade sócioafetiva que foi objeto de estudo deste trabalho.

A realização do presente trabalho permitiu demonstrar que os tribunais vêm buscando preencher essas lacunas resolvendo as controvérsias no âmbito da paternidade através dos princípios da dignidade da pessoa, ao conceder ao menor o direito de conhecer a sua origem genética, mas ao mesmo tempo pautados no princípio da afetividade e do melhor interesse do menor ao desconsiderar a paternidade biológica em detrimento à paternidade sócioafetiva.

A judicialização do afeto está cada dia mais presente nas decisões tanto dos tribunais de inferiores, quanto dos tribunais superiores. A tendência, é que esses julgados reiterados sobre o tema da afetividade influenciem na alteração do ordenamento jurídico brasileiro no sentido de regulamentar de forma mais específica, a paternidade socioafetiva.

REFERÊNCIAS

ALFOSIN, Ricardo. Disponível em: < <http://alfosin.com.br/justia-autoriza-certides-com-mais-de-dois-pais> > Acesso em 10 out. 2016

ANDERLE, Elisabeth Nass. **A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/3520/a-posse-de-estado-de-filho-e-abusca-pelo-equilibrio-das-verdades-da-filiacao/2> > Acesso em 05 out. 2016

Apud in DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 317.

ASSEF, Tatiana Cunha Mosheta. **Direito de Família e Sucessões**. 2^o ed. São Paulo: Harbra, 2009, p.71.

BERNARDES, Marcelo Di Rezendi. **Pai biológico ou afetivo?** Eis a questão. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=1998>>, acesso em 15.out.2016

BRASIL, Constituição (1988). Código Civil (2002). In: **Vade Mecum Saraiva**. 7^a. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia / busca ? = exame-de-dna-nao-caracterizacao](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?term=exame-de-dna-nao-caracterizacao) Acesso em: 05 out. 2016

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novos Contornos do Direito de Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais**. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre : Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, p. 204, jun. 2008.

BRUNO, Denise Duarte. **Família SócioAfetiva**. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, n. 8, p. 27, maio 2002. (Número especial).

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 62-63.

DA LUZ, Valdemar P. **Manual de Direito de Família**, 2º ed. Rio de Janeiro: R.T, 2010, p. 197.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. Editora Revista dos Tribunais. 3ª ed.. São Paulo. 2007, p 317

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v.5. p .382.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Direito de Família – São Paulo: Saraiva, 2007, p.477. 41

Engels, Friedrich. _____. Ed.Edipro.São Paulo. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. XVIII, 2003.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*.Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 168

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Luis Flávio. Disponível em < <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/150917/para-stj-nao-e-possivel-anular-o-reconhecimento-de-paternidade-realizado-de-forma-espontanea-e-sem-vicios-de-consentimento> > Acesso em: 05 out. 2016

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção Doutrina e Prática**: com comentário à nova lei da adoção. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no direito brasileiro comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Positivo, 2009.

INDEPENDENTE, Espaço Vital. Disponível em: < <http://www.espacoovital.com.br/publicacao-menina-de-dois-anos-passa-a-ter-os-nomes-de-dois-pais-em-seu-registro-de-nascimento>. > Acesso em: 10 out.2016

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 19, p. 134-156, ago./set. 2009b.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Afeto, ética, família e o novo código civil**: coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MADALENO, Rolf Hanssen. **A Multa Afetiva**. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, n. 8, p. 33, 2002. (Número especial).

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 19.ed., São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2 57

NANCY ANDRIGHI, Julgado em 01/06/2010. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 26/10/2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2000. v.5.

RAMOS FILHA, Iaci Gomes da Silva. **Paternidade Socioafetiva e a sua impossibilidade de desconstituição posterior**. Macapá: 2008. Disponível em: < <http://www.ceap.br/tcc/TCC12122008111148.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

RODRIGUES, Carlos Roberto. Disponível em: < http://abadireitodefamilia.blogspot.com/2010/04/filiacao_21.html > Acesso em 06/10/2016

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. **Direito de Família**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 321.

SOARES, Ana Paula Paixão. Disponível em: < <https://anapaulapaixao.jusbrasil.com.br/artigos/214674021/o-reconhecimento-de-paternidade-na-legislacao-brasileira-vigente>. > Acesso em 05/10/2016

Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial 1106637 / SP**, Terceira Turma, Relator: NANCY ANDRIGHI, Julgado em 01/06/2010. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 06/10/2016.

Supremo Tribunal Federal, **Apelação nº 2891 MC / PI**, Relator: Min. Luiz Fux, Julgado em 06/06/2011. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 06/10/2016.

Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 878941 / DF**, Terceira Turma, Relator: NANCY ANDRIGHI, Julgado em 17/09/2007. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 06/10/2016.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito **Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VENOSA, S. de S. Direito Civil. **Direito de Família**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 23.

VILLELA, João Batista. **A desbiologização de paternidade**. Revista Forense, Rio de Janeiro, nº 71, p.45. . jul./set.1980.