

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ

JANETE MARIA AFONSO GELASKO

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

CURITIBA

2014

JANETE MARIA AFONSO GELASKO

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná - UTP.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Thais Goveia Pascoaloto Venturi

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO
JANETE MARIA AFONSO GELASKO

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Esta monografia foi julgada e aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito do Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná.

Curitiba, __ de _____ de 2014.

Coordenador Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite
Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Thais Goveia Pascoaloto Venturi
Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas
Universidade Tuiuti do Paraná

Prof.(a)
Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas
Universidade Tuiuti do Paraná

Prof.(a)
Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas
Universidade Tuiuti do Paraná

À memória de meu pai João Maria da Cunha Afonso e de minha avó Paulina Portes da Cunha. Lamento que não mais estejam nesse mundo para presenciarem minha conquista, mas muito me conforta sentir em meu coração que estão em um bom lugar e que estão felizes junto comigo. Quantas saudades!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, pelo Dom da Vida, por permitir-me chegar até aqui com saúde e entusiasmo, por ser em minha vida o mestre maior, o pai dos pais e, principalmente, por ser o comandante da minha vida.

A todos os meus familiares e amigos, pelo carinho e torcida, em especial:

Ao meu esposo e companheiro Osley Jorge Gelasko, que foi quem me incentivou a iniciar esse curso e que, ao longo dessa caminhada esteve sempre ao meu lado, torcendo e me motivando em todos os momentos. Muito obrigado!

Aos meus queridos e amados filhos Gabriel e Clara Afonso Gelasko, pela compreensão dos momentos em que não pude dar a atenção merecida em razão dos estudos e que, mesmo assim ficaram vibrando junto comigo ao longo do curso e, na concretização desse trabalho. Vocês são a razão do meu viver. Tudo é por vocês!

À minha mãe que, não mediu esforços para estar ao meu lado sempre que possível ao longo dessa caminhada, torcendo, ajudando e me encorajando para que eu concretizasse esse sonho. Obrigado mãe querida, você é exemplo de amor incondicional!

A Universidade Tuiuti do Paraná, pelos seus colaboradores que sempre nos atenderam com carinho e dedicação.

Ao brilhante corpo docente, ao qual agradeço de coração pela transmissão intelectual, pela qual me trouxe um novo olhar, até então, inimaginável. Tenham certeza de que aprendi muito com vocês e que levarei com muita felicidade os vossos ensinamentos. Vocês fazem parte da minha história!

Agradeço em especial, a minha querida professora e, orientadora Prof.^a Thais Goveia Pascoaloto Venturi, a qual tive a honra de ter sido sua aluna e orientanda desse trabalho, pelo exemplo contínuo de dedicação, demonstrando sabedoria durante o período de nossa convivência. Ter sido sua aluna e orientanda foi uma satisfação imensa e motivo de muito orgulho. Obrigada por tudo!

A todos os meus colegas de turma, pelos momentos de alegria e de estudos. A vocês, desejo muito sucesso e alegria. Sentirei saudades!

Enfim, a todos os que direta e indiretamente contribuíram pela realização desse trabalho, meu muito obrigado!

"Uma coisa não é justa por ser lei,
mas deve ser lei porque é justa."

Montesquieu

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo, demonstrar que, a partir da Constituição Federal de 1988, houve uma profunda evolução da instituição familiar e da sociedade, a família passa por novas formações, onde pátrio poder foi vencido pelo poder familiar. Aos filhos foi garantido a igualdade de filiação, independente da origem da filiação, preservando o vínculo criado através do afeto entre os sujeitos da relação filial, dessa forma, pretende-se conceituar a filiação socioafetiva, bem como se dá o reconhecimento do vínculo dessa filiação através da posse do estado de filho: nome, trato e fama. Também, objetiva-se demonstrar que, filiação socioafetiva se dá pela vontade de ter um filho e, apesar de não haver uma legislação específica acerca do assunto, à filiação socioafetiva é considerada uma construção doutrinária e jurisprudencial e que, os tribunais brasileiros estão julgando pela prevalência da filiação socioafetiva em relação à biológica, quando cumprido os requisitos da posse do estado filial, somente admitindo a desconstituição, em casos de erro de consentimento. O objetivo da filiação socioafetiva e a impossibilidade de desconstituí-la, é a de proteger o filho afetivo, assegurando-lhe o direito de filiação e da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse do filho.

Palavras-chave: Afeto. Filiação Socioafetiva. Posse do estado de Filho. Dignidade da Pessoa Humana. Melhor Interesse da Criança.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS SOFRIDAS NO DIREITO	
	PATerno-FILIAL	12
2.1	FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	12
2.2	TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	13
2.3	ENTIDADES FAMILIARES APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
	DE 1988	14
2.4	EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR	15
3	FILIAÇÃO	17
3.1	MODALIDADES DE FILIAÇÃO	17
3.1.1	Filiação matrimonializada	18
3.1.2	Inseminação artificial homóloga.....	18
3.1.3	Inseminação artificial heteróloga	19
3.2	FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL.....	19
3.3	FILIAÇÃO VOLUNTÁRIA.....	20
3.4	REGISTRO COMO PROVA DE FILIAÇÃO	20
3.5	PRINCÍPIOS DA FILIAÇÃO.....	21
3.5.1	Princípio do livre planejamento.....	21
3.5.2	Igualdade de filiação.....	21
3.5.3	Princípio da dignidade da pessoa humana	22
3.5.4	Princípio da solidariedade familiar	23
3.5.5	Princípio do melhor interesse da criança.....	24
3.6	IMPRESCRITIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA CONTESTAÇÃO DA	
	PATERNIDADE E DA IMPUGNAÇÃO DO ESTADO DE FILIAÇÃO	24
4	FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	26
4.1	POSSE DO ESTADO DE FILIAÇÃO	27
4.2	MODALIDADES DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	29
4.3	PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE	30
4.4	INTERVENÇÃO JURÍDICA NA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	31
4.5	FUNÇÃO DO PAI SOCIOAFETIVO.....	32
4.6	CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	33
4.7	IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO FILIAL.....	34

4.8	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	34
4.9	PONTOS POSITIVOS REFERENTE A IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO	38
4.10	PONTOS NEGATIVOS REFERENTE A IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO	38
	CONCLUSÃO	41
	REFERÊNCIAS	43
	ANEXO: ENTREVISTA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	46

1 INTRODUÇÃO

O tema tratado nesta monografia trata da Filiação Socioafetiva.

A filiação socioafetiva é aquela decorrente da vontade de ter um filho, que sabe que não é seu filho biológico. Ela baseia-se na ideia de qualidade de filho, onde os elementos formadores dessa relação filial são construídos através dos laços de afeto e, será caracterizada quando do cumprimento dos requisitos da posse do estado filial: nome, trato e fama.

É uma construção jurisprudencial e doutrinária ainda recente, não respaldada de modo expresso pela legislação atual vez que, até o momento não há uma tipificação expressa acerca da filiação socioafetiva. O artigo 1.593 do código civil trata da possibilidade de embasar-se o parentesco na consanguinidade ou em "outra origem", locução que engloba a origem afetiva.

Os tribunais brasileiros estão julgando pela prevalência da filiação socioafetiva em relação à biológica, quando cumprido os requisitos da posse do estado filial, somente admitindo a desconstituição, em casos de erro de consentimento.

No primeiro capítulo foi abordado o tema referente as transformações jurídicas ocorridas no direito de família, desde a família patriarcal romana até a família contemporânea. Como exemplo marcante dessas transformações, a Revolução Francesa que foi um marco, um divisor de águas, na busca pela igualdade entre homens e mulheres, uma vez que, a partir daí as mulheres foram conquistando espaço ao mercado de trabalho e, gradativamente ganhando respeito. Também, abordamos a mudança do pátrio poder ao poder familiar e que, com o advento da Constituição de 1988, as famílias passam a ser considerada a base da sociedade pelo Direito de Família, a exercer o poder familiar onde os pais têm os mesmos direitos e deveres sobre os filhos passando a exercê-los igualmente e valorizando mais a afetividade, ressaltando a prerrogativas que assegura o artigo 227 da Constituição Federal.

Já no segundo capítulo analisamos a filiação. O conceito de filiação e as modalidades de filiação. O estado de filiação é gênero, do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não-biológica.

Foi abordado nesse capítulo os princípios da filiação, dentre eles destacam-se o do livre planejamento, onde os pais são livres para planejar quantos filhos querem ter. Da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que assegura que a pessoa é o centro das atenções, valorizando o ser humano que deve ser

respeitado acima de tudo; da igualdade jurídica de filiação, que assegura aos filhos a igualdade entre o demais filho, sendo vedada a discriminação, independente da origem da filiação.

No terceiro capítulo tratamos da filiação socioafetiva. A definição da filiação socioafetiva é fruto da vontade de ter um filho, ela é decorrente de outra modalidade de filiação que não a biológica, como por exemplos as decorrentes da adoção legal, adoção a brasileira, de filho de criação, de troca de filho ainda na maternidade. Ela corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação, se dá através do afeto, da vontade de ter filho e, uma vez caracterizada ela produz todos os efeitos legais da filiação, ou seja, direitos e deveres, porém, para a declaração da filiação socioafetiva devem ser cumpridos os requisitos da posse do estado: nome, trato e fama.

Vimos que, embora ainda não haja uma tipificação específica acerca do assunto, a filiação socioafetiva é considerada uma construção jurisprudencial e doutrinária, que encontra suporte nas normas constitucionais sobre direito de família, principalmente no artigo 227 & 6.º da Constituição Federal, passando a ter a assento infraconstitucional no art. 1.593 do Código Civil, que menciona a possibilidade de embasar-se o parentesco na consanguinidade ou em "outra origem", locução que engloba a origem afetiva.

Analizamos que os tribunais Brasileiros estão julgando pela permanência da filiação socioafetiva quando presentes os requisitos da posse do estado filial inclusive, tendo essa preferência em relação a biológica, sendo impossível a sua desconstituição, salvo quando provado o vício de consentimento. Nessa linha de julgamento, também foi abordado os pontos negativos e positivos que essa tutela pode ocasionar, vez que, nem sempre ela será acertada.

2 TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS SOFRIDAS NO DIREITO PATERNO-FILIAL

Conforme a lei maior de nosso ordenamento jurídico, a família é a base da sociedade e, como base da sociedade é detentora da proteção do estado.

Segundo Eduardo Leite: "A origem da palavra família é romana, que significa escravo, pois se originou da palavra *oscafamel* (*servus*) que quer dizer escravo",¹ ou seja, a família tinha como objetivo principal a prestação de serviços.

A família romana era organizada preponderantemente, no poder e na posição do pai, chefe da comunidade. O pátrio poder tinha caráter unitário exercido pelo pai. Este era uma pessoa *sui júrís*, ou seja, chefiava todo o resto da família que vivia sobre seu comando, os demais membros eram *alini júrís*.²

Pertinente observação de Luiz Edson Fachin no sentido de que é

inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.³

A Revolução Francesa foi um marco, um divisor de águas, na busca pela igualdade entre homens e mulheres, uma vez que, a partir daí as mulheres foram conquistando espaço ao mercado de trabalho e, gradativamente ganhando respeito.

A família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do século XX.⁴

2.1 FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O sistema codificado de 1916 foi marco relevante, porque o sistema brasileiro, em especial nessa área de família, passa a ter as suas próprias regras,

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. v.5. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005, p.183-184.

² MACHADO, José Jefferson Cunha. *Curso de direito de família*. Sergipe: UNIT, 2000. p.3.

³ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.11.

⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.20-26.

excluindo assim as regras do período colonial, embora, com suas influências, e toda uma tradição romana e canônica.⁵

Na legislação de 1916, elaborada por Clóvis Beviláqua, a família era constituída pelo casamento sendo totalmente patriarcal, cabia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, a função de exercer o pátrio poder sobre os filhos menores, e somente na sua falta ou impedimento tal incumbência passava ser atribuída à mulher, nos casos em que ela exercia a chefia da sociedade conjugal.⁶

A família do período histórico em estudo possuía perfil peculiar da época colonial, os artigos que disciplinavam o direito de família possuíam uma índole patrimonial, logo, as questões patrimoniais acabavam prevalecendo sobre as questões pessoais. A família dessa época era conservadora, sendo o casamento indissolúvel.⁷

Não podemos deixar de mencionar que o Código Civil desse período, diferenciava filhos em legítimos e ilegítimos, modificando as formas de sucessão de cada um.

Nesse sentido, nos ensina Eduardo Leite: Legítimos- eram os filhos gerados dentro do casamento; Naturais- eram os filhos gerados por pessoas que, embora não casadas entre si, não estavam impedidas de casar uma com a outra, podendo regularizar a situação dos filhos através da legitimação; Espúrios- eram os filhos eram subdivididos em filhos incestuosos e filhos adulterinos; Incestuosos- eram os filhos decorrentes de parentesco consanguíneo (por ex.: oriundo de relação incestuosa; pai com filha). Assim, os filhos havidos fora do matrimônio, eram tratados como bastardos, adulterinos, sem direitos juridicamente reconhecidos e o pai não tinha obrigação no seu sustento, nem sucessórios.⁸

2.2 TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Ao longo do século XX, até a Constituição de 1.988, houve a progressiva redução do "*quantum* despótico" no direito de família brasileiro, ou das desigualdades que ele consagrava. A família patriarcal perdeu gradativamente sua consistência, na

⁵ CORRÊA, Marise Soares. *O princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges e os reflexos no direito de família*. Porto Alegre: PUCRS, 1998. p.23.

⁶ WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.283.

⁷ CORRÊA, op. cit., p.108.

⁸ LEITE, op. cit., p.183-184.

medida em que feneciam seus sustentáculos, a saber, o poder marital, o pátrio poder, a desigualdade entre filhos, a exclusividade do matrimônio e o requisito de legitimidade.⁹

No campo legislativo, três grandes diplomas legais transformaram esse paradigma: a) a Lei n.º 883, de 1.949 que permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos e conferiu-lhes direitos até então vedados; b) a Lei n.º 4.121, de 1.962, conhecida como Estatuto da mulher casada, que retirou a mulher casada da condição de subalternidade e discriminação em face do marido, particularmente da odiosa condição de relativamente incapaz; c) a Lei n.º 6.515, de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, que assegurou aos casais separados a possibilidade de reconstituírem suas vidas, casado-se com outros parceiros, rompendo de uma vez a resistente reação da igreja, além de ampliar o grau de igualdade de direitos dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais.¹⁰

A família, na sociedade de massas contemporâneas, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Também a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família. São esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal. A repersonalização contemporânea das relações de família retoma o itinerário da afirmação da pessoa humana como objetivo central do direito.

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto- a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição Federal de 1988, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.¹¹

2.3 ENTIDADES FAMILIARES APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir da constituição de 1988, a constituição cidadã, que trata da família em seus artigos 226 e 227 como a base da sociedade, devendo o Estado dar proteção à ela, assegurando à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar,

⁹ LÔBO, op. cit., 2012, p.23.

¹⁰ LÔBO, op. cit., 2012, p.23.

¹¹ LÔBO, op. cit., 2012, p.20-26.

colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, vedando expressamente as designações discriminatórias relativas ao estado de filiação, defendendo a dignidade da pessoa humana, todas as demais legislações posteriores se moldaram as mudanças, assegurando os direitos das criança e dos adolescentes.

O modelo igualitário da família constitucionalizada se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos artigos no artigo 226 da Constituição de 1988.¹²

Com as mudanças ocorridas no direito de família o "pater poder" passou a ser chamado de "poder familiar", em razão da igualdade constitucional entre o homem e a mulher. Esse instituto teve diversas mudanças com o decorrer da história. O Código Civil de 2002 dispõe no artigo 1.630: "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores".¹³

No que concerne às mudanças na organização familiar, notadas a partir do século XIX, Rodrigo da Cunha Pereira elucida que a entidade sofreu alterações após as Revoluções Burguesas, principalmente em função do declínio do patriarcalismo, assim como do individualismo, o que culminou no abalo das antigas estruturas do Direito de Família, marcando a Idade Contemporânea.¹⁴

2.4 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Como uma grande conquista, após evolução histórica do direito de família, antes regida pelo pátrio poder, modernamente, após o advento da Constituição Federal de 1988, prevalece o poder familiar onde, os filhos são de responsabilidade de ambos os pais, ou, na falta deles de outra pessoa legalmente autorizada.

Em matéria de exercício do poder familiar, deve-se ter presente o seu conceito de conjunto de direitos e deveres por finalidade o interesse da criança e do adolescente. Os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos. Por exemplo,

¹² LÔBO, op. cit., 2012, p.5.

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2005. p.353.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.3.

os pais têm o direito de dirigir a educação e a criação dos filhos e, ao mesmo tempo, o dever de assegurá-las.¹⁵

Entende-se atualmente que o poder atribuído ao pai deve ser exercido no interesse do filho, abrandando-se, nos costumes e na lei, o jugo paterno. Os poderes outorgados aos pais têm como medida o cumprimento dos deveres de proteção do filho menor. O instituto perdeu sua organização despótica inspirada no direito romano, deixando de ser um conjunto de direitos do pai sobre os filhos, amplos e ilimitados, para se tornar um complexo de dever. A evolução orientou-se, fundamentalmente, para três finalidades como a limitação temporal do poder, a limitação dos direitos do pai e do seu uso e a colaboração do Estado na proteção do filho menor e intervenção no exercício do pátrio poder para orientá-lo e controlar.¹⁶

Não se pode olvidar que o reconhecimento da paternidade sócioafetiva submete o filho menor ao poder familiar. É isso que reza o artigo 1.612 do Código Civil de 2002, que segue transcrito: "O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor".

¹⁵ LÔBO, op. cit., 2012, p.302.

¹⁶ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forence, 2002. p.15.

3 FILIAÇÃO

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.

Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando da mãe, maternidade. Filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.¹⁷

No Brasil, a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações. Desde a constituição de 1988 não há mais distinção entre filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva, ou filiação adulterina, sendo todos filhos com igualdade de tratamento.¹⁸

3.1 MODALIDADES DE FILIAÇÃO

O estado de filiação é gênero, do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não-biológica. Ainda que ele derive, na grande maioria dos casos, do fato biológico, por força da natureza humana, outros fatos o determinam, a saber: a adoção, a posse do estado de filiação e a inseminação artificial heteróloga.¹⁹

Já conforme entendimento de Pedro Welter, são duas as espécies de filiação: a biológica, pautada na relação consangüínea e a socioafetiva, fortalecida pelos laços afetivos nas relações entre pai e filho, tornando-se indiferente a ligação entre sangue e afeto, visto estarem constitucionalmente em igualdade jurídica.²⁰

Ainda encontra-se a subdivisão colacionada pela jurista Maria Berenice Dias, que acrescenta a paternidade registral à classificação de Pedro Welter, decorrente

¹⁷ LÔBO, Paulo. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética*: uma distinção necessária. Jus Navigandi, Teresina, v.9, n.194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica#ixzz37kk10Arq>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

¹⁸ LÔBO, op. cit., 2012, p.216.

¹⁹ MARTINS, Antonio Dariense. *Investigação de paternidade § antecipação dos efeitos da tutela*. Curitiba: Juruá, 2007. p.44.

²⁰ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.14, p.111-147, abr.-jun. 2003.

do registro de nascimento, que goza de presunção de veracidade, ato voluntário, tornando-se uma prova de filiação.²¹

3.1.1 Filiação matrimonializada

De acordo com o código civil de 2012, independente de exames, presumem filhos os nascidos durante o casamento inclusive, de acordo com o artigo 1.600 desse mesmo código, não basta o adultério da mulher casada, ainda que confessado, para afastar a presunção da paternidade do marido.

Dispõe o artigo 1.597 do código civil vigente expressamente as presunções de que o marido da mãe é pai do filho nascido durante a constância do casamento:

I- A presunção de paternidade do marido, para os filhos concebidos cento e oitenta dias após o início da convivência conjugal; II- nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A presunção *pater is est* prevista no Código Civil considera como filhos do matrimônio aqueles nascidos pelo menos 180 dias, depois de estabelecida a convivência conjugal e, aqueles, nascidos até 300 dias após a dissolução desta união.

A origem biológica presume o estado de filiação, ainda não constituído, independente de comprovação de convivência familiar.²²

3.1.2 Inseminação artificial homóloga

A inseminação artificial homóloga é a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida da cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges. O uso do sêmen do marido somente é permitido se for de sua vontade e enquanto estiver vivo, por ser exclusivo titular de partes destacadas de seu corpo.²³

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.329.

²² MARTINS, op. cit., p.44.

²³ LÔBO, op. cit., 2012, p.198.

3.1.3 Inseminação artificial heteróloga

A terceira hipótese é a inseminação artificial heteróloga, que se dá quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja prévia, razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal.²⁴

3.2 FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL

Toda filiação fora da vigência do casamento pode ser dita como extramatrimonial. Podemos elencar como exemplos de filiação Extramatrimonial logo, socioafetiva, as decorrentes de adoções legalmente autorizadas pela justiça; de adoções a brasileira; de filhos de criação, as decorrentes do reconhecimento voluntário. Todas, filiação socioafetiva. Também importante lembrar as filiações decorrentes de erros na troca de bebês ainda na maternidade, que apesar de ser fruto de um erro gravíssimo, é uma filiação socioafetiva.

O artigo 1.609 do código civil nos ensina que, 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.

A filiação, portanto, estabelece-se não apenas em face do vínculo matrimonial e biológico, mas principalmente em face do vínculo socioafetivo que atende mais ao princípio do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e também da paternidade responsável.²⁵

²⁴ LÔBO, op. cit., 2012, p.200.

²⁵ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos de sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986. p.68.

3.3 FILIAÇÃO VOLUNTÁRIA

O reconhecimento, voluntário apenas é possível quando não houver registro de nascimento do filho, ou quando este tenha sido feito em relação a um dos pais. Conseqüentemente, não pode o pai ou a mãe reconhecer se houver pai ou mãe registrado. O registro gera a presunção da paternidade dos que estejam referidos. Por outro lado, ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando erro ou falsidade (art. 1.604 do código civil). Portanto, para que o reconhecimento produza seus efeitos jurídicos, será necessária prévia decisão judicial de invalidação do registro, em virtude de erro ou falsidade, com citação de todos os que possam ser atingidos por ela. O reconhecimento do filho por qualquer outro ato permitido pelo artigo 1.609 do código civil é nenhum, se contrariar registro de nascimento válido. A duplicidade de registro de nascimento resolve-se pela prevalência do primeiro, salvo se este for inválido judicialmente.²⁶

3.4 REGISTRO COMO PROVA DE FILIAÇÃO

Para o registro do filho, o declarante não precisa fazer prova da origem biológica; nem seria obrigado a fazê-lo, pois impediria a filiação de outra natureza. A certidão do cartório do registro civil não é o único meio de prova da filiação, sendo admitidos outros meios admissíveis para a comprovação filiatória, conforme estabelece o artigo 1.605 do Código Civil.

Conforme expõem Paulo Lôbo: "O registro civil de nascimento produz uma presunção quase absoluta, pois apenas pode ser invalidado se provar que houve erro ou falsidade", como isso, a declaração do nascimento do filho feita pelo pai é irrevogável, somente podendo ser atacada judicialmente.²⁷

Uma das provas de filiação mais importantes é a certidão do termo de nascimento assentado no registro civil, conforme preceitua o artigo. 1.603 do CC. Até que se prove em contrário. O art. 1.604 prega que seja reivindicado direito contrário àquele proveniente do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou

²⁶ LÔBO, op. cit., 2012, p.254.

²⁷ LÔBO, op. cit., 2012, p.208.

falsidade do mesmo, ou diante de sentença transitada em julgado, que tenha provido ação de impugnação ou de contestação de paternidade.²⁸

O registro representa um título, podendo com ele obter todas as consequências jurídicas devidas. Com fundamento no princípio da dignidade humana, o direito ao registro civil, bem como, conhecer esse pai é constitucionalmente assegurado. Garantindo-se, assim, a dignidade humana da criança, podendo, com sua maioridade, impugnar esse reconhecimento, conforme previsto no artigo 1.614 do Código Civil.

3.5 PRINCÍPIOS DA FILIAÇÃO

3.5.1 Princípio do livre planejamento

No Brasil, os pais são livres para planejar sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem não podendo o Estado ou a sociedade estabelecer limites ou condições. Os filhos podem provir de origem genética conhecida ou desconhecida (doadores anônimos de gametas masculinos ou femininos - art. 1.597 do Código Civil), de escolha afetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada.²⁹

3.5.2 Igualdade de filiação

Após a constituição de 1988, não mais se admite discriminar os filhos em legítimo ou ilegítimo, pois o elemento de discriminação, que era a origem ou não na família constituída pelo casamento, deixou de existir, conforme previsão constitucional, artigo. 227, § 6.º e, diante dessa redação, podemos afirmar que, a Constituição Federal de 1988, trouxe a igualdade entre os filhos, não importando qual a origem da filiação, não mais admitindo qualquer tratamento discriminatório, não havendo mais quaisquer distinções entre os filhos.

A partir deste marco, deu-se início a um processo de releitura da legislação infraconstitucional ao novo modelo de família, concebido na igualdade entre os

²⁸ MADALENO, Rodolfo. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.405.

²⁹ LÔBO, op. cit., 2012, p.218.

filhos, como por exemplo, o enunciado do artigo 1.596 do código civil de que os filhos de origem biológica ou não biológica têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações, que reproduz norma equivalente da Constituição Federal, é, ao lado da igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges, e da liberdade de constituição de entidade familiar, uma das mais importantes e radicais modificações havidas no direito de família brasileiro, após 1988.

É o ponto culminante da longa e penosa evolução por que passou a filiação, ao longo do século XX, na progressiva redução de odiosas desigualdades e discriminações, ou do *quantum* despótico na família, para utilizarmos uma categoria expressiva de Pontes de Miranda. É o fim do vergonhoso *apartheid* legal.³⁰

Após a constituição de 1988 e do código civil de 2002, não há mais parentesco adotivo, pois, após a consumação da adoção por decisão judicial, o filho é igual aos demais consanguíneos dos pais que o adotaram, rompendo-se integralmente os laços com a família de origem. No direito anterior, admitia-se que o adotado maior, segundo a modalidade conhecida como adoção simples, mantivesse os vínculos com os parentes consanguíneos.³¹

Sobre a discriminação e a igualdade entre filhos, nascidos do casamento ou fora dele, Francisco José Ferreira Muniz diz: "A situação jurídica do filho, que se funda no princípio da igualdade, demonstra que independente do tipo de família onde ele viva tem direitos: ao sustento, à segurança, à saúde, à herança, às garantias sociais, do Estado, dentre outros". Direitos esses consolidados no artigo 227, § 6.º da constituição Federal.³²

3.5.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da Pessoa Humana, é um princípio constitucional de fundamental importância, visto que todo ordenamento jurídico deve ser pautado na dignidade da pessoa humana logo, esse princípio é a espinha dorsal do sistema jurídico.

³⁰ LÔBO, op. cit., 2012, p.216.

³¹ LÔBO, op. cit., 2012, p.206.

³² MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direitos de família e do menor*. Organizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p.78.

Nas palavras de Paulo Lôbo, "A pessoa humana, deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter".³³

A constituição proclama como princípio fundamental do Estado democrático de Direito e da ordem jurídica "a dignidade da pessoa humana" (artigo 1.º, III). No capítulo destinado à família, o princípio fundamenta as normas que cristalizaram a emancipação de seus membros, ficando explicitados em alguns artigos: 226,§7.º; 227, *caput*, e 230 da Constituição Federal. A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram.³⁴

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.³⁵

Nos ensinamentos de Guilherme de Sousa Nucci,

ao ressaltar o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio regente do Estado Democrático de Direito, constituindo-se de dois fundamentais aspectos, sendo um objetivo e o outro subjetivo [...]. Sob o ponto de vista objetivo, abrange-se a segurança do mínimo existencial ao indivíduo, que precisa ver atendida as suas necessidades básicas para a sobrevivência. Já no enfoque subjetivo, o sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, o destaca como indivíduo, desde o nascimento até o final de sua trajetória, merecendo particular consideração do Estado.³⁶

3.5.4 Princípio da solidariedade familiar

Princípio da Solidariedade Familiar passou a reger as relações familiares a partir da Constituição Federal de 1988, sendo esse princípio declarado no artigo 3.º, inciso I da Magna Carta.

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para a sua plena formação social.³⁷

³³ LÔBO, op. cit., 2012, p.23.

³⁴ LÔBO, op. cit., 2012, p.62.

³⁵ LÔBO, op. cit., 2012, p.60.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Sousa. *Crimes contra a dignidade sexual*: de acordo com Lei 12.015/2009. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.30-31.

³⁷ LÔBO, op. cit., 2012, p.41.

Assim sendo, pode-se dizer que a solidariedade deve reger todas as relações jurídicas, sobretudo, as relações de família, já que é no seio familiar que se desenvolvem sentimentos de afeição e de respeito.

3.5.5 Princípio do melhor interesse da criança

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, com força de lei ordinária no Brasil desde 1990, estabelece que todas as ações relativas às crianças devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança, em face dos interesses dos pais. De acordo com a Carta Magna, essa norma foi inteiramente absorvida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002.

A Convenção Internacional sobre os direitos da criança, de 1989, adotado pela Assembleia das Nações Unidas, e internalizada no direito brasileiro, com força de lei em 1990, preconiza a proteção especial da criança mediante o princípio do melhor interesse, em suas dimensões pessoais. Para cumprir o melhor interesse, a criança deve ser posta no centro das relações familiares, devendo ser considerada segundo o "espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade". As crianças são agora definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direitos; "já não são menores", incapazes, pessoas incompletas, mas de pessoas cuja única particularidade é a de estarem crescendo".³⁸

O princípio do melhor interesse da criança significa, incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

3.6 IMPRESCRITIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA CONTESTAÇÃO DA PATERNIDADE E DA IMPUGNAÇÃO DO ESTADO DE FILIAÇÃO

O Código Civil de 1916 estabelecia prazos prescritíveis curtos para que o marido da mãe pudesse contestar a paternidade, sendo de dois meses a partir do parto, se estivesse presente, e de três meses, se ausente.

³⁸ LÔBO, op. cit., 2012, p.27.

A finalidade da lei era afirmar a presunção *pater is est*, no sentido de tutelar a família legítima, pois apenas admitia essa exceção para impugná-la, desde que a pretensão se exercesse em prazo curto.

Já o Código Civil de 2002 adotou orientação totalmente oposta e problemática, optando pela imprescritibilidade. O marido da mãe, e somente ele, poderá a qualquer tempo impugnar a paternidade derivada da presunção *pater is est*.

Todavia, ainda que imprescritível, a pretensão de impugnação não poderá ser exercida se fundada apenas na origem genética, em aberto conflito com o estado de filiação já constituído.

Em outras palavras, para que possa ser impugnada a paternidade, independentemente do tempo de seu exercício, terá o marido da mãe de provar não ser o genitor, no sentido biológico (por exemplo, com resultado de exame de DNA) e, por essa razão, não ter sido constituído o estado de filiação, de natureza socioafetiva; e se foi o próprio declarante perante o registro de nascimento, comprovar que teria agido induzido em erro ou em razão de dolo ou coação.

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente nunca permitiu a impugnação do estado de filiação dos que já se encontravam reconhecidos, ao qual só pode haver impugnação do próprio pai, conforme dispõe o artigo 1.601 ou do filho, no prazo de quatro anos após a maioridade conforme o artigo 1.614.³⁹

³⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, *Revista CEJ*, Brasília, n.27, p.47-56, out./dez., 2004.

4 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva baseia-se na ideia de qualidade de filho, onde os elementos formadores da relação paterno filial são construídos através dos laços de amor visando a felicidade dentro da família.

Embora ainda não tenha uma tipificação expressa acerca do assunto, a filiação socioafetiva encontra suporte nas normas constitucionais sobre direito de família, passa a ter assento infraconstitucional no artigo 1.593 do Código Civil, que menciona a possibilidade de embasar-se o parentesco na consanguinidade ou em "outra origem", locução que engloba a origem afetiva.⁴⁰

Muito se avançou no Brasil quanto ao reconhecimento da filiação socioafetiva, assim entendida como aquela que se constitui na convivência familiar, independentemente da origem do filho.

O início deste século XXI tornou-se perceptível como a afetividade passou a figurar de forma central nos vínculos familiares, não em substituição aos critérios biológicos ou patrimoniais, que persistem, com inegável importância, mas ao lado deles se apresentou como relevante uma ligação afetiva.⁴¹

A socioafetividade tornou-se uma das maiores características da família atual e se assenta nas relações familiares onde o amor é cultivado cotidianamente. A partir desse contexto é que se funda a família atual e que surge o Princípio Jurídico da Afetividade, que decorrendo de outros Princípios Constitucionais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é considerado princípio implícito.⁴²

Na filiação socioafetiva predominam os laços de afetividade, solidariedade e, convivência, laços esses que sobrepesam o fator genético. Esta situação passa a ter, para o mundo jurídico, uma significação e proteção quanto ao melhor interesse da criança.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.17. v. XVIII.

⁴¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.301.

⁴² LÔBO, op. cit., 2012, p.30.

A filiação socioafetiva deve prevalecer quando houver conflito com a filiação biológica, salvo se o princípio do melhor interesse da criança ou o princípio da dignidade da pessoa humana indicarem outra orientação, não devendo ser confundido o direito àquele estado com o direito à origem genética.⁴³

A paternidade socioafetiva funda-se no Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, previsto pela CF de 1988. Surge, agora, a busca pela verdade sociológica, fundamentada no estado de filiação, onde uma pessoa assume o papel de pai e outra o de filho, independentemente do vínculo biológico.⁴⁴

Rubens Alves, em sua obra leciona que:

Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser da eternidade: aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disso).⁴⁵

De acordo com Maria Berenice Dias, a filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. O filho é titular do estado de filiação, que se consolida na afetividade. Não obstante, o art. 1.593 evidencia a possibilidade de diversos tipos de filiação, quando menciona que o parentesco pode derivar do laço de sangue, da adoção ou de outra origem, cabendo assim à hermenêutica a interpretação da amplitude normativa previsto pelo CC de 2002.⁴⁶

4.1 POSSE DO ESTADO DE FILIAÇÃO

O legislador brasileiro não contemplou expressamente a posse de estado como suporte fático para construir a filiação socioafetiva, sendo ela, criação da jurisprudência e da doutrina.

Segundo Paulo Lôbo,

⁴³ LÔBO, op. cit., 2012, p.26.

⁴⁴ LÔBO, op. cit., 2012, p.540.

⁴⁵ ALVES, Rubens. *Um mundo num grão de areia: o ser humano e seu universo*. Campinas: Verus, 2002. p.37.

⁴⁶ DIAS, op. cit., p.334.

a posse do estado de filiação refere-se à situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independente dessa situação corresponder à realidade legal. A posse do Estado de filho oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação, fazendo ressaltar a verdade socioafetiva. Tem a maleabilidade bastante para exprimir fielmente a verdade que procura, para mostrar onde se encontra a família socioafetiva cuja paz se quer defender pelo seu valor social e pelo interesse do filho.⁴⁷

Segundo Orlando Gomes,

a configuração da posse de estado de filho ocorre nas seguintes circunstâncias: a) sempre ter levado o nome dos presumidos genitores; b) ter recebido continuamente o tratamento de filho legítimo; c) ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho legítimo.⁴⁸

Nesse sentido, para Luiz Edson Fachin, a posse de estado de filho está caracterizada desde que estejam presente três elementos: *tractatus, nomem e fama (ou reputatio)*. Sendo que a *tractatus* está presente quando a pessoa é tratada na família como filha. O *nomem* se dá quando a pessoa traz o nome do pai. E a *fama* é a pessoa ter sido constantemente reconhecida como filha, pelos presumidos pais, pela família e pela sociedade.

Isto é, a *tractatus* significa o tratamento que recebe a pessoa tida como filha, o fato de o pai tê-la em sua companhia, prover a sua educação, dar-lhe assistência material e emocional. Já *onomem* se dá pelo uso constante do patronímico do pai. Por sua vez, a fama é a reputação, a notoriedade: a pessoa ser tida como filha, tanto pelos pais, quanto por todos que a conhecem, no meio social em que vive.⁴⁹

Para que se dê a paternidade socioafetiva é necessário que se configure a Posse de Estado de Filho que nos ensinamentos de José Bernardo Ramos Boeira: "é "uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai".⁵⁰

O papel preponderante da posse do estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, dessa forma, mais Direito à vida e mais vida ao Direito. É reconhecida, pois, a posse do estado de filho

⁴⁷ LÔBO, op. cit., 2012, p.236.

⁴⁸ GOMES, op. cit., p.115.

⁴⁹ FACHIN, op. cit., 1999. p.202.

⁵⁰ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho - paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.60.

como mecanismo de estabelecimento de filiação, figurando ao lado das demais hipóteses previstas em lei de estabelecimento do estado de filho.⁵¹

4.2 MODALIDADES DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Todo ser humano é fruto de material genético, seja de maneira natural ou artificial, logo, pela lógica, todos têm pais genéticos. Assim sendo, como a filiação genética está ligada ao sangue a socioafetiva está à convivência ao carinho enfim, ao estado de posse de filho: nome, trato e fama.

Dentre as modalidades de filiação socioafetiva podemos destacar as: de adoções legalmente autorizadas pela justiça; de adoções a brasileira; de filhos de criação, as decorrentes do reconhecimento voluntário. Todas, filiação socioafetiva. Também importante lembrar as filiações decorrentes de erros na troca de bebês ainda na maternidade, que apesar de ser fruto de um erro gravíssimo, é uma filiação socioafetiva.

A adoção é uma criação jurídica que faz surgir o parentesco civil, independente de qualquer vínculo sanguíneo ou afim, formando assim uma família. É um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia esta condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício, de paternidade – maternidade – filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.⁵²

A adoção à brasileira é aquela que ocorre quando o homem e/ou a mulher declara, para fins de registro civil, o menor como sendo seu filho biológico sem que isso seja verdade.

Filho de criação é aquele que é criado por alguém com os mesmos desvelos e carinhos com que se cria um filho, porém, sem adoção e sem que se registre qualquer ato que o possa ter como legítimo.⁵³

O artigo 1.609 do código civil nos ensina que, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II -

⁵¹ ROSENVALD, Cristiano Chaves de Farias. *Direitos das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.481.

⁵² DIAS, op. cit., p.426.

⁵³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ*. Disponível em: <[53http://marciocavalcante2.jusbrasil.com.br/artigos/121942721/adocao-a-brasileira-e-a-im-possibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj](http://marciocavalcante2.jusbrasil.com.br/artigos/121942721/adocao-a-brasileira-e-a-im-possibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj)>. Acesso em: 01 set. 2014.

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.

4.3 PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE

Demarcando seu conceito; o princípio jurídico da afetividade é que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais.

O princípio da afetividade, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando esse faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar.⁵⁴

A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência de afeto, porquanto pode ser presumida se a este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

O dever jurídico da afetividade entre pais ou filhos apenas deixa de existir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental.⁵⁵

A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social.⁵⁶

A afetividade como princípio jurídico do direito de família é uma citação cada vez mais constante, o que se percebe intensamente nos últimos anos no direito brasileiro.

⁵⁴ LÔBO, op. cit., 2012, p.70-71.

⁵⁵ CALDERÓN, op. cit., p.309.

⁵⁶ LÔBO, op. cit., 2012, p.84.

As relações familiares afetivas restam reconhecidas pelo direito, principalmente pela incidência do princípio da afetividade. A compreensão da relação entre a manifestação fática socioafetiva e sua classificação jurídica permite uma distinção que evita alguns embaraços no trato do assunto que, no fundo, inexistem. Em consequência desta classificação, o princípio teria, no campo do direito, uma diretriz de dever jurídico.⁵⁷

4.4 INTERVENÇÃO JURÍDICA NA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos.

O termo socioafetividade conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congrega o fato social (*sócio*) e a incidência do princípio normativo (*afetividade*).⁵⁸

Embora ainda não haja uma tipificação direta acerca do assunto, a doutrina e a jurisprudência tem se posicionado a respeito do assunto, defendendo o melhor interesse da criança e, declarando a filiação socioafetiva, desde que presentes os requisitos da posse do estado de filho: nome, trato e fama.

De acordo com o Enunciado n.º 256 da III Jornada de Direito Civil: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

A tutela jurídica da posse de estado de filiação abriga os chamados filhos de criação, enquadráveis na filiação socioafetiva. Essas hipóteses correspondem a "veementes presunções de fatos já certos". Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação socioafetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.⁵⁹

Partindo destas circunstâncias, o Estado trouxe para si a responsabilidade de exigir dos pais a cumprirem com seus deveres perante a família, conforme reza o

⁵⁷ CALDERÓN, op. cit., p.308.

⁵⁸ LÔBO, op. cit., 2012, p.29.

⁵⁹ LÔBO, op. cit., 2012, p.236.

artigo 1.634, II do Código Civil: "compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: tê-los em sua companhia e guarda". Também, o ECA em seu artigo 19 consagra que "toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família, sendo assegurada a convivência familiar e comunitária no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.5 FUNÇÃO DO PAI SOCIOAFETIVO

É dever de o pai socioafetivo dar assistência criação e educação aos filhos menores e, inversamente, os filhos maiores têm o dever de ajudar os pais na velhice.

A constituição Federal em seu artigo 229 estabelece que: "os pais têm o dever de assistir, criar, educar os filhos menores".

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que: "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais". Analisando o dispositivo, verifica-se, que a legislação previu as responsabilidades incumbidas aos pais, no entanto, deixou para doutrina dinamizar e especificar como se exercer esse dever, haja vista, que a essência de ser pai, como anteriormente mencionado, está além do dever material para com o filho. É, antes de tudo, amar, dar condições para que a criança desenvolva-se em um meio sadio, produtivo, harmonioso.

A função do pai socioafetivo difere do pai meramente biológico, não atuante, do ponto de vista afetivo. Acerca da matéria, Maria Cristina de Almeida leciona o seguinte:

O reconhecimento de situações fáticas representadas por núcleos familiares recompostos vem trazer novos elementos sobre a concepção da paternidade, compreendendo, a partir deles, o papel social do pai e da mãe, desapegando-se do fator meramente biológico e ampliando-se o conceito de pai, realçando sua função psicossocial. A vinculação socioafetiva prescinde da paternidade biológica. No sentido da paternidade de afeto, o pai é muito mais importante como função do que, propriamente, como genitor.⁶⁰

⁶⁰ LIMA, Adriana Karlla de. *Família: reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280>. Acesso em: 01 jun. 2014.

4.6 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O princípio constitucional da igualdade de direitos entre os filhos, previsto no artigo 227, §6.º da Constituição Federal de 1988, proibiu terminantemente qualquer tipo de discriminação entre os filhos advindos ou não da relação matrimonial, e, conseqüentemente, passou a admitir na igualdade de filiação, independentemente da origem.

Diante dessa redação constitucional, pode-se concluir que o reconhecimento da filiação sociológica produzirá os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais resultantes da filiação consanguínea, logo, o filho terá os mesmos direitos e obrigações inerentes à filiação sanguínea.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira: "o reconhecimento, voluntário ou coercitivo, produz as mesmas conseqüências, dando, pois, como pressuposto, a existência de efeitos do reconhecimento."⁶¹

Os tribunais tem tido o entendimento que, para tais direitos se efetivarem não se faz necessário que haja o reconhecimento da socioafetividade por via judicial, bastando os indícios e presunções quanto à existência do vínculo socioafetivo. Assim, assumindo-se a paternidade socioafetiva, assume-se todos os deveres inerentes à paternidade. A presente afirmação encontra respaldo na jurisprudência, conforme demonstrado no trecho adiante:

Ao reconhecer a paternidade, assumiu o pátrio poder e com ele todos os encargos decorrentes, como é o caso do pagamento de pensão alimentícia. A filiação foi constituída pelo próprio autor, e como a Constituição Federal de 1988 não permite a discriminação de filho de qualquer natureza, artigo 22 § 6.º, o pagamento de pensão alimentícia é decorrência lógica ao reconhecimento da paternidade. Presentes estão os pressupostos da obrigação alimentar. A necessidade do menor é presumida e, por se tratar de alimentos naturais, o pai deve continuar com o pagamento de pensão alimentícia". 1.ª Vara de Família e Sucessões. Comarca de Porto Alegre. Processo n.º 01295046435. Juíza Prolocutora: Dra. Maria Isabel Pereira da Costa. Ação negatória de paternidade.⁶²

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.207.

⁶² COSTA, Maria Isabel Pereira da. Juíza de Direito Substituta da 1.ª Vara de Família e Sucessões. (104) A/Z. 1.ª Vara de Família e Sucessões. Comarca de Porto Alegre. Processo nº 01295046435. Comarca de Porto Alegre. Juíza Prolocutora: Dra. Maria Isabel Pereira da Costa. Ação negatória de paternidade. *Revista de Sentença*, Porto Alegre : TJRS a AJURIS, v. 1, n. 2 e 3, p. 144-148, dez. 1999/jun. 2000.

4.7 IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO FILIAL

Com base no melhor interesse da criança, a desconstituição do estado de filiação somente é cabível em casos extremos, de vício de consentimento e, ainda assim, quando ainda não haja vínculo socioafetivo.

É pacífico o entendimento entre os doutrinadores e julgadores, que a paternidade socioafetiva serve para assegurar o direito à filiação, para que o filho não fique desamparado, no caso de impossibilitar que o pai registral, socioafetivamente constituído, entre com uma negatória de paternidade contra o filho, pedindo a desconstituição do vínculo da paternidade e assim, perdendo todos os direitos a ele inerentes.

Até entendimento pacificado nos tribunais do país, muito se discutia a possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva, sendo que seria possível através de ação de negatória de paternidade desconfigurar o vínculo entre pai e filho constituído pela afetividade. O que se observa entre doutrinadores e até mesmo julgados mais recentes é que estes entendem que após constituída a Paternidade não poderá o pai ou o filho requerer que se desconstitua.⁶³

4.8 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O direito de personalidade é tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro inclusive, é imprescritível o direito de buscar pela verdade biológica, porém, quanto a filiação socioafetiva, à doutrina e a jurisprudência brasileira moderna, tem se posicionado no sentido da impossibilidade da desconstituição filial, salvo quando provado erro de consentimento.

Mesmo com inércia da legislação acerca do assunto, há diversas decisões judiciais reconhecendo a paternidade baseada nos laços de afetividade assim como, há casos que, quando comprovado o erro, houve a desconstituição, tais como:

⁶³ GULARTE, Andressa Ferreira. (Im)possibilidade de (des)constituição da paternidade socioafetiva *Revista Direito, Cultura e Cidadania*, CNEC Osório/FACOS, v.2, n.2 - dezembro/2012. Disponível em: <[http://facos.edu.br/publicacoes/revistas/direito_cultura_e_cidadania/dezembro_2012/pdf/\(im\)possibilidade_de_\(des\)constituicao_da_paternidade_socioafetiva.pdf](http://facos.edu.br/publicacoes/revistas/direito_cultura_e_cidadania/dezembro_2012/pdf/(im)possibilidade_de_(des)constituicao_da_paternidade_socioafetiva.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2014.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta em seus julgados, decisões favoráveis ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, como o Acórdão, proferido em 21 de agosto de 2007, pela relatora ministra Nancy Andrichi, onde o STJ reconhece a validade da paternidade socioafetiva. A Turma, por unanimidade, entendeu que a ausência de vínculo biológico é fato que, por si só, não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento, já que a relação socioafetiva não pode ser desconhecida pelo Direito. Para a ministra, paternidade socioafetiva e biológica são conceitos diversos e a ausência de uma não afasta a possibilidade de se reconhecer a outra. É o Julgado:

EMENTA: RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.- Merece reforma o acórdão 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 pré questionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste deforma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. Acórdão: vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora.⁶⁴

Como demonstrado, prevalece na doutrina e nos Tribunais Superiores a verdade socioafetiva sobre o vínculo genético, preservando sempre a formação dos laços afetivos na relação paterno-filial.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial : REsp 878941 DF 2006/0086284-0. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgamento: 21/08/2007. Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Publicação: DJ 17.09.2007. p. 267. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/13577/recurso-especial-resp-878941>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

Também, nessa linha de entendimento, segue exemplo de definição de paternidade socioafetiva o seguinte acórdão julgado no Tribunal de Justiça do Paraná:

A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.⁶⁵

Neste sentido é o entendimento jurisprudencial abaixo:

A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção consagrada na Lei n.º 8.069/90 (especialmente nos arts. 4.º e 6.º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, revelada pela posse do estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação.⁶⁶

EMENTA TJ-MG 2013:

PRETENSÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - PATERNIDADE BIOLÓGICA EXCLUÍDA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA COMPROVADA. Comprovado nos autos pela prova testemunhal a relação paterno/filial entre a investigante e o investigado, por longo período é de reconhecer-se a paternidade. A paternidade sócio afetiva não pode ser ignorada, ainda que o exame de DNA seja negativo, quando o próprio investigado assume a filiação da investigante publicamente, e age como tal perante o meio social em que vive. (V.V. D.CABL) INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE -- INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - CONCLUSÃO APURADA EM EXAMES DE DNA - AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO - VERDADE REAL - PROVIMENTO.⁶⁷

A essencialidade desses julgados de paternidade está na desnecessidade de existência de vínculo biológico ou mesmo jurídico entre as partes; entende-se que a paternidade abrange muito mais que o provimento de alimentos ou direitos sucessórios.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n.º 108.417-9, de Curitiba 2.ª Vara de Família. Relator: Desembargador Accácio Cambi, j. em 12/12/2001, DJPR 04/02/2002. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_33_4_3_1.php>. Acesso em 25 jun. 2014.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 7.ª Câmara Cível, AI n.º 599296654, j. Em 18/08/1999. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 15 jun. 2014.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: AC 10024100904226001 MG, Relator: Fernando Caldeira Brant, Julgamento: 19/09/2013, Câmaras Cíveis/5.ª Câmara Cível, Publicação: 23/09/2013, undefined. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117350798/apelacao-civel-ac-10024100904226001-mg>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.

O reconhecimento de PATERNIDADE é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.⁶⁸

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO.

A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço a biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho", que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA.⁶⁹

Podemos definir que o estado de filiação independe da origem biológica, pois pode nascer da existência de vínculo afetivo entre pais e filhos. Tal vínculo afetivo nasce da interação psicossocial existente entre ambos. A paternidade socioafetiva agrupa não só a integração definitiva da pessoa no grupo familiar, mas também – e principalmente – a relação de afeto resultante no convívio entre quem assume o papel

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 878.941/DF. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 3.^a Turma. J. 21/08/2007. DJ 17/09/2007, p. 267. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399240/recurso-especial-resp-1059214-rs-2008-0111832-2-stj/inteiro-teor-21399241>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70008795775, Sétima câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21946449/apelacao-civel-ac-70048610422-rs-tjrs/inteiro-teor-21946450>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

de pai e quem assume o papel de filho. Portanto, temos a desnecessidade da existência de vínculo biológico para o reconhecimento da Paternidade Socioafetiva.

4.9 PONTOS POSITIVOS REFERENTE A IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO

Partindo da premissa que a filiação socioafetiva é aquela decorrente da vontade de ser pai, vontade essa, livre e sem vícios, com a expressão cristalina da vontade. Não teria razão de ser, a possibilidade de desconstituição de um estado de filiação já constituído com os requisitos do estado de filiação: nome, trato e fama.

Se fosse possível a desconstituição filial livremente, seria como "andar em ovos", pois, a qualquer momento o filho já inserido no seio familiar seria excluído, sendo uma afronta ao direito adquirido.

Visto que a criança não é uma carta de baralho que pode ser descartada ao bel prazer do seu até então pai ou ainda, ser "obrigada" a ser inserida em um novo lar quando é seu pai biológico quem requer o reconhecimento da filiação e, já existente uma filiação socioafetiva, é de fundamental importância a interferência do estado, no sentido de não desconstituir o estado de filiação já constituído.

Se fosse permitida a desconstituição filial, sem quaisquer cuidado, seria um afronto a dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição Federal e, certamente a criança iria se sentir um objeto de descarte.

Tem que ser tutelado e respeitado o período vivido em estado filial e, assim sendo, respeitando o melhor interesse da criança, os tribunais tem julgado contra a desconstituição do estado de filiação já constituído.

Há casos de filiação socioafetiva decorrente de trocas de bebês ainda maternidade que, nesses casos, a filiação não se trata de vontade de ser pai através de adoção ou de maneira artificial, mas, decorrente de erros gravíssimos que interferirá na vida dos envolvidos para sempre e, acertadamente não haverá a desconstituição da filiação socioafetiva pois, se fosse possível como ficaria a história dos envolvidos após a descoberta nesse sentido há uma entrevista recente aqui no Paraná, conforme explanada no anexo.

4.10 PONTOS NEGATIVOS REFERENTE A IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO

Veja que a filiação socioafetiva é aquela decorrente da vontade de ser pai, vontade essa, livre e sem vícios, com a expressão cristalina da vontade. Não teria razão de ser, a possibilidade de desconstituição de um estado de filiação já constituído com os requisitos. Seria como "andar em ovos", sendo uma afronta ao direito adquirido.

O ponto negativo é quando o pai sociofilial recorre aos tribunais para desconstituir a filiação quando já cumprido os requisitos de posse do estado filial e, com base no "melhor interesse da criança", não há a desconstituição, se chegou a esfera judicial é porque acabou o amor e o respeito.

Também, há de ser considerada como ponto negativo a impossibilidade de desconstituição, quando um pai descobre que tem um filho biológico e, vai aos tribunais "resgatar esse filho", como por exemplo de troca de bebês morto por vivo ou troca.

No tribunal, embasado na posse filial já constituída negam a constituição, vez que esse filho já tem pai constituído. Nesses casos o pai tem seu direito privado ou na melhor das hipóteses parcialmente privado, visto que o direito de personalidade é imprescritível e, vice versa, quando um pai descobre que criou um filho que não é seu e, embora por ele tenha amor vai aos tribunais solicitar a desconstituição e essa é negada, porque já cumpriu todos os requisitos do estado filial, nesse caso, além de "ter sido enganado" terá que continuar arcando com todas as obrigações decorrentes da filiação.

Nos casos em que pai biológico busca pelo reconhecimento, há também o entendimento que o lado afetivo deve prevalecer em face do biológico, porém, há controvérsias inclusive, há julgados em que há duplo reconhecimento: o biológico que é imprescritível, oriundo do direito da personalidade e o de filiação que prevalece socioafetivo.

Nesse sentido, há um julgado de um casal analfabetos que trabalhavam em uma fazenda e, o filho foi criado como filho fosse até que foi descoberto através de ação judicial e comprovado pelo DNA que ela era do patrão e, a decisão se deu no sentido que permaneceria a filiação socioafetiva mas, em nome do melhor interesse da criança, o tribunal declarou como o pai biológico vez que ele tinha altas condições financeiras inclusive, nesse julgado foi determinado ao pai biológico o pagamento de pensão alimentícia de cinco salários mínimos. Nesse caso, foi respeitado o direito de personalidade e mantido a filiação socioafetiva, houve duplo estado de filiação.

Na filiação socioafetiva é impossível à desconstituição, mas, o direito de personalidade é imprescritível, todos têm direito a verdade biológica.

Apesar de o pai biológico ter alegado na defesa, a falta de afeto pelo filho e constituição do vínculo socioafetivo, o tribunal agiu acertadamente quanto a reparação financeira, estipulando uma pensão além, de assegurar todos os direitos sucessórios. O amor não se compra, mas, deve ser reparado.

Nem sempre a decisão será acertadamente "o melhor interesse da criança".

O objetivo maior nos julgados é preservar o melhor interesse da criança, porém, deveria ser analisado o caso concreto.

Imaginemos um caso de uma jovem mãe solteira, quando se relaciona com um homem e esse apaixonado resolve pedi-la em casamento e como juras de amor, quer o kit completo e reconhece o filho como se seu fosse.

Futuramente esse casamento é dissolvido e, esse homem que assumiu o filho com o objetivo único de provar o seu amor para com a mãe da criança, inclusive, já com outro relacionamento, resolve ir aos tribunais pedir a desconstituição. Nesse exemplo há a comprovação do estado filial e, assim sendo esse pedido de desconstituição será negado, mas, é incontroverso que o afeto acabou e, como ficará a criança sabendo que não é mais querida na família? Como será o tratamento dela no seio dessa família?

CONCLUSÃO

Verifica-se que com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito de família, sofreu grandes modificações, como o aparecimento da filiação socioafetiva, a qual inegavelmente divide espaço jurídico com a filiação biológica inclusive, em vários julgados vem ela prevalecendo sobre a biológica, vez que, ela decorre da vontade de ter filho onde, essa vontade é norteadada pelos laços afetivos.

Embora ainda não haja, em nossa legislação um tratamento expresso acerca do tema, o artigo 227 & 6.º da Constituição Federal dá suporte a essa modalidade de filiação, quando assegura aos filhos igualdade de tratamento independente da origem, bem como reafirma essa modalidade de filiação o artigo infraconstitucional 1.593 do código civil quando atesta o parentesco na consanguinidade ou em outra origem. O legislador brasileiro não contemplou expressamente a posse de estado como suporte fático para construir a filiação socioafetiva, a jurisprudência e a doutrina procuram enquadrá-la como um fato, integrando-a implicitamente no sistema jurídico. A doutrina e a jurisprudência reconhecem a filiação socioafetiva, mediante o cumprimento dos requisitos da posse do estado filho: nome, trato e fama, baseando-se nos laços de afetividade.

A paternidade socioafetiva é voluntária, porém, irretratável, sobretudo quando já consolidada a posse de estado de filho; demonstrando trazer o patronímico do pai, ter no seio da família o tratamento dispensado a um filho e o reconhecimento pela família e da sociedade na qual esta se insere, da existência do vínculo de filiação. Assim sendo, haverá a impossibilidade da desconstituição filial, salvo quando essa for decorrente de erro de consentimento. As ações para desconstituição da paternidade socioafetiva não devem ter êxito, quando ela foi estabelecida por ato volitivo, não maculado por vício.

Concluimos que de acordo com as evoluções e necessidades da sociedade, em particular no direito de família, a questão da filiação socioafetiva é extremamente atual em nosso cotidiano e que, a legislação pátria é omissa no que tange a esse assunto, devendo esta ser mais abrangente, porém, deve-se analisar o caso concreto, pois, nem sempre a desconstituição será de toda errada, bem como permanência da filiação. Para que efetivamente prevaleça o melhor interesse da

criança, deve haver uma legislação específica acerca do assunto que contemple os prós e contras da permanência ou da desconstituição filial, conjugada com o caso concreto visto que, se trata de é um assunto extremamente moderno.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubens. *Um mundo num grão de areia: o ser humano e seu universo*. Campinas: Verus, 2002.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho - paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. *Código civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial : REsp 878941 DF 2006/0086284-0. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgamento: 21/08/2007. Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Publicação: DJ 17.09.2007. p. 267. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/13577/recurso-especial-resp-878941>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 878.941/DF. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 3.^a Turma. J. 21/08/2007. DJ 17/09/2007, p. 267. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399240/recurso-especial-resp-1059214-rs-2008-0111832-2-stj/inteiro-teor-21399241>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: AC 10024100904226001 MG, Relator: Fernando Caldeira Brant, Julgamento: 19/09/2013, Câmaras Cíveis/5.^a Câmara Cível, Publicação: 23/09/2013, undefined. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117350798/apelacao-civel-ac-10024100904226001-mg>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n.º 108.417-9, de Curitiba 2.^a Vara de Família. Relator: Desembargador Accácio Cambi, j. em 12/12/2001, DJPR 04/02/2002. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_33_4_3_1.php>. Acesso em 25 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 7.^a Câmara Cível, AI n.º 599296654, j. Em 18/08/1999. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70008795775, Sétima câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21946449/apelacao-civel-ac-70048610422-rs-tjrs/inteiro-teor-21946450>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ*. Disponível em: <<http://marciocavalcante2.jusbrasil.com.br/artigos/121942721/adocao-a-brasileira-e-a-im-possibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj>>. Acesso em: 01 set. 2014.

CORRÊA, Marise Soares. *O princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges e os reflexos no direito de família*. Porto Alegre: PUCRS, 1998.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Juíza de Direito Substituta da 1.^a Vara de Família e Sucessões. (104) A/Z. 1.^a Vara de Família e Sucessões. Comarca de Porto Alegre. Processo nº 01295046435. Comarca de Porto Alegre. Juíza Prolatora: Dra. Maria Isabel Pereira da Costa. Ação negatória de paternidade. *Revista de Sentença*, Porto Alegre : TJRS a AJURIS, v. 1, n. 2 e 3, p. 144-148, dez. 1999/jun. 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos de sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVIII.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forence, 2002.

GULARTE, Andressa Ferreira. (Im)possibilidade de (des)constituição da paternidade socioafetiva *Revista Direito, Cultura e Cidadania*, CNEC Osório/FACOS, v.2, n.2 - dezembro/2012. Disponível em: <[http://facos.edu.br/publicacoes/revistas/direito_cultura_e_cidadania/dezembro_2012/pdf/\(im\)possibilidade_de_\(des\)constituicao_da_paternidade_socioafetiva.pdf](http://facos.edu.br/publicacoes/revistas/direito_cultura_e_cidadania/dezembro_2012/pdf/(im)possibilidade_de_(des)constituicao_da_paternidade_socioafetiva.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. v.5. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005.

LIMA, Adriana Karlla de. *Família: reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280>. Acesso em: 01 jun. 2014.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*, *Revista CEJ*, Brasília, n.27, p.47-56, out./dez., 2004.

LÔBO, Paulo. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Jus Navigandi, Teresina, v.9, n.194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica#ixzz37kk10Arq>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

- MACHADO, José Jefferson Cunha. *Curso de direito de família*. Sergipe: UNIT, 2000.
- MADALENO, Rodolfo. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARTINS, Antonio Dariense. *Investigação de paternidade § antecipação dos efeitos da tutela*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direitos de família e do menor*. Organizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- NORTE E NOROESTE. Do G1 PR, com informações da RPC TV, Londrina. Casal descobre que filho foi trocado em maternidade do Paraná há 23 anos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2014/06/casal-descobre-que-filho-foi-trocado-em-maternidade-do-parana-ha-23-anos.html>>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com Lei 12.015/2009*. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ROSENVALD, Cristiano Chaves de Farias. *Direitos das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2005.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.14, p.111-147, abr.-jun. 2003.

ANEXO: ENTREVISTA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Uma família da cidade de Novo Itacolomi, na região norte do Paraná, descobriu, após 23 anos, que um dos filhos foi trocado na maternidade. O casal suspeitou da troca de bebês logo depois do nascimento do rapaz, no dia 1.º de janeiro de 1991, no antigo Hospital Santa Helena de Apucarana, no norte do estado. Eles descobriram que o filho não era biológico após realizarem um teste de DNA em um laboratório de Apucarana.

A família diz que a dúvida sempre incomodou, principalmente o filho, Júnior Possidônio, que chegou a achar que era adotado. "Por causa da cor da pele, das brincadeiras dos outros, eu pensava isso. Foi criando uma dúvida. Sempre perguntava, desde pequeno, e eles [os pais] falavam que não", explica.

Após o nascimento de Junior, a mãe Rosângela Possidônio desconfiou que o bebê não era dela, chegou a falar com o médico que a atendeu na maternidade, mas o profissional negou que tivesse acontecido a troca de bebês.

"O povo falava que ele era muito moreninho e, que por isso, não poderia ser nosso filho. Voltei ao hospital, conversei com o médico e ele disse que a cor da pele diferente dos pais era possível se eu tivesse parentes morenos até a quinta geração da minha família. Meu avô é moreno e tenho uma tia morena", conta a mãe, Rosângela Possidônio.

A família chegou a repetir o teste de DNA no mesmo laboratório, em abril deste ano, pois não ficou satisfeita com o resultado do primeiro exame. Mas, o segundo exame também confirmou que Junior não era filho de Rosângela e João Adalto Possidônio. "Nossa foi muito difícil ver esse resultado, nós não esperávamos, mesmo ele sendo mais moreno do que a gente", diz João Possidônio.

Diante do resultado, a família contratou um advogado para descobrir quem são os pais biológicos de Júnior. "O hospital tem que manter os registros de todos que nasceram. Estamos na expectativa da entidade fornecer voluntariamente esse documento na área cível ou, obrigatoriamente, na criminal", aponta o advogado Itamar Strumieli Diniz.

O Hospital da Providência de Apucarana, que comprou o hospital Santa Helena 15 depois do nascimento de Junior, informou que lamenta o que aconteceu e está à disposição da Justiça para fornecer todas as informações e documentos necessários para a família.

Enquanto o hospital não repassa os documentos, a família vive a expectativa de descobrir quem são os bebês que nasceram no dia 1.º de janeiro de 1991. "Quero encontrar os meus pais biológicos para saber se tenho irmãos e assim conviver com eles", diz Junior. Ele ainda acrescenta que não vai deixar de amar os pais que cuidaram dele desde o nascimento. "Da mesma forma que amo os meus pais de criação, quero ter amor pelos meus pais biológicos", argumenta o rapaz.

O mesmo amor é manifestado pela mãe Rosângela. "Continua sendo meu filho, porque eu o criei desde bebezinho. Agora, quero encontrar a outra família para tentar uma aproximação com eles", diz.⁷⁰

⁷⁰ NORTE E NOROESTE. Do G1 PR, com informações da RPC TV Londrina. Casal descobre que filho foi trocado em maternidade do Paraná há 23 anos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2014/06/casal-descobre-que-filho-foi-trocado-em-maternidade-do-parana-ha-23-anos.html>>. Acesso em: 20 jul. 2014.