



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

ANDRESSA CRISTINA DE LIMA

**A PREVALÊNCIA DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO EM DETRIMENTO DO
BIOLÓGICO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS: NO DIREITO DE
FAMÍLIA E SUCESSÓRIO.**

BRASÍLIA

2014

ANDRESSA CRISTINA DE LIMA

**A PREVALÊNCIA DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO EM DETRIMENTO DO
BIOLÓGICO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS: NO DIREITO DE
FAMÍLIA E SUCESSÓRIO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Orientador: Profa. Einstein Taquary.

BRASÍLIA

2014

ANDRESSA CRISTINA DE LIMA

**A PREVALÊNCIA DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO EM DETRIMENTO DO
BIOLÓGICO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS: NO DIREITO DE
FAMÍLIA E SUCESSÓRIO**

BRASÍLIA, DATA DE APRESENTAÇÃO

Profº Einstein Taquary – Orientador

Profº xxxxxxxxxxxxxx – Examinador(a)

Profº xxxxxxxxxxxxxx – Examinador(a)

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente à Deus que me ajudou a ter forças para superar cada momento que em que quis desistir de tudo e me mostrou que eu seria capaz de chegar ao final. À minha família, pais, irmão e a Sônia, minha eterna “babá”, bases da minha vida, que sempre me incentivaram e acreditaram no meu potencial e, principalmente, à minha mãe, meu amor maior, uma guerreira e exemplo de vida que me mostrou que todo o estudo sempre valerá a pena e que as conquistas só vêm para os que lutam por ela.

Também agradeço às minha chefes na Defensoria Pública, Dra^a Roberta de Oliveira Melo e à Dra^a Lídia Adriano que, com toda paciência, sempre me ajudaram a aprender e a me apaixonar cada vez mais pelo Direito e pela busca de tentar se aproximar da tão sonhada justiça para todos.

E, por fim, agradeço a todos meus professores do curso de Direito que me ensinaram e auxiliaram a cada dúvida que possuía, em especial, pela paciência do meu orientador, professor Einstein Taquary, que sempre se mostrou pronto a me ajudar.

*“O filho por natureza ama-se porque
é filho,*

*o filho por sentimento é filho porque
se ama”*

RESUMO

Um novo conceito de família está se desenvolvendo com sociedade moderna; seus integrantes são ligados por meio de grandes laços de afeto, de solidariedade e de convivência entre cada um dos membros da família. A filiação vem decorrendo, prevalentemente, da afetividade, desse vínculo de amor, maior que o consanguíneo. A paternidade socioafetiva é de natureza interpretativa a partir de um determinado caso concreto, pois não há ainda, no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma legislação específica que estabeleça qual deve ser a real atuação do magistrado, possuindo, com isso, grande divergência na jurisprudência quanto a supremacia da paternidade socioafetiva ou da biológica aplicada a determinados casos concretos. Dessa forma, o escopo do trabalho é demonstrar os elementos que norteiam uma decisão quanto ao consentimento de determinada filiação e os efeitos jurídicos que dela decorrem, sendo necessário analisar o entendimento presente na jurisprudência nos dois sentidos, da prevalência socioafetiva quanto da biológica, de acordo com a situação concreta.

Palavras-chave: Direito de família, paternidade, consanguinidade, socioafetividade, princípios, prevalência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA	10
1.1 Tipos de família	12
1.2 Princípios Norteadores	15
1.2.1 <i>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</i>	15
1.2.2 <i>Princípio da Igualdade e Respeito à Diferença</i>	17
1.2.3 <i>Princípio Jurídico da Afetividade</i>	18
1.2.4 <i>Princípio da Convivência Familiar</i>	20
1.2.5 <i>Princípio do Melhor Interesse da Criança</i>	21
1.2.6 <i>Princípio da Solidariedade Família</i>	22
1.3 Do Vínculo de Parentesco	23
2 DA PATERNIDADE	26
2.1 Paternidade Biológica	26
2.2 Paternidade Socioafetiva	30
2.2.1 <i>Posse do estado de filho</i>	30
2.2.2 <i>Socioafetividade</i>	32
3 DOS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA SOCIOAFETIVIDADE	42
3.1 Do reconhecimento do filho	42
3.2 Os efeitos do reconhecimento da parentalidade	43
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a paternidade socioafetiva. A partir da revisão da literatura e investigação jurisprudencial almeja abordar as vertentes conceituais de família, numa perspectiva da paternidade socioafetiva, reconhecendo a prevalência desta sobre a biológica.

O trabalho tenta demonstrar que realidade dos dias atuais engloba a verdade biológica decorrente das técnicas da engenharia genética e a verdade afetiva decorrente da nova realidade tanto tecnológica quanto social em que a filiação é determinada pelas relações de afeto. Neste contexto, discute-se a prevalência entre a paternidade biológica e a afetiva e quais os efeitos jurídicos que decorrem dessa filiação.

No primeiro capítulo, busca-se demonstrar a evolução do conceito de família diante dos novos valores que foram agregados pela sociedade contemporânea. Esse capítulo traz os diversos tipos de famílias que foram surgindo no ordenamento jurídico diante da modernização da sociedade e o que essas entidades familiares representam par ao desenvolvimento de novos conceitos de família. Desmembra-se, desse primeiro capítulo, os princípios que norteiam o direito de família e como são aplicados perante o caso concreto, inclusive aqueles pertinentes ao Direito da Criança e do Adolescente, cuja nova matriz disciplinar é constituída por diversos documentos internacionais, com destaque para a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

No segundo capítulo, desenvolve-se o ponto central desse trabalho de conclusão, qual seja, a questão da paternidade na sociedade atual. Trata da diferença entre a paternidade biológica, aquela que advém de uma carga genética e da paternidade socioafetiva, advinda dos laços afetivos que une pais e filhos, sendo essa a prevalente no ordenamento jurídico.

Ainda no segundo capítulo, demonstra-se a importância dessa socioafetividade que possui como seu elemento probatório a posse do estado de filho e a relevância desse elemento para o ordenamento jurídico e a configuração da filiação.

Por fim, no capítulo terceiro, analisa-se a repercussão jurídica do reconhecimento da paternidade socioafetiva, que se inicia com o reconhecimento desse vínculo de filiação socioafetivo, que se inicia com a possibilidade de investigação de paternidade pelo filho afetivo e os efeitos que dela sobressaem, como, por exemplo, os efeitos sucessórios, os deveres alimentares, dentre outros, necessários para o melhor interesse do menor.

Diante de todos esses capítulos e suas abordagens para o caso da filiação socioafetiva na sociedade moderna, observa-se que a o Código Civil Brasileiro de 2002 não acompanhou os avanços da sociedade e deixou que esses conflitos sociais ficassem nas mãos dos próprios magistrados que tentaram julgar de maneira a atingir um bem comum para todos, mas julgarão conforme uma interpretação própria das leis ao caso concreto. Portanto, percebe-se que a promulgação de um novo Código Civil Brasileiro ou de um Estatuto que fosse dedicado às questões familiares, como conceituação de família, seus princípios norteadores, deveres dos membros da família afetiva e de seus efeitos no ordenamento jurídico, devido à sua prevalência nos dias atuais, seria um facilitador para todos que buscam entender e aplicar essas situações a determinado fato concreto na vida civil.

1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A instituição chamada de família sofre, constantemente, diversas transformações decorrentes da evolução da sociedade. Na antiga Roma, século VIII a.C, havia a presença da autoridade paterna como a base para a organização da família e todos se submetiam aos poderes deste, sendo a família um fim em si mesma.¹

Nesse modelo clássico romano, a família era baseada no matrimônio, ou seja, considerava-se filhos aqueles que fossem gerados pela mulher casada e teriam, legalmente, como pai, aquele chefe da família, o marido da mulher geradora. Mas não foi sempre assim, pois com a evolução romana, deu-se uma maior liberdade à mulher.²

A grande diferença da evolução da família no Império para aquela da Idade Média é que, na primeira, a família era regida pelo afeto materno, retirando-se o centro do poder das mãos do pai e, na segunda, para ser família deveria haver o casamento religioso, somente sendo filho aquele que resultasse do vínculo do homem com a mulher, transformando-se a família em uma grande instituição regida pela religião.³

A partir do século XX, observa-se que a família não possuía mais a função econômica, patriarcal e religiosa que prevalecia, fortemente, desde o Império Colonial até à Idade Média, não sendo mais uma unidade necessária para crescimento econômico e o poder patriarcal é agora dividido, compartilhado entre o marido e a mulher.

Assim, percebe-se que a família contemporânea tem como base a função social, afetiva e de convivência entre seus membros, não havendo hierarquia entre eles e não fazendo mais da família um fim patrimonial em si mesmo.

Como disse Paulo Lôbo, “a restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da afetividade, é a condição primeira de

¹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo, Memória Jurídica, 2001. p. 25.

² NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo, Memória Jurídica, 200. p. 28/29.

³ Ibidem, p. 29.

adequação do direito à realidade”⁴, com isso, não mais se encontra respaldo, nos dias de hoje, a ideia do homem como centro do poder, e sim o afeto que une as pessoas e os vínculos que são formados desta união.

Portanto, tem-se que a família patriarcal, hierarquizada, com fim em si mesma, alterou-se para uma família baseada nos elementos que a integram, independente da forma de constituição.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, caput, estabeleceu a família como sendo a “base da sociedade”⁵ e merecedora de proteção pelo Estado, ressaltando a importância deste novo olhar diante da família atual.

O novo contexto em que se baseia a família deve ser visto de uma forma mais ampla, como observa, Maria Berenice Dias, ao sustentar o afeto como um direito fundamental em que não há distinção entre filiação biológica ou socioafetiva e atribui o afeto como um novo valor jurídico presente na sociedade.⁶

Não há mais a união matrimonial com a finalidade precípua de procriar para garantir o sustento patrimonial da família, ou seja, para que em uma unidade familiar houvesse mais filhos para trabalharem e ajudarem os pais a desenvolverem a economia familiar. Nesta nova concepção, alteraram-se os laços entre pais e filhos, entre os membros da mesma família, restringindo-os e, assim, facilitando o convívio da família fundada no afeto e na solidariedade.⁷

Neste mesmo pensamento, de acordo com Jacqueline Filgueras Nogueira, a família atual passou a valorizar as relações que tivessem como principal característica o sentimento entre os membros e que estes fossem envolvidos pelo laço da afetividade.⁸

Com esta modernização, retirou-se da família a questão puramente patrimonial e demonstrou que esta não decorre apenas do casamento e da

⁴ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26.

⁵ BRASIL, **Constituição Federal**, 8 ed. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 72.

⁶ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 104.

⁷ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 43.

⁸ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 43.

filiação, mas da relação de afeto presente entre os indivíduos que a integram.⁹

Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 227, impõe como dever da família garantir a dignidade e a convivência entre seus membros e, em seu parágrafo 6º, deixa-se claro que “os filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”¹⁰, ratificando-se que o que deve prevalecer é une seus membros.

1.1 Tipos de família

Com a modernização da sociedade diversos tipos de família foram surgindo no ordenamento jurídico, possuindo modelos diversificados, porém com o mesmo significado de instituição familiar.

O primeiro tipo de família é o consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 25, sendo aquele que trata a família natural como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.¹¹

Deste conceito, pode-se destacar a presença de três tipos de família: a família biparental, a monoparental e, por fim, a família extensa. A família biparental é aquela formada pelo pai e pela mãe, conjuntamente; a monoparental, é composta por qualquer um dos pais e seus filhos e está tutelada na Constituição Federal de 1988, artigo 226, § 6º. Já a família natural, entende-se como sendo aquela que decorre da afinidade, formada pelos parentes próximos.¹²

Uma nova visão de família e que merece um destaque é a aquela designada, na doutrina, por eudemonista, em que se busca a felicidade como fundamento principal de sua concepção, onde centro de sua constituição

⁹ VENCELAU, Rose Melo, **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 44.

¹⁰ BRASIL, **Constituição Federal**, 8 ed. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 73.

¹¹ BRASIL, **Estatuto da criança e do adolescente**, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1045.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador, JusPODIUM, 2013, p. 113/114.

desloca-se do princípio da autoridade patriarcal para o da compreensão e do amor¹³.

O fim da família eudemonista não se encontra em si mesmo, mas numa forma de bem-estar social entre os membros para que possam encontrar a felicidade em suas relações.¹⁴

Neste sentido, Caio Mário defende que o centro da constituição da família não se encontra mais na presença de uma autoridade para sua organização, mas sim na presença de elementos fundamentais como a compreensão e o amor entre seus indivíduos.¹⁵

Com o reconhecimento da união estável como uma entidade familiar, substituiu-se o entendimento de que apenas o casamento seria formador de uma família e teria proteção pelo Estado e passou-se a respeitar aqueles casais que viviam nesta situação.

Assim, a Constituição Federal de 1988, dispôs em seu artigo 226, § 3º, que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”¹⁶

Na mesma linha de pensamento de Paulo Lôbo, alguns doutrinadores já entendem e defendem as uniões homossexuais como entidades familiares por obterem os requisitos básicos para serem constitucionalmente protegidas, qual sejam, a afetividade entre os membros, a estabilidade da relação e a finalidade de constituírem famílias.¹⁷

Cabe mencionar que as leis referentes à entidade familiar, acima citada, não foram ainda regulamentadas; mesmo assim, essas relações são

¹³ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 55.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família, 2. ed. Saraiva, 2012. p. 100. v.6,

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 4. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 5, p. 93, apud NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 55.

¹⁶ BRASIL, **Constituição Federal**, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73.

¹⁷ LÔBO, Paulo, **Direito Civil**: Famílias, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

protegidas pela sua própria natureza e seus efeitos jurídicos baseiam-se naqueles referentes aos da união estável.¹⁸

Com isto, as noções de entidades familiares foram afetadas e, não mais entende-se como família aquela que seja apenas formada por um casal, homem e mulher, que vivem o matrimônio, casados, perante a lei e possuem filhos advindos deste casamento; mas, observa-se a pluralidade de entidades familiares presentes e aceitas, hoje em dia, no ordenamento jurídico.

Por estes fatos já apresentados, vale ressaltar, a família que ganha destaque na doutrina e na jurisprudência atual, qual seja, a família socioafetiva.

Como bem fundamenta Jacqueline Filgueras Nogueira, esta nova concepção de família tem como alicerce o afeto. Ao contrário do que havia no Império Romano, em que o afeto era apenas presumido, nota-se que, atualmente, este é o elemento indispensável para que ocorra a formação de uma família.¹⁹

Dessa forma, observa-se a presença de outros valores fundamentais para se formar uma família, como, por exemplo, os afetivos, emotivos e psicológicos, não mais apenas a concepção baseada na consanguinidade.

Nesses entendimentos atuais, pode-se destacar o pensamento de Jacqueline Filgueras Nogueira, ao mencionar que “a família é uma estrutura de afetividade, seja qual for a realidade de sua construção, se articulada por pais separados, se formada por pessoas homossexuais, família com filhos adotivos, família sem pais...”²⁰.

Atualmente, pode-se concluir que não se tem grande relevância a forma de construção da entidade familiar, mas sim a importância que cada uma delas apresenta para a sociedade e a proteção que todas merecem perante o ordenamento jurídico.

¹⁸ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

¹⁹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 53.

²⁰ *Ibidem*, p. 61.

1.2 Princípios Norteadores

Após a Constituição de 1988, os princípios constitucionais, quer sejam os considerados explícitos ou implícitos, foram consagrados como força normativa, deixando de lado o caráter meramente simbólico e obtendo uma posição essencial no ordenamento jurídico.²¹

O princípio será aplicado de acordo com sua incidência ao caso concreto, mas sempre orientado pela regra da equidade, dando a solução mais justa ao caso em questão.

Neste mesmo sentido, busca-se entender a questão da colisão entre os princípios, ou seja, quando um princípio possui a mesma força normativa que outro, há colisão entre eles, porém, deve-se observar o caso concreto para indicar qual a solução adequada.²²

Os princípios podem ensejar uma diversidade de soluções, podendo ser satisfeitos de diferentes maneiras sem que ocorra revogação de normas jurídicas, devendo, a cada momento histórico do direito, adaptar-se ao caso concreto.²³ Diferentemente do que ocorre com as regras, pois essas são normas para serem satisfeitas ou não, pois determinam o que é juridicamente possível dentro do ordenamento jurídico. Por isso, são inovadas constantemente e, acabam sendo, muitas vezes, retrógradas perante os novos valores da sociedade.²⁴

1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Este é um princípio que merece destaque no ordenamento jurídico brasileiro por ser aquele que traduz o respeito existente entre os membros de toda a sociedade.

Como relatado por Pablo Stolze, esse princípio demonstra a solidariedade presente na sociedade atual e, por este motivo, é tratado na

²¹ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 57.

²² LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 58.

²³ *Ibidem*, p.58.

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 2. ed. Saraiva, 2012. p. 73. v.6.

própria Constituição da República Federativa do Brasil como um valor fundamental.²⁵

Na época da prevalência da família patriarcal, não havia a possibilidade de existir a dignidade da pessoa humana de forma tão essencial quanto nos dias de hoje, pois o único cidadão tido como pleno, como possuidor de direitos era o chefe da família, diferente do que se observa hoje na sociedade. A dignidade humana, nos dias atuais, está presente em todos os membros que integram a família, não mais existindo a desigualdade e a falta de equilíbrio em suas relações.²⁶

Ao tratar deste princípio, não se pode deixar de mencionar o pensamento de Kant em relação à distinção entre o valor humano e o valor de um objeto. Segundo ele, deve-se distinguir entre tudo aquilo que é valorado, ou seja, que possui um preço e o valor da dignidade da pessoa humana, que não é possível valorar. Por isso, para ele, o homem é imensurável, pois é incomparável a qualquer coisa disponível, a um objeto; ou seja, não há nada que se equivale ao ser humano, diferente dos objetos, que possuem um equivalente, podendo ser substituídos por outra coisa de um mesmo valor, de um mesmo preço. Desse modo, o homem não pode, em momento algum, ser substituído por um objeto, nem mesmo igualado a um, pois assim estaria violando o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁷

Nessa mesma linha, Pablo Stolze conclui que a dignidade da pessoa humana somente poderá, assim, ser obtida e observada quando garantir o respeito à importância de cada indivíduo, tanto no âmbito individual como quando inserido nas relações sociais.²⁸

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial de toda a Constituição e tem grande relevância ao tratar do desenvolvimento da família como base da sociedade, pois deve-se observar o desenvolvimento e a

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 2. ed. Saraiva, 2012. p. 77. v.6.

²⁶ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77, apud, LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60.

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 2. ed. Saraiva, 2012. p. 78. v.6.

realização pessoal de cada membro que integra uma família, principalmente, a criança e o adolescente.

1.2.2 Princípio da Igualdade e Respeito à Diferença

“Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares”.²⁹

É necessário observar que os fundamentos jurídicos da família tradicional não mais existem como única fonte do direito de família, pois o critério chave para que fosse consagrada uma família não deve mais prevalecer, qual seja, o da legitimidade de seus membros.³⁰

A igualdade tornou-se um princípio constitucional consagrado no artigo 5º, I, da Constituição Federal de 1988³¹; com isso, entende-se ser um valor fundamental e, portanto, tem-se o dever de ser observado por todos.

Importante destacar que esse princípio deve ser analisado junto com o princípio do respeito à diferença, observado, por exemplo, no § 5º do artigo 226 e no § 6º do artigo 227, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil. Como explica Paulo Lôbo, as diferenças estarão sempre presentes na sociedade, pois o homem é diferente da mulher, assim como uma criança é totalmente diferente de um adulto, porém, é preciso que essas diferenças não causem um tratamento jurídico diverso no que diz respeito aos direitos e deveres dentro da sociedade e da própria família.³²

Assim, deve-se observar a igualdade existente entre o homem e a mulher e entre os direitos e os deveres existentes em uma sociedade conjugal presente no modelo de sociedade atual, diferente daquela tida como patriarcal.³³ Além disso, tem-se a igualdade entre os filhos legítimos ou ilegítimos, ou seja, não contempla mais a discriminação entre os filhos

²⁹ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65.

³⁰ *Ibidem*, p. 65.

³¹ BRASIL, **Código Civil**, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 08.

³² LÔBO, Paulo, *Op. Cit.*, p. 66/67.

³³ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66.

advindos ou não do casamento, ambos devem ser tratados de maneira igualitária.³⁴

Sem o princípio da igualdade não há dignidade e sem a dignidade não haverá a justiça. Mas, além disso, o princípio do respeito às diferenças impõe o dever de observar a dignidade presente dentro da família, dentro do tratamento dirigido a cada membro que a integra.

“as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família. Não há qualquer fundamentação jurídica-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização(...)”³⁵.

1.2.3 Princípio Jurídico da Afetividade

O princípio da afetividade é baseado nos vínculos afetivos existentes na sociedade contemporânea. O afeto ganhou reconhecimento constitucional ao reconhecer a união estável, a igualdade dos direitos dos filhos havidos ou não no casamento, a convivência familiar como um preceito básico de segurança para as crianças e os adolescentes, dentre outros que demonstram a evolução existente na sociedade.³⁶

Nas famílias da atualidade, o afeto é o elemento central que deve reger as relações entre seus integrantes; responsável e indispensável para sua formação, visibilidade e continuidade³⁷.

Segundo o entendimento de Jacqueline Filgueras Nogueira, a função afetiva é a responsável por dar estabilidade a uma família, pois é por meio do respeito, da liberdade e da igualdade como práticas reiteradas que deve-se observar sua presença como definidora da união de uma família.³⁸

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 2. ed. Saraiva, 2012, p. 83. v.6.

³⁵ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

³⁶ Ibidem, p. 71.

³⁷ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 54.

³⁸ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 54.

O Novo Código Civil, em seu artigo 1.593, traz o enunciado básico, como regra geral, do princípio da afetividade ao dizer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”³⁹. Com isso, os laços afetivos ganharam a mesma dignidade, o mesmo respeito daqueles laços naturais⁴⁰.

Pablo Stolze observa que utilizar o princípio da afetividade significa, acima de tudo, compreender que as relações existentes entre os membros das famílias devem respeitar as diferenças entre uma e outra e destacar os laços de afeto que unem cada um de seus integrantes⁴¹.

Encontra-se na doutrina de Jacqueline Filguera que:

“ a família concreta é aquela que garante as condições reais de igualdade e liberdade, que compõe pressupostos para a realização afetiva, somente podem ser dignas e iguais as pessoas que respeitam as outras, e isto acontece de forma voluntária quando estas se unem em virtude do afeto.”⁴²

Nesse sentido, o afeto é o laço mais forte, pois é capaz de unir os membros das famílias, mantendo, com isso, as “pessoas unidas nas relações familiares”⁴³.

Vale ressaltar os dizeres de Cristiano Chaves de Farias, nesse entendimento, ou seja, de que a entidade familiar contemporânea está ligada, principalmente, pelos laços da afetividade, pois é a partir do afeto que advêm diversos efeitos jurídicos.⁴⁴

Rose Melo Venceleu aborda um ponto extremamente importante observando ao tratar da afetividade, qual seja, a diferença entre ser genitor e ser pai. Ela traz os argumentos de alguns doutrinadores como, Paulo Lôbo e Bernard This demonstrando a grande diferença dessas duas funções, pois a

³⁹ BRASIL, **Código Civil**, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264.

⁴⁰ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 2. ed. Saraiva, 2012. p. 94.

⁴² CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família, *apud* NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 54.

⁴³ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 70/71.

paternidade fundada apenas com base nos dados genéticos é insuficiente, tendo em vista que a função de ser pai vai além do DNA. Portanto, deve-se prevalecer a afetividade, o amar, cuidar, educar e criar um filho.⁴⁵

Nesse contexto, Paulo Lôbo demonstra como o princípio da afetividade fez desaparecer as desigualdades entre filiações:

“ O princípio jurídico da afetividade fez despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares”.⁴⁶

1.2.4 Princípio da Convivência Familiar

A convivência familiar é ligada pelo afeto duradouro existente entre os membros de uma família, não importando o laço de parentesco que os une, mas realizados num ambiente comum a eles. Baseado nesse ambiente comum, liga-se a ideia de um espaço físico, como a casa, o lar de convivência, mas vai além desse espaço físico, possibilitando ser apenas o local em que os integrantes do grupo familiar se sentem acolhidos, unidos e, acima de tudo, protegidos, fator relevante para as crianças.⁴⁷

O próprio ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê, no artigo 23, que a falta desse ambiente físico, dos recursos materiais, não deve ser determinante para retirar o poder familiar; pois deve assegurar às famílias de baixa renda a convivência com sua prole, independente da situação econômica, quando ligadas pelo aspecto fundamental das relações familiares, ou seja, o afeto e a solidariedade.⁴⁸

⁴⁵ VENCELAU, Rose Melo, **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 112.

⁴⁶ LÔBO, Paulo, **Consulex**, Revista Jurídica, Ano XVI – nº 378, 15 de outubro de 2012. p. 40.

⁴⁷ LÔBO, Paulo, **Direito Civil**: Famílias, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74.

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família, 2. ed. Saraiva, 2012 p. 104. v.6.

Além disso, a segurança a essa convivência familiar é analisada como um direito fundamental para a criança, presente no ordenamento jurídico e trata-se de uma necessidade vital, podendo ser até mesmo comparada ao direito fundamental à vida.⁴⁹

1.2.5 Princípio do Melhor Interesse da Criança

No ano de 1959 surgiu a Declaração Universal dos Direitos da Criança que, levando em consideração a falta de maturidade tanto física como, especialmente, mental das crianças, incluiu uma proteção jurídica especial a elas e foi assinada pelo Brasil.⁵⁰

Essa consideração com os direitos da criança, sendo tratadas com uma proteção especial veio sendo efetivada com outros documentos ao longo da história; como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989; a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992.

Esse reconhecimento jurídico foi incorporado no ordenamento do direito nacional sendo consagrado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, tratando as crianças e adolescentes como seres que possuem absoluta prioridade dentro da entidade familiar⁵¹.

Paulo Lôbo faz uma feliz análise ao dizer que o “pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho”.⁵² Ou seja, nas famílias atuais, qualquer decisão que vá ser tomada deve ser levado em conta o interesse do menor, colocando a criança como a merecedora de destaque e proteção dentro do grupo familiar.

⁴⁹ MACIEL, Kátia. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 61 – 70.

⁵⁰ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 168.

⁵¹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 168.

⁵² LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 75.

As crianças, em regra, possuem esse destaque por serem pessoas que ainda estão em desenvolvimento e, por isso, dependem de segurança pela família, pelo Estado e também por toda a sociedade.⁵³

O melhor interesse da criança é de cunho subjetivo, pois é o livre arbítrio do juiz, analisando as situações concretas que decidirá. Por isso, vale ressaltar o entendimento de Fulchiron ao dizer que:

“o critério de definição para o melhor interesse do menor só adquire sua eficácia no exame prático do interesse de cada criança. Convém, pois, não considerar o interesse do menor como um fim em si, mas como um instrumento operacional, cuja utilização é confiada ao juiz”.⁵⁴

Merece destaque o pensamento da doutora Viviane Girardi ao demonstrar a importância da criança e do adolescente para o desenvolvimento de toda família, ou seja, a contribuição que estes dão para uma melhor convivência social entre os integrantes da mesma:

“a revelação sociológica da significativa contribuição da prole para o crescimento e satisfação pessoal dos pais ajudou a abrir espaço no cenário familiar para o reconhecimento do filho (criança ou adolescente) como sujeito de direitos dotado de autonomia pessoal e ética, pois, na medida em que merece e recebe especial atenção dos demais membros familiares como ser em desenvolvimento, ao crescer e expandir-se vai transformando a família à qual pertence e dotando a vida dos pais de novos sentidos e significados.”⁵⁵

1.2.6. Princípio da Solidariedade Família

Por meio desse princípio, observa-se à necessidade de proteção, de assistência, seja ela material ou mesmo moral recíproca entre os integrantes de determinada entidade familiar.⁵⁶

⁵³ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo, Memória Jurídica, 2001, p. 170.

⁵⁴ FULCHIRON, Hughes, Apud, LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. In, NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo, Memória Jurídica, 2001, p. 170.

⁵⁵ GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 100.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 2. ed. Saraiva, 2012. p. 95. v.6.

É por meio da solidariedade que os membros de uma família se unem, reciprocamente, a fim de dar uma assistência um para o outro. Tanto deve haver a solidariedade entre os cônjuges, como também em relação aos filhos.⁵⁷

Paulo Lôbo destaca algumas normas presentes no ordenamento jurídico, principalmente no Código Civil, que se baseiam nesse princípio como, por exemplo, o artigo 1.513 em que trata “a comunhão de vida instituída pela família”⁵⁸ como somente sendo possível constituí-la por meio da cooperação entre seus integrantes. A adoção tratada no artigo 1.618 que nasce, exatamente, do sentimento de solidariedade e não de imposição, assim como os referidos deveres dos cônjuges, mencionados no artigo 1.566, demonstram a mútua assistência seja ela moral ou material entre eles, dentre outros.⁵⁹

Como bem argumenta, nesse sentido, a doutora Gabriela Soares Linhares Machado, por meio do princípio da solidariedade se percebe a negação de valores meramente individuais para a afirmação de uma sociedade em que cada membro integrante dela possa ter ciência da existência dos demais indivíduos e da responsabilidade de uns para com os outros para compor um “corpo social”⁶⁰.

1.3 Do Vínculo de Parentesco

“O parentesco é a relação jurídica estabelecida pela lei ou por decisão judicial entre uma pessoa e as demais que integram o grupo familiar, nos limites da lei”⁶¹

Na família patriarcal, o parentesco era aquele advindo, basicamente, do casamento, mas este tem que se adequar aos novos conceitos de família e, por isso, tem-se como base o disposto no §7º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, ao asseverar que “os filhos, havidos ou não da relação do

⁵⁷ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64.

⁵⁸ BRASIL, *Código Civil*, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 257.

⁵⁹ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

⁶⁰ Disponível <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplicáveis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia%3A+Repercussão+na+relação+paterno-filial.>> Acesso em 29 agosto 2013.

⁶¹ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205.

casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.⁶²

Com isso, além do parentesco natural, advindo do matrimônio, dos laços consanguíneos, há o parentesco socioafetivo, por um vínculo diferente do biológico⁶³.

O próprio Código Civil se referiu ao parentesco como sendo natural ou civil, inferindo-se daí que este pode decorrer tanto do vínculo biológico quanto de outras origens, como a afetiva.⁶⁴

Segundo entendimento de Cristiano Chaves Farias, parentesco natural é aquele que decorre do vínculo biológico entre as pessoas, tanto os descendentes quanto aqueles que se originam de um mesmo tronco ancestral, como, por exemplo, os irmãos, os primos⁶⁵.

Diferente desse, o parentesco civil é aquele decorre de outras hipóteses que não sejam a do vínculo biológico. É aquele parentesco que resulta da socioafetividade, como no caso da adoção, da filiação oriunda da reprodução assistida, dentre outros⁶⁶.

Por último, vale ressaltar que no nosso ordenamento jurídico, contempla-se a presença do parentesco por afinidade, qual seja, aquele “estabelecido como consequência lógica de uma relação de afeto”⁶⁷.

Esse parentesco por afinidade, decorre, principalmente, do casamento e da união estável. A partir do momento de celebração do casamento já é possível estabelecer o parentesco que os une, mas quanto à união estável, será estabelecido o vínculo do parentesco a partir do reconhecimento da mesma.⁶⁸

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 604.

⁶³ Ibidem, p. 604.

⁶⁴ Ibidem, p. 611.

⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 619.

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 2. ed. Saraiva, 2012. p. 656. v.6.

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 2. ed. Saraiva, 2012. p. 657. v.6.

⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 622.

O parentesco civil ou natural podem ser tanto em linha reta quanto em linha colateral, em que aquele diz respeito aos parentes que mantêm entre os membros uma relação direta de descendência, sendo, de certa forma, impossível de delimitar, pois é aquela que passa de pai para filhos, neto, bisnetos. Já o parentesco em linha colateral é aquele que pressupõe ancestrais comuns, existindo limites, para fins jurídicos, somente sendo aquelas pessoas ligadas até o quarto grau.⁶⁹

Diferente da linha de parentesco, o grau de parentesco está ligado a distância entre as gerações, de um para o outro parente, realizando, com isso, a aproximação dos membros, sendo que, em linha reta, segundo o art. 1.594 do Código Civil, conta-se os graus pelo número de gerações entre estas pessoas e, em linha colateral, infere-se a contagem pelo número de gerações de um parente até o tronco comum para que se possa encontrar o outro parente.⁷⁰

Com relação ao parentesco por afinidade, serão parentes afins, em linha reta quando vincular cada cônjuge ou seu companheiro aos parentes em linha reta do outro cônjuge ou companheiro, como, o enteado, o padrasto e a sogra. Já pela linha colateral, a afinidade se estabelece da mesma maneira, ou seja, entre o cônjuge ou companheiro e os parentes em linha transversal do outro cônjuge ou companheiro, por exemplo, o cunhado⁷¹.

Vale lembrar que, a linha colateral, por afinidade, somente atinge o segundo grau e será extinta quando houver a dissolução do casamento ou até mesmo da união estável⁷². Porém, em linha reta nunca haverá a extinção do parentesco, fazendo jus a regra do art. 1.521 do Código Civil em que faz referência ao impedimento matrimonial destas pessoas entre si⁷³.

⁶⁹ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 207/209.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 615.

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 622.

⁷² LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 214.

⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 625.

2 DA PATERNIDADE

Importa mencionar a chamada filiação jurídica, ou seja, a relação de parentesco que é estabelecida entre pais e filhos, independente de ser uma relação advinda da consanguinidade ou não, devendo prevalecer somente a relação formada entre os entes, qual seja, paternidade, quando esta relação é em face do pai e maternidade quando é em face da mãe.⁷⁴

Portanto, o elemento essencial da filiação não se encontra na carga genética transferida para os filhos e sim na vivência entre ambos, assim conceitua Cristiano Chaves de Farias que:

“filiação é a relação de parentesco estabelecida entre as pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal”.⁷⁵

Assim, para Cristiano Chaves de Farias, a filiação está relacionada à não discriminação dos tipos de filhos e à proteção do menor, independente de sua origem; assim como a presença de valores fundamentais, maiores do que simplesmente questões patrimoniais.⁷⁶

2.1 Paternidade Biológica

Desde o Código de Hamurabi, admite-se a presunção *pater is est*, ou seja, por meio desta presunção se atribui ao marido da mulher a paternidade dos filhos por ela gerados, desde que ocorra na constância do casamento.⁷⁷

Com essa presunção, percebe-se a existência da discriminação entre o filho havido no casamento e aquele ilegítimo, ou seja, que são oriundos de uma relação extramatrimonial. Observa-se que este seria um critério

⁷⁴ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 216.

⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 637.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 638.

⁷⁷ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 65.

presumido para poder estabelecer a filiação, ou seja, somente seria filho aquele havido no casamento.⁷⁸

Porém, essa regra da presunção *pater is est* não prevaleceu como uma regra absoluta no ordenamento jurídico, pois se mostrou fraca por não levar em consideração os diversos avanços científicos como, por exemplo, a inseminação artificial, que ampliaram os conceitos de filiações.⁷⁹

A Constituição de 1988 adotou o “estatuto unitário da filiação”, ou seja, não pode haver nenhuma discriminação entre os filhos, sendo garantido a todos o reconhecimento como tal. Portanto, tanto o filho havido no casamento como aquele filho advindo de uma relação extramatrimonial começaram a possuir um tratamento igualitário.⁸⁰

Com isso, os novos métodos científicos foram dando lugar a uma nova verdade sobre a paternidade, ou seja, a verdade biológica, aquela afirmada por meio de provas científicas, por meio da utilização do exame de DNA, por meio do critério da consanguinidade.⁸¹

O DNA (ácido desoxirribonucleico) é a principal unidade biológica presente nos seres vivos e possui extrema importância, tendo em vista que, metade do DNA de uma pessoa é herdado do pai biológico e a outra metade da mãe biológica.⁸² Desta forma, com a possibilidade de realizar o exame de DNA, consagrou-se uma enorme revolução para aferir a paternidade de uma pessoa, pois a partir do resultado do exame é possível identificar, precisamente, a ascendência daquela pessoa.⁸³

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que aquele que se recusar, injustificadamente, a realizar o exame

⁷⁸ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 66.

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 663.

⁸⁰ Ibidem, p. 687.

⁸¹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 79.

⁸² Ibidem, p. 80.

⁸³ VENCELAU, Rose Melo, **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 80.

de DNA, presume-se a prova que se pretendia produzir.⁸⁴ É o que expressa a Súmula 301 do Supremo que dispõe: “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Deve-se observar que a recusa à realização desta prova pericial, o exame de DNA, não é tida como uma prova absoluta, mas quando observada em conjunto com outras provas, pode-se levar à presunção da paternidade, ou seja, verifica-se o caso concreto.⁸⁵

Nesse sentido, diversos julgados consagrados pelos Tribunais de Justiça de todo o país:

“DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS – PARCIAL PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU – INCONFORMISMO DO INVESTIGADO – PROVAS INSUFICIENTES À DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE – INACOLHIMENTO – RECUSA AO EXAME DNA – PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE – PROVA TESTEMUNHAL FAVORÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A presunção de paternidade gerada pela negativa do suposto pai em realizar o exame DNA, corroborada por prova testemunhal favorável revelam-se suficientes à declaração do parentesco pretendido.(AC 541397 SC 2008.054139-7 de Criciúma, Monteiro Rocha, Quarta Câmara de Direito Civil, 21/09/2009)⁸⁶.

“APELAÇÃO CIVEL AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA - AGRAVO RETIDO TEMPESTIVO MAS AUSENTE DE CONTEÚDO RECURSAL- REJEITADO - RECUSA AO EXAME DE DNA - PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE - ALIMENTOS - FIXAÇÃO - INDEPENDENTE PEDIDO INICIAL.

1) O Agravo Retido deve ser improcedente, caso não haja conteúdo recursal, pois do contrário, terá a função de tumultuar o feito.

2) A recusa pela mãe do suposto pai falecido em submeter-se ao

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador, JusPODIUM, 2013, p. 688.

⁸⁵ VENCELAU, Rose Melo, **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 96.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Criciúma. **Apelação Cível nº 541397 SC 2008.054139-7**. 4ª turma. Apelante: T. D. V. Y. A. Apelado: I. W. C. Relator: Monteiro Rocha. Criciúma, 21 de setembro de 2009. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6718194/apelacao-civel-ac-541397-sc-2008054139-7>>. Acesso em: 10 setembro 2013.

exame de DNA, leva-se à presunção, ainda que não absoluta, de que realmente a paternidade atribuída ao seu filho é verdadeira.

3) É matéria incontroversa, que em sede de Ação de Reconhecimento de Paternidade, os alimentos são devidos desde a citação.(AC 13030025772 ES 13030025772, ELPÍDIO JOSÉ DUQUE, 14/02/2006, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)⁸⁷.

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - RECUSA DO EXAME DE DNA - NECESSIDADE DE PROVAS CIRCUNSTANCIASIS.

A recusa ao exame do DNA não implica em presunção de paternidade, mas tão-somente em fato que, no conjunto de provas, pode ser considerado em seu desfavor. É necessária a existência de prova confirmatória do relacionamento entre os alegados pais, podendo o magistrado valer-se de indícios e presunções em busca da verdade real para o reconhecimento da paternidade.(1425578 MG 1.0000.00.142557-8/000(1), ORLANDO CARVALHO, 01/06/1999)⁸⁸.

É necessário atentar para o fato de que o exame de DNA prioriza a relação de filiação estabelecida e assim reconhecida como sendo única para determinar o laço biológico⁸⁹, relevante para definir o parentesco entre as pessoas envolvidas; mas, deve-se analisar a presença de um fato preponderante na sociedade atual para designar a formação da filiação, qual seja, o afeto.⁹⁰

Portando, quando não existir coincidência entre a filiação biológica, resultante do exame pericial e a filiação afetiva, é essencial analisar diversos elementos presentes na relação entre os demandantes para chegar a uma conclusão justa para ambos.⁹¹

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Espírito Santo. **Apelação Cível nº 13030025772 ES 13030025772**. 2ª câmara . Relator: ELPÍDIO JOSÉ DUQUE. Espírito Santo, 14 de março de 2006. Disponível em: < <http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4984478/apelacao-civel-ac-13030025772>>. Acesso em: 10 setembro 2013.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Belo Horizonte. **Apelação Cível nº 1.0000.00.142557-8/000(1)**. 1ª câmara cível. Relator: ORLANDO CARVALHO. Belo Horizonte, 01 de junho de 1999. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4145276/1425578/inteiro-teor-11070871>>. Acesso em: 10 setembro 2013.

⁸⁹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 82.

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 689.

⁹¹ Ibidem, p. 690.

Com o intuito de demonstrar que a paternidade biológica, mesmo sendo de extrema relevância para sociedade, não é absoluta. Ensina o ilustre Luiz Edson Fachin que “a conciliação entre paternidade jurídica com a verdade na filiação pode ser suficiente para demonstração cabal da origem biológica do filho. Entretanto, esse passo pode não ser tudo”.⁹²

2.2 Paternidade Socioafetiva

2.2.1 Posse do estado de filho

A posse do estado de filho ocorre na situação em que uma pessoa utiliza do *status* de filho, usufruindo de direitos e deveres peculiares da filiação e não importando se essa situação corresponde a realidade legal, sobrepondo-se a verdade socioafetiva.⁹³

Para Paulo Lôbo, “a aparência do estado de filiação revela-se pela convivência familiar, pelo efetivo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento do filho, pelo relacionamento afetivo”.⁹⁴

Nesse mesmo entendimento, complementa Maria Berenice Dias ao dizer que o estado de filho não surge com o nascimento da criança, mas por um ato de vontade depositado no elemento essencial do afeto, colocando um fim à verdade jurídica e à certeza científica como fontes para estabelecer a filiação.⁹⁵

Ademais, friza Christiano Cassettari:

“a posse do estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação diante de 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.”⁹⁶

⁹² FACHIN, Luiz Edson, A tríplice paternidade dos filhos imaginários *apud* NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 83.

⁹³ LÔBO, Paulo, **Direito Civil**: Famílias, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 236.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 237.

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 330.

⁹⁶ CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva** - efeitos jurídicos, São Paulo: Atlas, 2014. p. 15

Sustenta Paulo Lôbo que a posse do estado de filho decorre quando se identifica pelo menos três elementos, quais sejam, o *tractatus*, quando a criança é tratada pelos pais como filha e esta os reconhece como pais; o *nomen*, quando a criança carrega consigo o nome da família dos pais e, por último; a *fama*, ou seja, a pessoa é conhecida como filha tanto por aquela família quanto por toda a sociedade.⁹⁷

Com isso, para a criança, a sua origem fisiológica, sanguínea, não a faz possuir nenhum tipo de vínculo com os pais, pois para ela a figura dos pais serão aqueles com quem criar um laço afetivo, uma relação maior de sentimento, elemento que vai além da consanguinidade.⁹⁸

Nesse sentido, hoje em dia, pai e mãe não serão, necessariamente, os biológicos, pois para exercer a função de pais é necessário ir além, buscar exercer as funções da paternidade e da maternidade⁹⁹ como, por exemplo, o dever de cuidado, o atendimento às necessidades básicas da criança, à educação, dentre outros.

Portanto, deve-se entender que nem sempre aquele que procria uma criança será o mesmo que irá criá-la e, com isso, nota-se a verdadeira importância em perceber que os laços de sangue não são aqueles que irão construir, necessariamente, a filiação, mas o tratamento afetivo é aquele que, efetivamente, formará um vínculo preciso.¹⁰⁰

Esse é o pensamento que prevalece na jurisprudência pátria:

“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

⁹⁷ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 237.

⁹⁸ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 86.

⁹⁹ Ibidem, p. 87.

¹⁰⁰ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 90.

o despreço à 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 impõem, 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 (TJRS; Apelação Cível 70008795775; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis; j. 23.6.2004).¹⁰¹

Dessa maneira, no sentido de demonstrar a importância da posse do estado de filho, Rodrigo da Cunha Pereira acrescenta, de maneira louvável, que “o que é essencial para a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe”.¹⁰²

2.2.2 Socioafetividade

A verdade sobre a paternidade advinha, em primeiro momento, do matrimônio, pois seria considerado pai o marido da mãe. Posteriormente, num segundo momento, com a presença do exame de DNA, pai é aquele que possui a mesma origem genética da criança, consagrando-se, assim, a verdade biológica da paternidade.¹⁰³

¹⁰¹ CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva** - efeitos jurídicos, São Paulo: Atlas, 2014. p. 37.

¹⁰² PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Direito de família uma abordagem psicanalítica*, p. 63 apud NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 87.

¹⁰³ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 84.

Porém, elementos como o afeto, em especial, mostram-se relevantes para chegar à conclusão de que apenas a descoberta da verdade biológica não é suficiente para aferir a filiação de uma criança.¹⁰⁴

O critério socioafetivo para determinar o estado de filho representa o que a doutrina chama de *desbiologização* da filiação, ou seja, o vínculo paterno-filial não deve ser estreitado somente na presença dos mesmos genes, mas deverá ser analisada a presença do afeto como o laço que uniu pai e filho.¹⁰⁵

Com isso, fica possível realizar a separação de dois conceitos importantes para o direito de família, o de genitor e pai. Somente a carga genética é insuficiente para fundamentar a paternidade, pois, muitas vezes, diversas circunstâncias e elementos de provas é que serão capazes de determinar o vínculo paterno-filial.¹⁰⁶

Pode ser que o vínculo de paternidade tenha origem meramente decorrente da carga genética, mas, em outros casos, poderá prevalecer o vínculo afetivo, ou seja, aquele que decorra de uma construção afetiva permanente, diferente da genética.¹⁰⁷

Maria Berenice expõe 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 constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.¹⁰⁸

A partir da lição acima, percebe-se que o critério biológico não está presente em primeiro lugar e, em uma situação concreta, o juiz deverá analisar não apenas o exame de DNA, mas todos os elementos e

¹⁰⁴ Ibidem, p. 84.

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 692.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 692.

¹⁰⁷ VENCELAU, Rose Melo, **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 113.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 338.

circunstâncias que são capazes de demonstrar a presença da afetividade na relação paterno-filial, para ser preservado o melhor interesse da criança.¹⁰⁹

A Constituição Federal de 1988, no art. 227, §6º, rompe com qualquer tipo de diferença existente entre os filhos concebidos ou não no casamento e, com isso, junto com o princípio jurídico da afetividade, iguala o tratamento dado ao filho biológico ou não, protegendo o vínculo afetivo criado nas relações paterno-filiais.¹¹⁰

Ensina Vencelau que:

“Não se pode aceitar que a paternidade seja submetida a um reducionismo biológico. A consanguinidade ainda é determinante do parentesco, mas não só ela. A afetividade se apresenta como um critério tão relevante quanto o biológico, podendo até prevalecer em alguns casos. Exemplo disto é a adoção e a fecundação assistida heteróloga, onde os pais, independentemente de laço de sangue, adotam seus filhos, fazendo-os nascer do coração.”¹¹¹

Esse laço socioafetivo depende de elementos comprobatórios como, por exemplo, a convivência baseada no respeito, no cuidado e estabelecida de forma pública perante a comunidade. Por isso, percebe-se que, por meio da paternidade socioafetiva, será pai aquele que assim o quer, como fruto de manifestação de vontade e analisando a posse do estado de filho, ou seja, há o reconhecimento do filho e o chamamento de pai.¹¹²

Nos dias atuais prevalece, na jurisprudência pátria, o entendimento no sentido de tutelar e proteger a paternidade socioafetiva, como pode ser observado nos julgados abaixo:

"PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL INVERÍDICO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha. 2. Hipótese em que as

¹⁰⁹Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/O%20Reconhecimento%20da%20paternidade%2014_06_2012.pdf> acesso em: 03 outubro 2013.

¹¹⁰ VENCELAU, Rose Melo, **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 114.

¹¹¹ Ibidem, p. 119.

¹¹²

Disponível

em

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/424/Filhos+de+criação++o+valor+jur%C3%ADdico+do+afeto+na+Entidade+Familiar.>> Acesso em 08 outubro 2013.

dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse. 3. Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração auto-produzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico. 4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a **filiação socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente**. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família". (REsp 1244957/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 27/09/2012)¹¹³.

“DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012)¹¹⁴.

No sentido de demonstrar que a filiação afetiva decorre de uma maneira livre e espontânea e, com isso, merece ser reconhecida de forma

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1244957/SC**. 3ª turma . Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Santa Catarina, 27 de setembro de 2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/52436353/djro-26-03-2013-pg-151>>. Acesso em: 02 março 2014.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1244957/SC**. 4ª turma . Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Rio Grande do Sul, 12 de março de 2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/66431460/djma-19-02-2014-pg-890>>. Acesso em: 02 março 2014.

digna no ordenamento jurídico, nota-se de extrema relevância o julgado do desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Carlos Teixeira Giorgis, na Apelação Cível 70008795775 ao ponderar que:

“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 despreço à 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”¹¹⁵.

Contudo ainda existe uma minoria que reconhece a prevalência do vínculo biológico nas situações em que houver uma discordância familiar, ou seja, onde a relação paterno-filial ligada por um vínculo socioafetivo desapareceu ou, até mesmo, nunca existiu¹¹⁶, como pode ser reparado no julgado do Supremo Tribunal de Justiça abaixo:

“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. 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

¹¹⁵ Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/parentalidade-o-duelo-dna-x-afeto---parte-i/2902>. Acesso em: 02 março 2014.

¹¹⁶ Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/424/Filhos+de+criação+-+o+valor+jur%C3%ADdico+do+afeto+na+Entidade+Familiar>. Acesso em 08 outubro 2013.

contrario sensu, se o afeto persiste de forma 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. (STJ - REsp 878941-DF - 3ª Turma - Relª. Minª Nancy Andrighi - Publ. em 17-9-2007)¹¹⁷.”

“DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA REQUERIDA PELO FILHO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. É possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado conforme prática conhecida como “adoção à brasileira”. A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como “adoção à brasileira”, ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a “adoção à brasileira” e a adoção regular. Ademais, embora a “adoção à brasileira”, muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor. Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. REsp 1.167.993-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2012. (Inf. 512, de 20-02-2013.)¹¹⁸.”

Nota-se que os defensores da corrente de prevalência do vínculo biológico em detrimento do afetivo se baseiam no art. 227, §6º, da Carta Magna, no fato de que não deve haver discriminação entre filhos havidos ou não no casamento ou até mesmo os advindos de adoção. Com isso, em 2012, o Supremo Tribunal de Justiça proferiu um julgado no sentido de anular o registro de nascimento de uma mulher já adulta em que constava os pais adotivos para ter seus pais biológicos registrados e, todos os direitos legais consequentes, sendo um grande marco para as pessoas na mesma situação

¹¹⁷Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/424/Filhos+de+criação+-+o+valor+jur%C3%ADdico+do+afeto+na+Entidade+Familiar>. Acesso em: 08 outubro 2013.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 833.712-RS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Rio Grande do Sul, 18 de dezembro de 2012. <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0512.rtf> Acesso em: 08 outubro 2013.

que a da requerente.

Nesses casos, leva-se em consideração o direito de um filho reconhecer sua origem genética, mas nada lhe será assegurado de que esta prevalecerá sobre a afetiva.

No mesmo sentido, encontra-se o voto da ilustre ministra Nancy Andrichi, no recurso especial nº 833.712 - RS (2006/0070609-4), ao dizer que:

“(...)Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido”.¹¹⁹

Portanto, percebe-se que deve ser analisado caso a caso, particularmente, sem que haja prevalência de entendimentos.

Atenta-se ao fato de que, quando se trata da paternidade ou maternidade de uma criança, essa deve ser analisada com base no princípio do melhor interesse para ela, àquele responsável pelo “desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social”.¹²⁰

Vale a pena destacar o recente julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo ao reconhecer a dupla maternidade, concomitantemente, além da paternidade, veja-se:

“MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 833.712 - RS**. 3ª turma . Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Santa Catarina, 17 de maio de 2007. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930079/recurso-especial-resp-833712-rs-2006-0070609-4> >. Acesso em: 02 março 2014.

¹²⁰ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 173.

art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido (APL 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286, Alcides Leopoldo e Silva Júnior, 14/08/2012, 1ª Câmara de Direito Privado)¹²¹

Da mesma forma, em fevereiro de 2014, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a multiparentalidade de três irmãos, ou seja, de possuírem duas mães no registro de nascimento deles, a biológica, falecida, e a madrasta, mãe socioafetiva.¹²²

Ademais, a juíza da 15ª Vara de Família da Capital do Rio de Janeiro, Maria Aglae Vilaro, argumentou, no sentido de que é notória a mudança das famílias na sociedade moderna e essa deve ser feita sem que haja qualquer discriminação, observa-se:

“O que temos é uma tradição de séculos, onde somente constavam pai e mãe no registro civil, que deixa de ser seguida porque a própria sociedade criou novas formas de relacionamento sem deixar de preservar o respeito por quem participou desta construção. É uma formação familiar diferente e que o Estado de Direito, caracterizado exatamente por respeitar as diferenças sem qualquer forma de discriminação, deve reconhecer”.¹²³

Logo, nota-se, mais uma vez, que o elemento da afetividade tem sido a base nas relações filiais. Porém, devido às divergências ainda existentes entre os doutrinadores e juristas sobre o tema, surgiu em Minas Gerais um julgado que gerou um questionamento sobre o que realmente deve prevalecer e, até quando a paternidade ou maternidade biológica devem aferir quando já há constituída uma família solidificada com base no

¹²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286**. 1ª câmara cível. Julgador: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. São Paulo, 14 de agosto de 2012. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp> >. Acesso em: 18 dezembro 2013.

¹²² Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5243/TJRJ+reconhece+multiparentalidade#.UwD3dnkz6p>> Acesso em: 15 fevereiro 2014.

¹²³ Ibidem.

afeto.

Na discussão, os pais biológicos perderam a guarda de seus seis filhos mais a menina, Duda, de apenas 60(sessenta) dias, na época, por maus tratos às crianças. A menor, Duda, foi levada para adoção e logo conseguiu um novo lar. Porém, os pais biológicos entraram com uma ação para ter seus filhos de volta e conseguiram decisão favorável do Tribunal de Minas Gerais para que a menor voltasse aos braços de seus pais biológicos, àqueles que um dia já a maltrataram¹²⁴.

Como bem relatou Silvana do Monte Moreira, Presidente da Comissão de Adoção do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, a criança não deve ser tratada como um objeto nessas disputas, deve ser vista como um sujeito e reconhecer o melhor interesse para ela. Com relação ao caso da menina “Duda”, Silvana expõe:

“O ECA determina em seu artigo 19 “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.” Duda está sendo criada e educada no seio de sua família e tem todas as suas necessidades atendidas por essa família, sendo ela a que reúne melhores condições para exercer sua parentalidade, tendo comprovado, ao longo de dois anos e meio, maior aptidão para propiciar à Duda afeto, não apenas no aspecto da parentalidade e filiação como também no do grupo familiar e social em que Duda se insere, além de educação, segurança, saúde, amor, cuidado. A decisão coisifica Duda e considera seus genitores como donos da criança, utilizando a concepção retrógrada do direito romano, e acolhida pelo já revogado Código Civil de 1916, de propriedade dos pais sobre os filhos. É necessário que Duda seja vista como sujeito de direitos e que se tenha em mente que ela se encontra em especial estágio de desenvolvimento.”¹²⁵

Dimas Messias de Carvalho enfatiza o fato da socioafetividade vir se tornando, cada vez mais, predominante na sociedade brasileira. Segundo sustenta, na doutrina atual, o que importa para a filiação socioafetiva é a

¹²⁴ Disponível em: < <http://ibdfam.org.br/artigos/920/Quem+é+Duda%3F>.> Acesso em: 12 fevereiro 2014.

¹²⁵ Disponível em: < <http://ibdfam.org.br/artigos/920/Quem+é+Duda%3F>.> Acesso em: 12 fevereiro 2014.

presença dos elementos da posse de filho, ou seja, ser tratado como filho, utilizar o nome da família e ser reconhecido perante a sociedade como filho desse pai ou dessa mãe.¹²⁶

Ainda nesta perspectiva, Dimas Messias de Carvalho expõe o belíssimo julgado da desembargadora Teresa da Cunha Teixeira Peixoto em que foi sensata ao julgar improcedente o pedido de negatória de paternidade, sob o argumento de que o elemento da afetividade, do coração, deve ser preponderante ao elemento do sangue, nota-se:

“Como bem fundamentou a Des^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto, do Tribunal mineiro, em ação negatória de paternidade, é direito de todos buscar sua origem genética, entretanto, deve prevalecer a paternidade socioafetiva (a voz do coração), moldada pelos laços de amor e solidariedade, sobre a biológica (a voz do sangue), devendo ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, apesar do resultado negativo do exame de DNA, tendo em vista o caráter socioafetivo, que perdurou por vários anos, como se pai e filha fossem, não sendo possível negar a paternidade apenas pelo fator biológico”¹²⁷

Com isso, percebe-se que a afetividade vem predominando nas relações familiares, demonstrando que o vínculo consanguíneo, ou seja, aquele baseado no sangue, no DNA não deve prevalecer, pois deve ser observado em conjunto com o vínculo socioafetivo criado entre pais e filhos, alicerçado no amor.

¹²⁶ Disponível em: < <http://ibdfam.org.br/artigos/512/Filiação+jur%C3%ADdica-Biol%C3%B3gica+e+socioafetiva++++++>. > Acesso em: 12 fevereiro 2014.

¹²⁷ Ibidem.

3 DOS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA SOCIOAFETIVIDADE

3.1 Do reconhecimento do filho

Reconhecer um filho, segundo Paulo Lôbo, é assegurar-lhe o direito de ter um pai ou uma mãe, sendo que este reconhecimento poderá ser voluntário, ou seja, ato espontâneo realizado, conjuntamente, pelos pais ou forçado, por meio de uma intervenção judiciária.¹²⁸

Prevalece para os filhos nascidos de pessoas casadas o disposto no artigo 1.597 do Código Civil em que há a presunção relativa de paternidade(*pater is est*); sendo necessário o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.¹²⁹

O reconhecimento voluntário somente é possível quando o filho não possuir registro de nascimento ou, quando este possuir apenas em relação a um dos pais, pois se já estiver registrado em nome de outra pessoa será necessária uma decisão judicial invalidando o registro de nascimento.¹³⁰ É tido como forçado, quando decorre de uma decisão judicial, conhecida como investigação de paternidade ou de maternidade.¹³¹

Importante lembrar que o judiciário não negar a existência da parentalidade apenas quando percebe que não foi proposta a ação correta para reivindicar tal situação:

“Independentemente da via judicial utilizada, não devemos esquecer que o Judiciário não pode se negar de reconhecer o vínculo afetivo que existe ou existiu entre duas pessoas apenas porque não foi proposta a ação correta. Há que se reconhecer uma fungibilidade em tais demandas, pois o mais importante é o Estado-Juiz dizer o direito que é almejado”.¹³²

Com a adequada ação de investigação de parentalidade, ou seja,

¹²⁸ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 254.

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 703.

¹³⁰ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009: p. 255.

¹³¹ *Ibidem*, p. 255.

¹³² CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva - efeitos jurídicos**, São Paulo: Atlas, 2014. p. 71.

paternidade ou maternidade, o objetivo é o reconhecimento de filiação, que pode ser biológico como também afetivo, caso do presente estudo.

Essa ação deve ser realizada por aquele filho que pretende ter o seu pai ou sua mãe reconhecidos por uma decisão judicial e, conseqüentemente, estabelecendo-se um vínculo parental entre eles. Este, não é, necessariamente, estabelecido pelo exame de DNA, pois a real filiação é aquela derivada pelo laços de afeto já existentes.¹³³

Cabe ressaltar que a todos é dado o direito de ter sua filiação estabelecida; pois o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³⁴ ao mencionar que o “reconhecimento de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível...”, não opôs nenhuma restrição quanto à origem da filiação, podendo ser biológica ou afetiva.

Portanto, como disposto na Constituição Federal de 1988, em artigo 227, §6º,¹³⁵ prevalece a igualdade entre os filhos. Tanto aqueles biológicos como os socioafetivos possuem o direito ao reconhecimento de sua filiação, para que possam surgir, daí, os diversos efeitos a eles salvaguardados.

Cabe ainda mencionar que o reconhecimento é indisponível e irrevogável, ou seja, a partir do momento do reconhecimento, posterior arrependimento não merece respaldo, sendo apenas impugnável pelo próprio filho, no prazo decadencial de 4 (quatro) anos a contar da maioridade.¹³⁶

3.2 Os efeitos do reconhecimento da parentalidade

A partir do reconhecimento de um filho, seja um ato voluntário de quem o fez ou por meio de uma sentença em uma ação de investigação de paternidade, surgem diversos efeitos jurídicos, tais como, obrigação

¹³³ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 266.

¹³⁴ BRASIL, *Constituição Federal*, 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2014,p. 1.043, Artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹³⁵ BRASIL, *Constituição Federal*, 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2014,p. 74, Artigo 227, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁶ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 261.

alimentar, guarda dos filhos menores, direito de visita, dentre outros.¹³⁷

Segundo se depreende do Código Civil de 2002, no artigo 1.593, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem”, assim ao mencionar que o parentesco também pode decorrer de outra origem, percebe-se que a presença da socioafetividade é fundamentada no ordenamento jurídico, sendo que as regras do parentesco natural aplicam-se às do parentesco socioafetivo.¹³⁸

Assim, o filho socioafetivo possuirá as mesmas relações de parentesco do filho natural, ou seja, aqueles em linha reta, ascendentes e descendentes e os na linha colateral até o quarto grau, quais sejam, aquelas que provêm de um só tronco, mas que não são descendentes.¹³⁹ Além de ganhar um pai ou mãe socioafetivo, receberá também avós, tios, primos socioafetivos.

Cabe mencionar, ainda, o fato de que sendo reconhecido como filho socioafetivo, junto com as novas relações parentais formadas, decorrerã outros efeitos jurídicos, dentre eles o fato de prestar alimentos, disposto no artigo 1.694 do Código Civil.¹⁴⁰

Além disso, preconiza o artigo 1696 do Código Civil que os alimentos são recíprocos entre pais e filhos, com isso, o enunciado 341 do CJF dispôs que “para os fins do artigo 1696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”,¹⁴¹ pois se deve ter como base o fato da igualdade estabelecida entre os filhos, para que não haja nenhum tipo de discriminação entre os legítimos ou ilegítimos.

É o que os tribunais brasileiros vêm entendendo:

¹³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013. p. 762.

¹³⁸ CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva - efeitos jurídicos**, São Paulo: Atlas, 2014. p. 106.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 106.

¹⁴⁰ BRASIL, **Constituição Federal**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 269.

¹⁴¹ CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva - efeitos jurídicos**, São Paulo: Atlas, 2014. p. 108.

“Negatória de paternidade – Registro de nascimento – Declaração livre e consciente – Inexistência de vícios do consentimento – Laço paterno-filial – Socioafetividade demonstrada e reconhecida – Anulação – Caducidade – Intuito meramente financeiro – Inadmissibilidade – Recurso desprovido. Além da caducidade do direito, ressaí dos autos ato jurídico imaculado (sem vícios), pois emanado de declaração, livre e consciente, devidamente formalizada (registro), máxime porque o laço paterno-filial esteia-se em socioafetividade demonstrada e reconhecida. O estado de filiação não tem caráter exclusivamente genético-biológico, sendo que o pai-declarante busca, em verdade, desvencilhar-se de obrigação financeira (alimentos) que se lhe impõe, corolário jurídico da paternidade responsável (TJMG; Apelação Cível 1.0701.06.160077-4/001; Comarca de Uberaba; Rel. Des. Nepomuceno Silva; j. 15.1.2009, 3.2.2009).¹⁴²”

“Agravo interno. Apelação. Decisão monocrática. Ação de dissolução de união estável. Verba alimentar provisória. Exoneração de alimentos. Impossibilidade. Ainda que o exame de DNA tenha concluído pela ausência de parentesco entre as partes, o laudo não tem o condão de afastar possível vínculo socioafetivo, questão que depende de ampla dilação probatória, para oportuna sentença. Não estando afastada a paternidade socioafetiva, devem ser mantidos hígidos os deveres parentais, dentre os quais o de prestar alimentos ao filho, mormente recém iniciada a ação negatória da paternidade (TJRS; AG 230679-09.2011.8.21.7000; Sapucaia do Sul; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Roberto Carvalho Fraga; j. 29.6.2011; DJERS 6.7.2011).¹⁴³”

Vale ressaltar que a própria Constituição Federal já preconiza a importância da prestação de alimentos, do dever da família, como um todo, em proteger aquela criança ou adolescente, nota-se¹⁴⁴:

“Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Com isso, não importa a natureza do filho, ou seja, biológico ou afetivo, a partir do reconhecimento deste, impõe-se à família, aos pais, o dever de prestar alimentos, de educar e de criar o menor, segundo o que

¹⁴² Ibidem, p. 108.

¹⁴³ Ibidem, p. 110.

¹⁴⁴ CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva** - efeitos jurídicos, São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.

dispõe o artigo 1.634 do Código Civil de 2002¹⁴⁵, exercendo assim o chamado poder familiar.

Fato inovador na jurisprudência foi o julgado em Santa Catarina que reconheceu a obrigação de um padrasto em prestar alimentos para a enteada, com quem conviveu 10 anos, baseado no vínculo da afetividade, do amor e, tendo em vista que a genitora da menor não possuía condições em arcar com todas as despesas, mesmo a criança possuindo pai registral, de quem não possuía notícia nos autos, nota-se:

“A fixação de alimentos provisórios também pode ser requerida por filho socioafetivo. Foi partindo da premissa do afeto e da convivência de dez anos entre padrasto e enteada que a juíza da 1ª Vara de Família de São José, em Santa Catarina, Adriana Mendes Bertocini, decidiu favoravelmente à solicitação de mãe que buscava alimentos provisórios para si e também para a filha de 16 anos. A juíza explica tratar-se de ação de dissolução de união estável e que, a partir da análise das provas, ficou claro que existia dependência econômica de uma das partes. A autora da ação, psicóloga, recebe cerca de R\$ 1 mil por mês e o ex-companheiro tem o rendimento de R\$ 7 mil. Além da dependência financeira da mãe, o fato da criança ter sido criada pelo padrasto desde os seus seis anos de idade também motivou a decisão da magistrada. Para dar a sentença, a juíza recorreu a alguns conceitos do Direito de Família, no caso a um artigo do diretor do IBDFAM, Rolf Madaleno, publicado em um número da Revista Jurídica de 1995. No artigo Alimentos e sua Restituição Judicial, o diretor sustenta que se a família biológica tem como base os vínculos sanguíneos, a família socioafetiva conecta o ideal de paternidade e maternidade responsável “edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção”. A juíza enfatiza que a decisão é inovadora já que não encontrou nenhuma jurisprudência sobre o assunto. “Ainda é muito difícil para o juiz tomar esse tipo de decisão. Mesmo que no dia a dia seja comum os laços afetivos, a sociedade ainda vê o biológico como algo legítimo. É uma mudança de paradigma”, reflete. Nessa mudança, a juíza vê o papel do IBDFAM como fundamental para amparar conceitualmente a decisão dos magistrados. “O IBDFAM tem o papel fundamental de trazer esses novos conceitos auxiliando as decisões dos magistrados. Quem lida com a área de família se depara a cada dia com uma novidade diferente”, complete.”¹⁴⁶

Percebe-se, que tem sido possível a coexistência da parentalidade biológica com a socioafetiva, sendo que, quanto à obrigação alimentar,

¹⁴⁵ BRASIL, **Constituição Federal**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 265.

¹⁴⁶ CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva** - efeitos jurídicos, São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

cobra-se primeiramente do pai registral, o biológico, e caso este não arque com as despesas da criança, é possível que tal obrigação alimentar seja arcada pelo pai socioafetivo.¹⁴⁷

Destaca-se o pensamento do advogado especialista em direito de família e direto do IBDFAM, Rolf Madaleno, ao mencionar que a paternidade deverá ser arcada somente por aquele de quem decorre a carga genética, mas caso o pai socioafetivo não possua condições de arcar com as obrigações alimentares da criança, deverá o pai biológico complementar as necessidades básicas do filho:

“O pai biológico e de nenhum vínculo de amor pode ser convocado a prestar sustento integral a seu filho de sangue, sem que a obrigação material importe em qualquer possibilidade de retorno à sua família natural, mas que apenas garanta o provincial efeito material de assegurar ao filho rejeitado a vida digna, como nas gerações passadas, em que ele só podia pedir alimentos do seu pai que era casado e o rejeitara”.¹⁴⁸

Observa-se que com a multiparentalidade familiar, a paternidade ou maternidade socioafetiva não deve prevalecer sobre a biológica e vice-versa:

Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. Determinação do pai biológico através do exame de DNA. Manutenção do registro com a declaração da paternidade biológica. Possibilidade. Teoria tridimensional. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. 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. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. Apelo provido (TJRS; Apelação Cível 70029363918; 8ª Câmara; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda; j. 7.5.2009).¹⁴⁹

Porém, a partir da decisão, acima citada, em que o pai socioafetivo

¹⁴⁷ Ibidem.p. 113

¹⁴⁸ MADALENO, Rolf. **Boletim IBDFAM**, n. 77, ano 12, nov./dez. 2012, p. 06.

¹⁴⁹ CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva - efeitos jurídicos**, São Paulo: Atlas, 2014. p. 150.

teve que arcar com a obrigação alimentar da criança, surgiu uma grande dúvida, qual seja, não deveria a magistrada ter determinado a inclusão do nome do pai socioafetivo no Registro de Nascimento da criança? O doutrinador, Christiano Cassettari, entende que sim, pois a obrigação alimentar é apenas um dos efeitos que decorrem da paternidade socioafetiva, veja:

“Entretanto, o que queremos debater é, se reconhecida a socioafetividade em sede de outra ação que não a que buscava a declaração da paternidade, como, por exemplo, a de alimentos, não deveria o magistrado determinar a expedição de ofício para o cartório de Registro Civil que realizou o assento do nascimento do filho ou filha, para que incluísse nele o pai ou mãe socioafetivo com os biológicos, a fim de que ambos coexistissem?”

Entendemos que sim, pois como a parentalidade socioafetiva gera outros efeitos que não apenas o do direito aos alimentos, para facilitar que o credor da pensão possa exercê-los, sem a necessidade de uma nova demanda judicial, a anotação no registro do nascimento seria suficiente para impedir a propositura de uma nova ação”.¹⁵⁰

Ao tratar dos efeitos do reconhecimento da filiação socioafetiva, deve-se destacar a sucessão como um direito também do filho socioafetivo, ou seja, basta ser filho para possuir a igualdade no tratamento e, dentre essa igualdade, a do fenômeno sucessório, ou seja, o parente socioafetivo será equiparado ao parente biológico para todos os fins sucessórios.¹⁵¹

Um recente julgado que merece destaque é o da filha socioafetiva que foi criada pelos padrões da genitora, desde que esta faleceu e, com isso, recebeu direito à herança da mãe afetiva, provando, mais uma vez, o efeito que a socioafetividade vem trazendo, cada dia mais, para o ordenamento jurídico brasileiro:

“Após a morte da genitora, seus empregadores despendiam à autora o mesmo afeto e oportunidades concedidos aos seus próprios filhos biológicos, além de figurarem como pais dela em convites de baile de debutantes e de casamento.

¹⁵⁰ CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva** - efeitos jurídicos, São Paulo: Atlas, 2014. p. 115.

¹⁵¹ ¹⁵¹ CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva** - efeitos jurídicos, São Paulo: Atlas, 2014. p. 119.

Foi reconhecida a existência de paternidade e maternidade socioafetiva no caso de uma mulher, filha de empregada doméstica, que foi criada pelos empregadores após a morte da mãe biológica. Naquela ocasião, eles obtiveram a guarda provisória da menina, de quatro anos de idade. A 4ª Câmara de Direito Civil do TJSC julgou o caso.

A prova dos autos revela, como indicado pelo relator, desembargador Jorge Luiz da Costa Beber, que à autora foi dedicado o mesmo afeto e oportunidades concedidos aos filhos biológicos do casal. Ambos figuraram, ainda, como pais nos convites para o baile de debutantes e casamento da demandante, que era inequivocamente tratada como membro do núcleo familiar.

Com a morte da mãe afetiva, excluída a autora da respectiva sucessão, iniciou-se o litígio, que culminou com a declaração da socioafetividade para todos os fins hereditários já na Comarca de origem. "Uma relação afetiva íntima e duradoura, remarcada pela ostensiva demonstração pública da relação paterno-materno-filial, merece a respectiva proteção legal, resguardando-se direitos que não podem ser afrontados por conta da cupidez oriunda de disputa hereditária", salientou Costa Beber. A decisão foi unânime."¹⁵²

Demonstra-se, com isso, que a afetividade vai muito além de ser um simples reconhecimento de ser filho ou não, pois desse laço de afeto decorrem diversos efeitos que devem ser vistos sempre no melhor interesse da criança, sendo um ato de amor, um ato baseado na afetividade e que por meio desse elemento é capaz de gerar efeitos que devem ser reconhecidos no ordenamento e devem prevalecer no interesse da criança.¹⁵³

¹⁵² Disponível em: < <http://jornal-ordem-rs.jusbrasil.com.br/noticias/100142373/criada-pelos-patroes-filha-de-empregada-domestica-tem-direito-a-heranca-de-mae-afetiva.>> Acesso em: 26 fevereiro 2014.

¹⁵³ ¹⁵³ CASSETTARI, Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva** - efeitos jurídicos, São Paulo: Atlas, 2014. p. 143.

CONCLUSÃO

A sociedade brasileira sofreu e ainda sofre diversas mudanças em sua maneira de pensar e, com isso, tem como consequência a transformação da estruturação e da conceituação de família.

No patriarcalismo, o homem era visto como o único sujeito de direito, em que a mulher e sua prole não possuíam direitos; eram tidos apenas como incapazes, desprovidos de vontade, de necessidade e até mesmo de sentimento dentro do seio familiar. Nessa época, a única instituição aceita socialmente era o casamento e somente os filhos que dele advinham eram reconhecidos e tidos como legítimos, mas apenas o pai exercia o chamado poder familiar. Assim, aqueles filhos havidos fora do casamento, em uma relação extramatrimonial, eram tidos como ilegítimos e vistos pela sociedade como um ser desprovido de qualquer direito em face do genitor.

Com as transformações culturais e sociais, com a promulgação da Carta Magna de 1988, o Estado ampliou o conceito de família e declarou que além do casamento, aquela família construída pela união estável e aquelas que foram construídas apenas pelo genitor e sua prole deverão, também, ser consideradas como entidade familiar.

A Constituição trouxe em seu texto diversos princípios que vieram para nortear a sociedade, auxiliando a própria evolução da família, que inseriu a isonomia entre o homem e a mulher, a igualdade entre aqueles filhos havidos ou não no casamento, os adotivos ou, até mesmo, os socioafetivos, não podendo existir qualquer distinção entre eles. Tornou a criança e o adolescente sujeitos de direitos centrais na relação do poder familiar, tendo seus direitos resguardados e respeitados diante de toda sociedade.

Mesmo com a grande evolução que a promulgação do texto constitucional de 1988 proporcionou para toda a sociedade, não houve um avanço suficiente a ponto de regulamentar a paternidade socioafetiva, que está acima da biológica e da jurídica, a verdadeira paternidade, aquela ligada pelo dia a dia entre pais e filhos, pela convivência duradoura, pelos laços de afeto, de amor.

Vimos, a partir do entendimento dessa filiação socioafetiva, que

a biológica não mais se sobrepõe a essa ligada por lações de amor e que, a partir do reconhecimento de um filho, seja ele biológico ou afetivo, surgem diversos efeitos jurídicos. A Constituição Republicana de 1988, reconheceu o elemento da afetividade como de extrema importância nos vínculos familiares. Contudo, questiona-se, ainda, o porquê de o legislador, até os dias atuais, permanecer omissos em relação à paternidade socioafetiva e aos efeitos que dela surgem.

A falta de uma legislação específica que trate da filiação socioafetiva dá causa aos conflitos existentes entre aqueles que entendem como prevalência os laços consanguíneos, ou seja, a filiação biológica, e aqueles que avançaram, juntamente com a sociedade, e entendem a primazia das relações afetivas, destacando-se, principalmente, o fato de que nem sempre o genitor da criança, é aquele que exerce o poder familiar, a função de pai perante toda a sociedade, cumprindo com todos seus deveres e obrigações.

Sendo assim, verificou-se que o melhor interesse da criança está com aquele quem detém a posse do estado de filho, demonstrando que por mais que essa posse e a família socioafetiva não estejam regulamentadas expressamente nos dispositivos normativos da legislação brasileira, os julgadores, para atender o desenvolvimento da sociedade, têm tornado a posse do estado de filho o elemento determinante da paternidade e essencial para o reconhecimento da filiação. Pois, é no seio familiar que o menor recebe a condição psicológica, física, moral e afetiva que lhe proporciona um desenvolvimento digno .

Conclui-se, finalmente, que esse relacionamento socioafetivo estabelecido entre pais e filhos ligados pelo afeto, e presente com mais força na sociedade moderna, é fundamental para poder determinar a verdadeira paternidade, sendo também a base de onde surgem os diversos efeitos jurídicos; como o dever de alimentar, a guarda e os direitos sucessórios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código Civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Criciúma. **Apelação Cível nº 541397 SC 2008.054139-7**. 4ª turma. Apelante: T. D. V. Y. A. Apelado: I. W. C. Relator: Monteiro Rocha. Criciúma, 21 de setembro de 2009. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6718194/apelacao-civel-ac-541397-sc-2008054139-7>>. Acesso em: 10 setembro 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Espírito Santo. **Apelação Cível nº 13030025772 ES 13030025772**. 2ª câmara . Relator: ELPÍDIO JOSÉ DUQUE. Espírito Santo, 14 de março de 2006. Disponível em: < <http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4984478/apelacao-civel-ac-13030025772>>. Acesso em: 10 setembro 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Belo Horizonte. **Apelação Cível nº 1.0000.00.142557-8/000(1)**. 1ª câmara cível. Relator: ORLANDO CARVALHO. Belo Horizonte, 01 de junho de 1999. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4145276/1425578/inteiro-teor-11070871>>. Acesso em: 10 setembro 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1244957/SC**. 3ª turma . Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Santa Catarina, 27 de setembro de 2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/52436353/djro-26-03-2013-pg-151>>. Acesso em: 02 março 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1244957/SC**. 4ª turma . Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Rio Grande do Sul, 12 de março de 2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/66431460/djma-19-02-2014-pg-890> >. Acesso em: 02 março 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286**. 1ª câmara cível. Julgador: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. São Paulo, 14 de agosto de 2012. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp> >. Acesso em: 18 dezembro 2013.

CASSETTARI Christiano, **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva - efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, M. B. **Manual do direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, **Curso de direito civil – Famílias**. 5 ed. Salvador: JusPODIUM, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: Direito de Família**, 2. ed. Saraiva, 2012. V. 06.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **A importância dos princípios específicos do direito das famílias**, 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 02 março 2013.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACIEL, Kátia. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MADALENO, Rolf. **Boletim IBDFAM**, n 77, ano 12, nov./dez. 2012
NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

VENCELAU, Rose Melo, **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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