



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

NATHALIA FERREIRA VIANNA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE HIERARQUIZAÇÃO ENTRE
PATERNIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE AFETIVA**

**BRASÍLIA
2015**

NATHALIA FERREIRA VIANNA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE HIERARQUIZAÇÃO ENTRE
PATERNIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE AFETIVA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão da disciplina Monografia III do curso de bacharelado em Direito no Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Dr^a. Camila Bottaro

BRASÍLIA

2015

NATHALIA FERREIRA VIANNA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE HIERARQUIZAÇÃO ENTRE
PATERNIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE AFETIVA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão da disciplina Monografia III
do curso de bacharelado em Direito no
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Dr^a. Camila Bottaro

BRASÍLIA, _____ de _____ de 2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Camila Bottaro, Dr^a.

Prof. Examinador.

Prof. Examinador.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por estar sempre presente em todos os momentos da minha vida, por todas as bênçãos concedidas e principalmente por todo o cuidado.

À minha mãe por ter me dado a vida e me mantido no caminho certo, ter lutado com todas as forças para viver e me ver viver. Ao meu namorado por todo apoio e carinho sempre. E aos dois por ter suportado os momentos difíceis, me ajudado e compreendido todos os sacrifícios necessários.

À minha orientadora, professora Camila Bottaro, por todo carinho, compreensão e, principalmente, todo ensinamento e paciência comigo.

“Não sabendo que era impossível, foi lá e fez” Jean Cocteau

RESUMO

A afetividade tem se tornado cada dia mais importante nas relações humanas. Para a sociedade tem sido fundamental criar vínculos nos quais o afeto prevalece, principalmente nos elos familiares.

Com essa mudança na sociedade, o direito viu a necessidade de realizar uma mudança legislativa quanto à importância de tal vínculo.

Assim, a afetividade passou a ser analisada como fator fundamental para a criação do elo parental. Não somente a ligação genética, mas também as ligações de amor, cuidado, carinho e afeto passaram a ser importantes para o reconhecimento da relação pai/filho.

Isso só foi possível quando, finalmente, entendeu-se que é necessário analisar qual o real papel do pai e quem desempenha tal função. Se o vínculo genético é concretizado com um vínculo afetivo, a situação é simples. O problema é quando esses dois elos recaem em pessoas distintas.

Dessa forma, apesar da clara importância da afetividade nos relacionamentos, a genética não podia ser simplesmente ignorada. Mostrou-se necessário realizar um balanço entre as duas, quando recaem em pessoas distintas.

A partir de então juristas, doutrinadores e, até mesmo a sociedade em geral passaram a debater a respeito de uma solução para casos semelhantes. Tal debate se deu, além das razões óbvias, a partir da chegada de muitos casos com tal problemática começarem a chegar ao Judiciário.

O reconhecimento da afetividade como princípio, para o direito de família, se deu com a Constituição Federal de 1988, entretanto até hoje existem dúvidas na aplicação no caso concreto.

O questionamento quanto à aplicação dos diversos princípios que regem o direito de família em casos concretos nos quais a função de pai e o elo biológico recaem em pessoas diferentes tem sido a razão de inúmeros debates quanto ao tema.

Palavras-chave: Paternidade. Afetividade. Genética. Princípios. Hierarquia. Melhor interesse do menor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS	11
1.1 Evolução histórica do conceito de família.....	11
1.2 Conceito de filiação.....	14
1.3 Formação da relação paterno-filial.....	15
1.4 Princípios Constitucionais aplicáveis à filiação.....	17
1.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	18
1.4.2 Princípio da Igualdade entre os Filhos.....	19
1.4.3 Princípio da Proteção Integral à Criança e Adolescente.....	21
1.4.4 Princípio da Paternidade Responsável.....	23
1.4.5 Princípio da Afetividade.....	24
2 (IM) POSSIBILIDADE DE HIERARQUIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS	27
2.1 Critérios objetivos para definição da paternidade biológica.....	27
2.2 Paternidade registral.....	28
2.3 Conceito jurídico de paternidade afetiva.....	29
2.4 Posse do Estado de Filho.....	32
2.5 Reconhecimento de paternidade.....	33
2.6 A possibilidade de hierarquização entre as paternidades.....	35
3 ANÁLISE DE JULGADOS	40
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O direito de família evoluiu conforme o tempo e, conseqüentemente, os conceitos de paternidade, filiação e família se modificaram também. Dessa forma, não poderiam mais ser usados apenas critérios objetivos como o vínculo genético ou o casamento para se determinar que a paternidade é válida no caso concreto.

Na realidade, hoje, a existência de vínculos afetivos é inegável e seu reconhecimento como elo legítimo para a criação de relações familiares é necessário. Assim, quando o vínculo genético e afetivo estão presentes na mesma pessoa, não existirão dúvidas quanto à paternidade. Entretanto, quando presentes em pessoas distintas, faz-se necessária a análise fria e detalhada das relações em análise.

Dessa forma será possível responder a questão colocada acima: existe hierarquização entre paternidade afetiva e paternidade biológica?

A afetividade tomou uma proporção tamanha que o questionamento existente hoje é se existe hierarquia quanto aos tipos de vínculo. A genética seria mais importante do que o afeto? Isso será analisado no presente trabalho.

Tal problemática da hierarquização é, na realidade, o entendimento de que o afeto é fundamental nas relações familiares e, principalmente, entre pais e filhos.

Para responder a este questionamento, o trabalho foi dividido em 3 (três) partes. Primeiro devemos entender as mudanças que ocorreram nos conceitos de família ao longo do tempo bem como os princípios que regem o direito de família brasileiro e, principalmente, os princípios referentes à paternidade. Dessa forma, no capítulo 1 (um), compreendermos melhor os fundamentos para que a análise de paternidade seja realizada de forma justa.

Logo após, no capítulo 2 (dois), faremos uma análise de conceitos de paternidade e de argumentos a respeito da existência ou não da hierarquização. Dessa forma, tentaremos analisar todos os argumentos para a resolução dos casos concretos de indefinição quanto à paternidade, seja ela biológica ou afetiva.

Para encerrarmos entendendo como todos os conceitos aplicados nos capítulos anteriores serão aplicados no caso concreto, no capítulo 3 (três)

analisaremos decisões importantes sobre o tema nos tribunais pelo País. Assim será possível a análise da aplicação nos casos concretos.

A metodologia utilizada para se fazer a análise da problemática foi a de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Analisando os argumentos de consagrados juristas antigos e atuais e, também, as decisões de Tribunais de Justiça e de Cortes Superiores a fim de entender melhor os conceitos individualmente para depois aplicá-los da melhor forma possível aos casos concretos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

O direito de família sofreu grandes modificações com o passar do tempo, assim como todos os ramos do direito. Novos conceitos e princípios foram introduzidos além de alguns já existentes terem sido adaptados à nova sociedade. Dessa forma, a família e das relações familiares sofreram grandes mudanças.

A evolução dos conceitos de família e, principalmente, da relação pai-filho, será objeto de estudo neste capítulo.

1.1 Evolução histórica do conceito de família

A família é, definitivamente, a instituição mais antiga da humanidade. Antes mesmo de ser regulamentada pelo direito, ou até de existir o direito para reger as relações, já existia com sua função social clara.

Maria Berenice Dias afirma que os vínculos afetivos fazem parte da faculdade da espécie humana. O ser humano tem dentro de si uma necessidade de se relacionar com alguém, seja por sentir a necessidade de perpetuar seu nome e a própria espécie, seja por medo da solidão (que também é intrínseco a todos).¹

É de se afirmar que a família é anterior à existência do direito, no entanto, a partir do momento que o direito evoluiu em virtude das necessidades sociais, houve um entrelaçamento entre as relações familiares e as instituições jurídicas.²

Assim que o direito começou a estabelecer diretrizes para as relações humanas, imediatamente a família foi inserida em tais regulamentações, subordinando-se aos conceitos, princípios e limites impostos pelas novas leis.³

No Direito Romano, o princípio da autoridade era a base que organizava a família. O *pater familias* exercia todos os direitos sobre os filhos, inclusive o de vida e morte. Carlos Roberto Gonçalves afirma:

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

² *Ibidem*, p. 29.

³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.

podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.⁴

Entretanto, o direito romano passou por algumas modificações com o passar do tempo, com o Imperador Constantino, a concepção cristã de família ganhou força no ordenamento jurídico e o conceito do *pater* acabou perdendo poder. Caio Mário da Silva Pereira preceitua sobre tal evolução:

Mas, com o tempo, arrefeceram estas regras severas: conheceu-se o casamento sine manu; as necessidades militares estimularam a criação de um patrimônio independente para os filhos, constituídos pelos bens adquiridos como soldado (*peculium castrense*), pelos que granjeavam no exercício de atividades intelectuais, artísticas ou funcionais (*peculium quase*) e pelos que lhe vinham por formas diversas desses (*peculium adventicium*).⁵

O direito de família surgiu para regulamentar as relações entre os cônjuges, ascendentes, descendentes e parentes em linha reta. Ora para disciplinar elos patrimoniais que se desenvolvem no âmbito familiar, ora para regular as obrigações assistenciais em todos os tipos de vínculos familiares. Assim, conclui-se que as relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são os três ramos de atuação do direito de família.⁶

O Código Civil de 1916 regulava a família do início do século passado, que era constituída, exclusivamente pelo casamento. Tendo como base clara os conceitos do Direito Romano, existia a distinção entre os membros da família, impedia a dissolução do casamento, discriminava as pessoas que, mesmo unidas, não estavam casadas e, ainda, diferenciava os filhos havidos no casamento e fora dele.⁷

Com a evolução da sociedade, a legislação brasileira foi forçada a evoluir também. Não seria possível regular as relações familiares de forma preconceituosa e com paradigmas tão diferentes dos praticados na realidade.⁸

As primeiras mudanças legais que foram influenciadas pelos costumes sociais foram: Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) e a Lei do Divórcio (EC

⁴ GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Direito de Família, v. 6). p. 31.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 31.

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 32.

⁸ *Ibidem*, p. 30.

9/1977 e Lei 6.515/1977). Tais leis demonstraram grandes evoluções para a família e, principalmente, para as mulheres, antes eram desvalorizadas.⁹

A Constituição Federal de 1988 instaurou princípios que seriam norteadores do direito de família a partir daquele momento, tais como: dignidade da pessoa humana, igualdade entre homens e mulheres, afetividade, igualdade entre os filhos, proteção às uniões não oficializadas.¹⁰

O projeto do Código Civil de 2002 é de 1975, antes mesmo da Lei do Divórcio ter sido promulgada. Por tal razão, já chegou com conceitos antigos e que não se aplicavam mais à sociedade. Por isso foram necessárias tantas emendas, para tentar adequá-lo a contemporaneidade. Maria Berenice Dias entende:

Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade.¹¹

Apesar de ainda haver problemas sérios de conceituação e princípios no Código Civil de 2002, grandes foram os avanços advindos deste. Há de se analisar que seu projeto é antigo e não comporta mudanças grandes e por isso é alvo de duras críticas entre os doutrinadores.¹²

Na sociedade a afetividade ganhou importância e passou a ser base para a criação do vínculo familiar. O CC/2002 não admite e, pior, não reconhece claramente o mérito de tal conceito. De tal forma, Paulo Lobo elucida:

A família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.¹³

O grande desafio tem sido aplicar um código que apesar de relativamente novo tem conceitos antigos aos problemas da sociedade. A aplicação de normas e

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 30.

¹⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 32.

¹² GONÇALVES, Carlos Alberto, *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família v. 6*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 47.

¹³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.

princípios que ainda não estão regulamentados pelo direito, mas já são reconhecidos como fundamentos da família.¹⁴

1.2 Conceito de filiação

Uma das grandes questões relacionada às mudanças ocorridas dentro das famílias foi a concepção de paternidade. A partir dessas novas ideias de família, pai deixou de ser, apenas, aquele que tem um elo biológico, genético. E passou a ser reconhecido, também, como àqueles que possuem vínculos afetivos e sociais, mesmo quando não há a consanguinidade entre os indivíduos.

O Código Civil de 1916 definia como família somente aquela constituída pelo casamento, logo, só eram reconhecidos os filhos concebidos no próprio matrimônio. Qualquer outra forma de relacionamento e união afetiva ficava à margem da lei, não sendo regularizada e, sequer, reconhecida.¹⁵

A diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos era bastante clara. Só eram filhos legítimos aqueles gerados de uma relação matrimonial reconhecida e consagrada pela lei. Portanto, apenas estes possuíam os direitos de filhos e eram considerados legítimos. Os denominados ilegítimos não tinham direito a nada, nem mesmo ao nome ou ao reconhecimento.¹⁶

Com o advento da Constituição Federal de 1988, muitos princípios do direito de família foram modificados. Em termos de filiação, o mais importante foi o princípio de igualdade entre os filhos, que veremos mais a frente.¹⁷

O Código Civil de 2002 seguiu as normas impostas pela CF/88 e seus novos princípios e mudou os conceitos de parentesco e filiação. Eliminou, ou pelo menos tentou eliminar, a distinção entre filhos, ampliando, dessa forma, até o mesmo o conceito de filho.¹⁸

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.

¹⁵ Código Civil de 1916. *Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916*.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 322.

¹⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil VI: Direito de família. Paternidade socioafetiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 123.

O CC/02, em seu art. 1.593, define que filhos não são apenas aqueles concebidos no casamento e nem somente os que são, de alguma maneira, reconhecidos por vontade do próprio pai. A paternidade, segundo o Código, vem de laços sanguíneos, registrais ou de qualquer outra origem.¹⁹

Isso tudo já demonstra como os novos princípios aplicados na CF/88 foram desenvolvidos para a aplicação, da melhor maneira possível, no novo Código Civil. É importante demonstrar que a sociedade pedia essas novas mudanças.²⁰

Para Orlando Gomes, filho é aquele que possui o estado de filiação, “não podendo comportar condição ou termo, ou qualquer cláusula que venha a limitar ou alterar os efeitos admitidos por lei”.²¹

Importante nesse momento demonstrar a atual definição de Paulo Lobo para o conceito de filiação:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.²²

De igual forma, importante citar Flavio Tartuce, com sua definição:

A filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau.²³

Já para Silvio de Salvo Venosa, filiação tem o seguinte conceito:

Filiação é a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquela que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado.²⁴

Os diferentes doutrinadores possuem conceitos parecidos quanto à filiação propriamente dita. Apesar de cada um defini-la de uma forma, há uma ligação clara entre todas as definições.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5.ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 321.

²⁰ VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de Família*. Cadernos jurídicos, São Paulo, v.3, n. 7, jan./fev. 2002.

²¹ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 324.

²² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 195.

²³ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de família*. São Paulo: Método, 2006. p. 255.

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil VI: Direito de família. Paternidade socioafetiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 123.

1.3 Formação da relação paterno-filial

O recorte metodológico será o Código Civil de 1916, sem desconsiderar a importância de outros tempos que serão chamados ao trabalho quando necessário.

Dessa forma, o único modo de se criar uma relação paterno-filial, oficialmente, era o elo sanguíneo, na constância do casamento. Cabe lembrar, que quando se fala de casamento nesse período trata-se do matrimônio regido pela Lei, não sendo equiparado a nenhum outro tipo de relacionamento afetivo.²⁵

Os filhos, como já explicado nos tópicos anteriores, não poderiam ser considerados legítimos se não obedecessem as normas para tal legitimidade. Os filhos havidos fora do casamento, seja por relação de adultério ou por uma relação que simplesmente não era oficial, não eram considerados filhos de fato.²⁶

O direito brasileiro seguiu a tendência mundial ao permitir o reconhecimento da paternidade independentemente de como foi formada a relação filial. Dessa forma, é importante destacar que a partir desse momento histórico foram incluídos no reconhecimento, além dos biológicos havidos dentro do casamento, reconheceu-se também os biológicos fora do casamento, os adotivos e os afetivos.²⁷

Nesse sentido, é relevante verificar que a afetividade passou a ser fator significativo, senão fundamental, da relação parental. Uma pessoa que sempre foi tratada e agiu como filho pode, a partir da modificação da lei, ser reconhecida juridicamente como tal, gerando, dessa forma, todos os efeitos jurídicos para a filiação, mesmo que não tenha o elo biológico.²⁸

Passou-se a entender que o vínculo genético não poderia, por si só, ser a base para uma relação paterno-filial. Essa relação é consolidada cada vez mais a partir de laços afetivos, de carinho, amor, cuidado, proteção e doação entre “pais” e

²⁵ FACHIM, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 20.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 322.

²⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 195.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Alberto, *Direito Civil Brasileiro: Direito de família*, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 68.

filhos que podem estabelecer vínculos que se equipararam ao vínculo biológico e já são amplamente aceitos pela sociedade.²⁹

Tornou-se necessário que se reconheça qual o papel do pai na realidade social. O ditado popular que diz “*Pai é quem cria*” tem ganhado força e entrado, inclusive, em decisões judiciais.³⁰

Assim leciona Maria Berenice Dias:

Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, que compreende o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.

Logo, nota-se que a legislação seguiu, nesse momento, o que a sociedade vivia. A evolução é clara. Os elos paterno-filiais, apesar de serem relações privadas, são regidos pelo poder público. Por essa razão foi necessário responder ao apelo social de mudança do reconhecimento de elos parentais.³¹

1.4 Princípios constitucionais aplicáveis à filiação

Um dos maiores avanços no direito brasileiro foi a implementação de princípios constitucionais, que devem ser seguidos por todos os ramos do direito. Acima das regras existem, hoje, princípios que incorporam as exigências sociais, jurídicas e éticas.³²

Resta claro que uma grande vitória com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi a obrigatoriedade da aplicação dos princípios nela impostos em todos os textos legais, ou seja, em todas as outras leis implementadas no país. Isso garantiu que as necessidades sociais seriam supridas, ou que pelo menos isso seria tentado.³³

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Anais. IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 322.

³¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10.

³² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 56.

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 10.

Os princípios são regras altamente genéricas, mas possuem conteúdo de validade universal. De maneira clara, é demonstrada a hierarquia existente no ordenamento jurídico. Os princípios constitucionais são o topo de tal hierarquia.³⁴

A evolução da sociedade quanto ao casamento, à filiação, à união estável, ao parentesco, entre outros assuntos, seria, nesse momento, seguida pela legislação na medida do possível. Pelo menos os direitos e elementos que norteiam a sociedade não seriam mais completamente violados por um legislador ultrapassado e, em algumas situações, preconceituoso.³⁵

Alguns princípios constitucionais foram fundamentais para a evolução do direito de família e é importante analisar cada um deles para que se entenda como a sociedade e a legislação chegaram aos debates existentes atualmente. As mudanças ocorridas nos últimos anos passam diretamente pela aplicação de tais princípios.³⁶

1.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Não há dúvida de que uma grande, se não a maior, preocupação do constituinte foi a de garantir a promoção dos direitos humanos e da justiça social. Tanto é assim que a dignidade da pessoa humana já aparece no primeiro artigo da CF\88. Deste elemento constitucional derivam quase todos os direitos existentes e garantidos quanto à pessoa na Constituição.³⁷

Rodrigo da Cunha Pereira afirma:

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.³⁸

O marco inicial da necessidade da aplicação da dignidade da pessoa humana foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, em que se afirma que todos os cidadãos têm direito à mesma dignidade social e são iguais perante a

³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 57.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 59.

³⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Constitucional à família: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. v. 23. p. 15.

³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 114.

lei. A partir daí, os Estados democráticos começaram a inserir e principalmente aplicar tal princípio em suas (novas) Constituições. No Brasil não foi diferente.³⁹

Um dos ramos do direito que mais sofreu modificações devido a aplicação do novo fundamento básico do Estado Democrático foi o direito de família. Isso porque determinadas relações afetivas eram excluídas do ordenamento jurídico, o que causava desrespeitos claros e evidentes à dignidade individual. Importante lembrar que a cidadania plena, na família patriarcal, só era exercida pelo chefe, o homem, os demais membros da família tinham seus direitos, sua dignidade, absolutamente negados.⁴⁰

Grandes exemplos do insulto que havia quanto à dignidade eram a exclusão da mulher do princípio da igualdade, a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento, o não reconhecimento de famílias que não fossem formadas pelo casamento, a proibição do divórcio, entre outras coisas.⁴¹

Nota-se que a obrigatoriedade da aplicação de tal fundamento básico e primordial foi necessária para a existência do direito de família com este é nos dias atuais. Os conceitos e direitos derivados do direito da dignidade da pessoa humana têm impulsionado o direito de família a evoluir significativamente, acompanhando a sociedade, como deve ser.⁴²

1.4.2 Princípio da igualdade entre os filhos

A CF/88 em seu artigo 227, §6º, garante que a distinção feita anteriormente quanto a origem dos filhos não poderia mais existir. Qualquer privilégio derivado da origem da relação paterno-filial era, a partir desse momento, proibida. Isso inclui os filhos adotivos.⁴³

Resta claro que atualmente a única diferenciação que pode ser feita entre os filhos é: os que são filhos e os que não são. Não importa mais se o filho não foi de

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 61.

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 121.

⁴¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 37.

⁴² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 62.

⁴³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 196.

um casamento ou se foi fruto de uma traição. A única informação levada em consideração é o fato de ser filho.⁴⁴

A partir do momento em que o filho é reconhecido como tal, não cabem mais diferenciações. Toda a filiação tem os mesmos direitos, o que é garantido também no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.596, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 20. Isso demonstra, mais uma vez, que a aplicação do princípio constitucional não é uma opção e, sim, uma obrigação que garante o exercício dos direitos individuais.⁴⁵

Importante nesse momento ressaltar que os filhos afetivos já reconhecidos também são iguais, assim como os filhos adotivos. A igualdade não é apenas para os biológicos, mas para todos os que foram reconhecidos em algum momento.⁴⁶

Vejamos como é hoje o entendimento dos tribunais a esse respeito:

Apelação cível. Ação declaratória de revalidação da adoção. Anulação/revogação da adoção. Ato ineficaz. Princípio da igualdade entre os filhos. 1. A adoção de pessoa maior de idade, ainda que realizada sob a égide do código civil de 1916, que previa a possibilidade de dissolução do vínculo (art. 374), não pode ser anulada/revogada em face do princípio da igualdade entre os filhos, instituído pela constituição federal de 1988, em seu art. 227, § 6º, preceito que retroage no tempo, alcançando todo o ordenamento jurídico e as relações estabelecidas. 2. Vedada qualquer discriminação, independente da origem da filiação - legítima, legitimada, adulterina ou adotiva, previstas no diploma civil revogado -, não pode haver distinção no respeitante à idade no momento da adoção - maior ou menor de idade -, aplicando-se a regra insculpida no art. 39, § 1º, do eca, que dispõe ser a adoção ato irrevogável. Apelo provido.⁴⁷

Ainda nesse sentido:

Agravo de instrumento. Alimentos provisórios. Filha menor de idade. Quantum arbitrado. Irresignação. Prole. Princípio da igualdade de tratamento. Artigo 227, § 6º, da constituição federal. Obrigação solidária entre o casal. Ponderação diante das peculiaridades do caso. Artigo 1.694, § 1º, do código civil. Recurso parcialmente provido. O princípio da igualdade de tratamento entre os filhos, insculpido no art. 227, § 6º, da constituição da república de 1988, pressupõe que a

⁴⁴ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de família*. São Paulo: Método, 2006. p. 30.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 323.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 321.

⁴⁷ BRASIL. Sétima Câmara Cível, *Apelação Cível Nº 70057352114*, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 07 maio 2014.

obrigação alimentar será prestada isonomicamente em relação a toda a prole, de modo a impedir qualquer diferenciação injustificada" (tjsc, ag n. 2012.039623-8, de lages, rel. Des. Henry petry junior, j. Em 12-9-2012). "os alimentos devem ser prestados na justa necessidade da criança alimentanda, não se podendo esquecer que a maternidade traz, em si, obrigação de prover a prole do conforto material de que necessita, nas medidas de suas forças. Impôr-se este ônus somente sobre os ombros do pai é esquecer-se da igualdade constitucional entre homens e mulheres⁴⁸

Nota-se que o princípio da igualdade entre os filhos é aplicado em diversos casos com conceitos diferentes. Ressaltando-se que o melhor entendimento é sempre o que aplica as normas de forma igual para todos os filhos.

1.4.3 Princípio da proteção integral a crianças e adolescentes

A CF/88 garantiu a crianças e adolescentes direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Em seu artigo 227 são consagrados como direitos fundamentais. Paulo Lôbo afirma que este princípio não é uma recomendação ética, mas uma diretriz determinante na relação entre pais e filhos.⁴⁹

Os direitos de crianças e adolescentes estão positivados não apenas na Constituição, mas também no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 1990. O ECA é a lei específica para garantir que os princípios fundamentais estão assegurados inclusive para os menores.⁵⁰

A implementação do leque de garantias e direitos dos menores deve ser assegurado pela família como prioridade. Mas a obrigação não é apenas familiar, também é da sociedade e, principalmente, do Estado. O Estado não pode permitir que o menor sofra privações em seus direitos garantidos, deve buscar seu melhor interesse em todos os momentos possíveis.⁵¹

Como a busca deve ser feita pelo melhor interesse da criança, e tal esforço é subjetivo e depende do caso concreto, não se pode afirmar que existe uma fórmula

⁴⁸ BRASIL. *Ag nº. 2011.057919-0*, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 26-4-2012.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 67.

⁵¹ *Ibidem*, p. 67.

absoluta para todas as situações. Não há como definir uma resposta e uma solução para todos os problemas.⁵²

Por isso a aplicação deste princípio vai de acordo com o caso concreto, com a situação que está sendo levada em consideração. Não há fórmula base, a única certeza que há é a de que deve ser aplicado da melhor maneira possível caso a caso.⁵³

Novamente, vejamos o entendimento dos tribunais quanto a aplicação deste princípio:

Recurso especial - aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção intuitu personae - aplicação do princípio do melhor interesse do menor - verossímil estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados - permanência da criança durante os primeiros oito meses de vida - tráfico de criança - não verificação - fatos que, por si, não denotam a prática de ilícito - recurso especial provido. I - a observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; ii - e incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. Desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; iii - em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade; iv - mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; v - o argumento de

⁵² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

⁵³ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006. p. 35.

que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; vi - recurso especial provido⁵⁴

E ainda:

Civil. Adoção. Adolescente que já se encontra na guarda dos adotantes por mais de cinco anos. Oposição da genitora. Situação de risco à integridade do menor configurada. Afetividade e condições para reassumir os cuidados com o filho não demonstrados. Parecer técnico favorável à adoção. Aplicação do princípio do melhor interesse do menor. 1. Impõe-se a manutenção da sentença que deferiu o pedido de adoção de criança encaminhada à instituição de abrigamento, sendo, posteriormente, entregue à família substituta, que mantém sua guarda há mais de cinco (5) anos, quando demonstrado nos autos que os pais biológicos - com grave envolvimento com substâncias entorpecentes - não possuem mínimas condições para cuidarem do filho, enquanto que os adotantes, segundo relatórios sociais elaborados pela equipe técnica da vij, são pessoas afetivas e têm atendido plenamente o menor em suas necessidades de cuidados, proteção e afeto, estando o infante bem inserido na família, e demonstrando estar vinculado ao casal adotante. 2. Recurso improvido. Sentença mantida.⁵⁵

Verificando os julgados acima, percebe-se que o melhor interesse da criança deve ser aplicado mesmo quando no caso concreto exista alguma inconsistência legal. O bem juridicamente tutelado é a criança e sua segurança, inclusive emocional.

1.4.4 – Princípio da paternidade responsável

Este é um princípio revestido de um caráter político e social imenso. Isso porque a irresponsabilidade paterna, somada a questões culturais e econômicas, tem gerado milhares de crianças na rua e nas casas de reabilitação social de menores. Dessa forma, apesar de se tratar de relações privadas é responsabilidade do Estado, também, assegurar o seu cumprimento.⁵⁶

⁵⁴ BRASIL. *REsp*. 837324 - RS RECURSO ESPECIAL REsp 1172067 MG 2009/0052962-4 (STJ) Ministro MASSAMI UYEDA.

⁵⁵ BRASIL. 4ª Turma Cível. *APC 20080130022997 DF* 0002281-40.2008.8.07.0013. TJDF. Desembargador Arnaldo Camanho de Assis.

⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 243.

O artigo 226, §7º e o artigo 229 da CF/88 demonstram a transformação da paternidade responsável como norma jurídica. Expressando o dever de cuidado como um princípio.⁵⁷

Importante ressaltar que não se trata apenas de assistência material, deve ser o cuidado emocional e afetivo também. Não adianta pagar estudo, saúde, lazer se não houver amor, cuidado, afeto.⁵⁸

Rodrigo da Cunha Pereira afirma:

O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma. Embora o direito não trate de sentimentos, trata dos efeitos decorrentes destes sentimentos. Afeição, segundo o Dicionário Aurélio, significa também instruir, educar, formar, dar feição, forma ou figura.⁵⁹

Portanto, resta claro que a assistência aos filhos não é faculdade e, sim, um dever jurídico. O descumprimento de tal dever pode ser considerado ato ilícito, motivo pelo qual pode gerar condenação ao pagamento de indenização.⁶⁰

O não cumprimento do dever de assistência pode ser considerado abandono e não há dúvida de que isso é causa de danos psicológicos e sociais. Esse motivo pode gerar indenizações.⁶¹

O princípio da paternidade responsável deve ser cumprido em todas as suas formas. Independentemente dos pais serem casados ou estarem juntos, os dois têm a obrigação jurídica de dar suporte, não só material, aos seus filhos.⁶²

1.4.5 Princípio da afetividade

Com o reconhecimento, pela CF/88, de que o afeto é o vínculo que une pessoas, inseriu-se tal instituto, o afeto, no ordenamento jurídico. Houve a

⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil Comentado* v. 16. São Paulo: Atlas, 2003. p. 50.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 327.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 246.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 250.

⁶¹ *Ibidem*, p. 253.

⁶² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 328.

constitucionalização de um modelo familiar com maior espaço para o afeto, que antes não era sequer considerado como parte integrante das relações.

Importante citar Maria Berenice Dias:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto.⁶³

Por isso passou-se a entender que o vínculo genético não poderia, por si só, ser a base para uma relação paterno-filial. Essa relação é consolidada cada vez mais a partir de laços afetivos, de carinho, amor, cuidado, proteção e doação entre “pais” e filhos que podem estabelecer vínculos que se equipararam ao vínculo biológico e já são amplamente aceitos pela sociedade.⁶⁴

Como já demonstrado em tópicos anteriores, o papel do pai na realidade social precisa ser reconhecido. O ditado popular que diz: “*Pai é quem cria*” tem ganhado força, inclusive, entre os doutrinadores, transformando a máxima, antes popular, em teoria jurídica elaborada.⁶⁵

A paternidade afetiva está baseada na posse do estado de filho, que significa, de forma ampla, ser tratado e reconhecido socialmente como filho. Embora não seja uma realidade jurídica, é uma realidade fática.⁶⁶

Não há uma legislação específica quanto ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, mas esta não pode mais ser ignorada. Tem sido necessário que sejam encontradas em jurisprudências ou doutrinas, soluções para o reconhecimento de tais relações.⁶⁷

⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 70.

⁶⁴ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de família*. São Paulo: Método, 2006. p. 38.

⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 215.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 214.

⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 215.

São necessárias neste momento a discussão e a criação de alternativas para que não seja marginalizado um fato social que já está presente em tribunais e é amplamente aceito pela sociedade.⁶⁸

Com o tempo, percebeu-se a importância da afetividade na relação paterno-filial. Logo, não se pode fechar os olhos para a existência de tal relação e nem para relevância no mundo moderno. Por esse motivo tem sido fundamento pra tantas discussões, análises e estudos.⁶⁹

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 337.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 338.

2 (IM)POSSIBILIDADE DE HIERARQUIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Os diferentes tipos de paternidade têm sido alvos de estudo desde que se percebeu a necessidade de acompanhar as mudanças que acontecem na sociedade. E, de fato, nem sempre a legislação consegue acompanhá-las.

Por isso, é necessário entender individualmente cada uma dessas formas de paternidade para depois entender o funcionamento e a, provável, hierarquia entre elas.

2.1 Critérios objetivos para definição da paternidade biológica

A paternidade biológica baseia-se no vínculo sanguíneo existente entre as pessoas que são consideradas pais e filhos e que possuem um elo genético eterno.

Para os doutrinadores civilistas brasileiros é entendimento, quase unânime que a filiação biológica funda-se no sangue dos pais, a carga genética que os une de uma forma única e indescritível.⁷⁰

Maria Berenice Dias afirma:

uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas.⁷¹

Os avanços tecnológicos permitiram que houvesse um maior reconhecimento à paternidade biológica. Hoje é possível com um exame de DNA ter a certeza da realidade genética, ou seja, comprovar o vínculo sanguíneo entre pai e filho.⁷²

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, traz as possibilidades de presunção de paternidade. Hoje as presunções são em menores chances haja vista o próprio exame de DNA.⁷³

⁷⁰ BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de Filiação*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 330.

⁷² TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006. p. 254.

⁷³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 221.

As presunções eram necessárias por estarem amparadas na máxima *a maternidade é sempre certeza, a paternidade é presunção*. Tal máxima perdeu, um pouco, a relevância nos dias de hoje, pois, de certa forma, até a maternidade tem sido investigada em alguns casos e, como já demonstrado, a paternidade não tem a necessidade de ser presumida, na maioria dos casos.⁷⁴

Apesar de ter perdido a fundamentação básica, as presunções ainda são necessárias, de forma clara, até mesmo para quem, por exemplo, recusa-se a fazer o exame de DNA. A edição da Súmula 301 do STF demonstra claramente isso: “*Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção jùris tantum de paternidade*”.⁷⁵

Dessa forma, percebe-se que ainda existe presunção de paternidade biológica. Entretanto, resta claro que a possibilidade de se comprovar o vínculo genético é mais real nos dias atuais. O elo sanguíneo é importante para todas as pessoas, é um direito.⁷⁶

2.2 Paternidade Registral

O registro de nascimento constitui a paternidade registral, que goza de presunção de veracidade e publicidade, conforme dispõe o artigo 1.603 do CC. O registro faz público o nascimento, tornando-o incontestável.⁷⁷

Perante a lei, o registro público faz prova de filiação voluntária, entretanto, não é a única forma de reconhecimento voluntário. Existem outras maneiras, tais como: escritura pública, testamento ou declaração voluntária perante juiz de direito, também são formas de reconhecimento voluntário.⁷⁸

Assim, os que se apresentam como pais diante de um oficial de registro civil, assim o são considerados para efeitos legais e perante a sociedade. Por conta

⁷⁴ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v. 5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006. p. 255.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 325.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. v. 5*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 333.

⁷⁸ LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil Comentado v. 16*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 84.

da presunção de paternidade, os filhos nascidos durante o casamento são presumidos e por essa razão não é necessária a presença de ambos os pais, basta que um vá e leve a certidão de casamento.⁷⁹

Já com os filhos nascidos fora do casamento, é necessária a presença de ambos os pais para que haja o registro. Caso compareça apenas a mãe e esta decline o nome do pai o registro não será imediato e se iniciará um procedimento administrativo de modo que este seja oficiado para que realize o reconhecimento.⁸⁰

O registro só pode ser considerado inválido em caso de erro ou falsidade, conforme preceitua o artigo 1.604 CC. Entretanto tal fato não pode ser impeditivo de se buscar a verdade real quanto à origem genética. Maria Berenice Dias afirma:

A só existência do registro não pode limitar o exercício do direito de buscar, a qualquer tempo, o reconhecimento da paternidade (CC 1.614). Assim, mesmo quem tenha pai e esteja registrado como filho de alguém, não está inibido de intentar ação investigatória de paternidade para conhecer sua ascendência biológica, havendo somente a necessidade de proceder à citação do pai registral.⁸¹

A chamada adoção à brasileira que é a prática de apenas registrar o a criança como se filho fosse, não constitui erro ou falsidade necessário para a anulação do registro. Não constitui falsidade quando a paternidade foi assumida de forma livre e voluntária, ou seja, quando a paternidade é assumida e exercida tendo, assim, a criança a posse do estado de filho, não cabe a desconstituição do registro.⁸²

De fato, a partir do momento em que há o registro público criam-se direito e deveres para os, agora, pais e filhos. É um ato jurídico perfeito.⁸³

2.3 Conceito Jurídico da Paternidade afetiva

Importante destacar que o estado de filiação decorre do nascimento, fato, ou da adoção, ato jurídico. Assim surge a paternidade, independentemente de ser biológica ou afetiva.

⁷⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 232.

⁸⁰ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006. p. 271.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 333.

⁸² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 238.

⁸³ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006. p. 274.

Dessa forma, é de se destacar Maria Berenice Dias, quando afirma:

Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica. Em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.⁸⁴

Embora a filiação ainda tenha como fundamento importante o componente biológico, não há como negar que a partir dos novos conceitos de família já vistos no capítulo anterior, pai deixou de ser, apenas, aquele com elo genético. E passou a ser reconhecido, também, como àqueles que possuem vínculos afetivos e sociais, mesmo quando não há a consanguinidade entre os indivíduos.⁸⁵

Eis o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias:

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.⁸⁶

Para a sociedade atual, pai deve ser aquele que desempenha o papel de protetor, educador, cuidador... Fica claro, portanto, que a partir do momento que a paternidade é exercida com todas essas funções, mesmo que sem elo sanguíneo, esta deve ser reconhecida.⁸⁷

Sobre tal ideia, surge o pensamento de Fernanda Otoni de Barros :

Todo laço revestido de afeto poderá ser chamado de laço familiar. Não é um espermatozoide que define o que é um pai e nem o fato de uma mãe gestar um filho em seu ventre que garante a maternidade. Também não veremos brotar da letra fria da lei, um pai, uma mãe, ou uma família para um filho [...]⁸⁸

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 320

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 338.

⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Constitucional à família: Um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional*. Revista Brasileira de Direito de Família. v. 23. p. 15

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 333.

⁸⁸ BARROS, Fernanda Otoni de. *Sobre o melhor interesse da criança*.

A realidade social da família precisa ser considerada, se toda a sociedade reconhece a posse do estado de filho naquele caso. Deve ser uma construção de realidade fática diária.⁸⁹

Importante ressaltar que a filiação afetiva encontra suporte no artigo 1.593 do CC: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Estabelece-se, assim, a possibilidade de haver parentesco civil de origem afetiva.⁹⁰

Em 1979, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, João Batista Villela já escrevia um artigo sobre a “desbiologização da paternidade”, no qual afirmava:

Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação⁹¹

Para Paulo Lobo, a relação socioafetiva deve possuir elementos determinados:

A relação de socioafetividade para ganhar status de paternidade exige a notada ocorrência dos elementos pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; a convivência familiar; estabilidade do relacionamento e afetividade⁹²

Como é possível notar, ter o elo sanguíneo é o suficiente apenas para a criação do parentesco; para a filiação, o vínculo de paternidade é necessário muito mais. Dessa forma, surge a paternidade afetiva, que consiste na criação de um vínculo paterno-filial por outros meios e não apenas pelo elo sanguíneo.

⁸⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 214.

⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil Comentado v. 16*. São Paulo: Atlas, 2003.

⁹¹ VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 71, p. 45-51, jul./set. 1980, p. 49.

⁹² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 217

2.4 Posse do Estado de Filho

A posse do estado de filiação refere-se à situação fática em que a pessoa vive o *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente de esta situação corresponder à realidade jurídica e legal.⁹³

Tal status é uma situação de fato, a indicação de uma relação de paternidade, uma presunção. Para que seja constituída, deve ser contínua e notória, ou seja, deve ser de conhecimento público e de longa duração.⁹⁴

Caio Mário Pereira da Silva afirma que a posse do estado de filho “significa desfrutar o investigante de uma situação equivalente à de filho”.⁹⁵ Por sua vez, Orlando Gomes define: “um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa”.⁹⁶

Nota-se com os conceitos que a posse do estado de filho não é considerada apenas para que seja reconhecida a filiação quando da falta do registro civil, como era feito no período de vigência do Código Civil de 1916. Na atualidade, é usado, em muitos momentos, para a caracterização da filiação afetiva.⁹⁷

A aparência do estado de filiação se dá pela convivência familiar, pelo efetivo cumprimento de obrigações dos pais para com o filho, pelo afeto existente na relação, ou seja, pelo comportamento de pai e filho adotado perante a sociedade em que vivem:

De modo geral, a doutrina identifica o estado de filiação quando há *tractatus* (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, e esta trata aqueles como seus pais), *nomen* (a pessoa porta o nome de família dos pais) e *fama* (imagem social ou reputação: a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade; ou as autoridades assim a consideram). Essas características não necessitam de estar presentes, conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido, em caso de dúvida.⁹⁸

⁹³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 214.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 337.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. v. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 376.

⁹⁶ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 324.

⁹⁷ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006. p. 254.

⁹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 215

A posse do estado de filho totalmente consolidada, não pode ser contestado em ação de investigação de paternidade fundada exclusivamente em prova genética. Assim, fica caracterizado que a partir do momento que a posse do estado de filiação está concretizada perante a sociedade, não há que se falar em relevância jurídica da genética.⁹⁹

2.5 Reconhecimento de Paternidade

O reconhecimento voluntário dos filhos consiste na manifestação por livre vontade dos pais para registro público de paternidade. Tal ato deve ser livre, pessoal, irrevogável e de eficácia *erga omnes*. No direito brasileiro atual, é considerado, ainda, personalíssimo, apresentando características de voluntariedade, irrevogabilidade e incondicionalidade.¹⁰⁰

Nesse sentido, importante destacar que “A possibilidade do reconhecimento do estado de filiação faz-se sem qualquer restrição.”¹⁰¹

Dessa forma, nota-se que o reconhecimento voluntário de paternidade independe de prova de vínculo genético. E como gera estado de filiação não pode estar sujeito a termo.¹⁰² Cabe lembrar que o tal ato é ato jurídico *stricto sensu* pois seus efeitos são os decorrentes de lei. Logo as partes não podem estipular deveres e direitos por livre vontade.¹⁰³

Como já demonstrado, o registro público só pode ser desconstituído se houver falsidade ou erro. A respeito, veja-se o que afirma Maria Berenice Dias afirma:

O filho registrado em nome de ambos os pais não pode ser reconhecido por outrem, pois (CC 1.604) ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. Não tem qualquer valor proceder a novo registro, pois prevalece o primeiro enquanto não desconstituído. O pedido de desconstituição do registro anterior pode

⁹⁹ Ibidem, p. 216.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 232.

¹⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil VI: Direito de família. Paternidade socioafetiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 343.

¹⁰³ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006. p. 273.

ser formulado na mesma demanda em que é pleiteada a declaração judicial do vínculo de filiação.¹⁰⁴

Nota-se que além do reconhecimento voluntário, há o reconhecimento forçado que decorre de determinação judicial, também é conhecido como ação investigação de paternidade.¹⁰⁵

Essa ação é investigatória, tem natureza declaratória e, por se tratar de estado de pessoas, não possui prazos decadenciais, nem prescricionais, sendo um direito indisponível e personalíssimo.¹⁰⁶

Dessa forma, assim como afirma Paulo Luiz Neto Lôbo, a ação investigatória não pode mais avaliar apenas a questão formal, apenas o vínculo biológico presente na demanda, analisa, também, a existência de vínculos afetivos e estado de posse de filho:

A ação não tem mais como finalidade atribuir a paternidade ou maternidade ao genitor biológico. Este é apenas um elemento a ser levado em conta, mas deixou de ser determinante. O que se investiga é o 'estado de filiação', que pode ou não decorrer da origem genética.¹⁰⁷

Cabe destacar que a investigação do estado de filiação tem como finalidade o reconhecimento forçado, por decisão judicial, pois não houve, anteriormente, o reconhecimento voluntário. Não cabe tal ação para impugnar paternidade já registrada com intuito de atribuir outra em seu lugar. Para tal vontade, deve-se instaurar procedimento para invalidação de registro civil.¹⁰⁸

Importante ressaltar que os únicos que não precisam ser reconhecidos formalmente por possuírem presunção legal de filiação, são os filhos havidos no casamento. Apesar de a união estável ter *status* de entidade familiar, como se casamento fosse, os filhos concebidos em sua vigência não possuem tal presunção, ou seja, precisam, necessariamente, ser reconhecidos.¹⁰⁹

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 345.

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 235.

¹⁰⁶ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006. p. 276.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 243.

¹⁰⁸ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006. p. 279.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 343.

2.6 A possibilidade de hierarquização entre as paternidades

Conforme já demonstrado, uma das grandes questões relacionada às mudanças ocorridas dentro das famílias foi a concepção de paternidade. A partir dessas novas ideias de família, pai deixou de ser, apenas, aquele que tem um elo biológico, genético, e passou a ser reconhecido também como àqueles que possuem vínculos afetivos e sociais, mesmo quando não há a consanguinidade entre os indivíduos.

A própria Constituição Federal de 1988 traz alguns dispositivos que abrem possibilidades para que haja o reconhecimento jurídico da paternidade biológica, logicamente, mas também da socioafetiva, deixando para a análise do caso concreto a responsabilidade de solucionar os conflitos existentes entre as filiações biológicas, afetivas e, ainda, as meramente registradas.¹¹⁰

Com os novos conceitos de paternidade e as novas formações familiares, criou-se uma discussão sobre a existência de hierarquia entre os diferentes modelos de filiação. Enquanto, de um lado, mostrava-se necessário o reconhecimento do elo socioafetivo como sendo suficiente para a criação da relação paterno-filial, por outro, reconhece-se que não pode ser esquecido ou abandonado o elo biológico existente entre dois indivíduos.¹¹¹

Percebeu-se que não é uma questão de simples análise do vínculo em si, a discussão abrange outros fatores mais importantes e complexos. Não há, hoje, como fazer uma análise fria, com uma resposta já pronta, um critério objetivo que deve ser preenchido apenas.¹¹²

¹¹⁰ PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. *A dignidade da pessoa humana, o afeto e as relações parentais: a multiparentalidade e seus efeitos*. Dissertação submetida ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção de Título de Mestre em Ciência Jurídica. Itajaí, Santa Catarina, 2012.

¹¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil VI: Direito de Família. Paternidade socioafetiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 140.

¹¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 337.

Até o presente momento, nem a doutrina, nem juristas, nem a jurisprudência tem uma solução, ou, ao menos, uma ideia para que a discussão tome um rumo sobre qual ligação parental deve prevalecer.¹¹³

Como já demonstrado, o vínculo biológico não pode mais ser exclusivo na concepção de paternidade. Mesmo que haja um elo genético, este não pode ser o único fator a ser analisado para o reconhecimento da relação pai-filho.¹¹⁴

A partir de toda a análise já realizada em torno do assunto, surgiram, nos últimos anos, inúmeros casos pedindo a declaração de prevalência de uma ou outra espécie de vínculo de filiação. E cada vez mais existe a necessidade da definição de quais critérios a serem usados para tal escolha.¹¹⁵

O que se conseguiu perceber, até agora, é que as análises devem ser feitas de acordo com os casos concretos. Inclusive com muito cuidado, pois uma decisão, pendendo para qualquer dos lados, pode gerar consequências no mundo jurídico, diferentes das realidades sociais existentes.¹¹⁶

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a paternidade era definida por um viés único, o nascimento do filho se dar durante a vigência do casamento. Só era considerada válida a paternidade biológica.¹¹⁷

Hoje, após a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, não há mais que se falar em viés único, ou seja, um único critério para a definição da paternidade. O que tem sido feito atualmente, é a análise do caso concreto. Qual a paternidade que deve ser aplicada caso a caso.¹¹⁸

Conforme precursoramente anunciou Luiz Edson Fachin:

¹¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Constitucional à família: Um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, p.15, 2004. v.23.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 340.

¹¹⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 236.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 340.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 196.

¹¹⁸ FACHIM, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 144.

[...] é tempo de encontrar, na tese (conceito biologista) e na suposta antítese (conceito socioafetivo), espaço de convivência e também de dissociação.¹¹⁹

Para se ter uma ideia de como a questão não possui entendimento consolidado em uma única direção, eis, a título exemplificativo, duas decisões da 4ª Turma Cível do STJ: a mesma turma tomou, em dois casos similares, decisões diferentes. Em uma a opção foi pelo reconhecimento do vínculo genético¹²⁰ e em outra a decisão foi pelo vínculo afetivo.¹²¹ Isso só demonstra como nada está de fato definido quanto à hierarquização entre a paternidade biológica e a afetiva.

A título argumentativo, eis trechos das decisões acima citadas para que se perceba a problemática indicada em cada um dos acórdãos, respectivamente:

É preciso investigar a existência de paternidade socioafetividade. O registro da paternidade não permite presumir a existência de socioafetividade. Mas mesmo que o fizesse, essa presunção seria relativa e não absoluta, pelo que necessária a instrução probatória.¹²²

E ainda:

[...]é genitor quem contribui com a carga genética, mas é pai quem cria e protege, dedicando seu sentimento a quem registra espontaneamente e cuida durante vários anos [...]¹²³

Os doutrinadores e juristas não encontram uma forma de delinear, ao menos, os critérios básicos para que seja realizada uma análise caso a caso. Para isso os critérios usados são apenas os princípios determinados no ordenamento jurídico moderno.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça criou um critério básico para essa avaliação: quem solicita o reconhecimento, se o pai ou o filho. A partir disso tenta tomar suas decisões, ainda assim distante de um consenso.¹²⁴

¹¹⁹ Ibidem, p.172.

¹²⁰ BRASIL. Quarta Turma Cível, STJ. *REsp 1.167.993*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

¹²¹ BRASIL. Quarta Turma Cível, STJ. *REsp 1.059.214*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

¹²² BRASIL. 8ª Câmara Cível, TJRS. *Apelação Cível nº 70015137169*. Rel. Rui Portanova, julgado em 26 out. 2006.

¹²³ BRASIL. 7ª Câmara Cível, TJRS. *Apelação Cível nº 70009571142*. Rel. Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 01 dez. 2004.

¹²⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *A socioafetividade nas relações de parentalidade*. Estado da Arte nos Tribunais Superiores. 2013, nº 36, p. 55.

Porém esse critério está bem longe de ser agradável aos olhos dos doutrinadores e juristas, e de ser aceito por todos os âmbitos do sistema judiciário. Ou seja, está longe de ser um consenso.¹²⁵

Existem três posicionamentos principais que criticam a tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro dos posicionamentos divergentes alega que esse entendimento é retrógrado por subvalorizar a verdade do vínculo socioafetivo, pois considera apenas a ideia do direito ao reconhecimento da ascendência genética:

Não se mostra razoável apagar uma realidade parental (registral e socioafetiva) que prevaleceu faticamente e foi vivenciada pela partes por décadas, de forma pública, harmoniosa, contínua e duradoura. Por mais que o pedido de declaração de nulidade parta do filho (adulto), a situação deve ser apreendida como um todo, a partir da realidade fática inerente àquele caso concreto.¹²⁶

Outros teóricos afirmam que a afetividade é mais importante que a consanguinidade e por isso deve, sim, ser mais valorizada. O que, para eles, não ocorre com a aplicação do entendimento do STJ, conforme mostra o entendimento de João Baptista Villela:

A consanguinidade tem, de fato e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança.¹²⁷

Há, ainda, uma terceira teoria possível e defendida por outros doutores de direito de família que vem sendo estudada, discutida e até já aplicada em alguns casos. É a chamada multiparentalidade, que consiste no reconhecimento das duas filiações ao mesmo tempo. O 'filho' tem em seu registro os dois pais, o afetivo e o biológico. Esse modelo pode ser usado em casos muito específicos e ainda não é aceito por uma parte considerável de juristas e doutrinadores. E mesmo os doutrinadores que aceitam esse modelo como solução, aceitam-no como exceção a casos específicos.¹²⁸

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 340.

¹²⁶ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *A socioafetividade nas relações de parentalidade*. Estado da Arte nos Tribunais Superiores. 2013, nº 36, p. 55.

¹²⁷ VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de Família*. Cadernos jurídicos, São Paulo, v.3, n. 7, jan./fev. 2002, p. 95.

¹²⁸ PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. *A dignidade da pessoa humana, o afeto e as relações parentais: a multiparentalidade e seus efeitos*. Dissertação submetida ao Programa de Mestrado em Ciência

Cabe, nesse momento, explicar esta última tese. A multiparentalidade significa a legitimação no campo jurídico de uma realidade fática. Reconhecer o elo afetivo sem afastar o vínculo biológico:

[...] não há como deixar de reconhecer que a multiparentalidade será, em breve, mais comum do que se imagina, na medida em que, em determinados casos, é a única forma de garantir interesses dos atores envolvidos nas questões envolvendo casos de filiação, albergando-lhes os princípios constitucionalmente e eles garantidos da dignidade da pessoa humana e da afetividade.¹²⁹

Dessa forma, percebe-se que a hierarquização não é objetiva, existe e é aplicada no caso concreto, mas depende apenas da análise da situação em si. Não há uma resposta clara para a hierarquização, apenas subjetiva, devendo ser analisada cada situação particular, respeitando o caso concreto.

Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção de Título de Mestre em Ciência Jurídica. Itajaí, Santa Catarina, 2012.

¹²⁹ Ibidem.

3 ANÁLISE DE JULGADOS

As teses demonstradas nos capítulos anteriores têm sido aplicadas com frequência em julgados de diferentes tribunais pelo país. Com o intuito de validar e evidenciar a aplicabilidade de todas as questões teóricas já debatidas devemos analisar os julgamentos dos casos concretos.

Dessa forma, a decisão da Ilma. Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, no REsp nº 1.401.719/MG será analisada de forma mais detalhada para que se compreenda o critério utilizado.

No caso em questão, o recorrente é o pai biológico, ressaltando-se que o filho ingressou com ação de reconhecimento de paternidade após já ter o conhecimento de que a pessoa que o registrou e o criou não era seu pai genético.

O Tribunal de origem reconheceu o vínculo genético e o dever de registro do pai biológico, apesar da existência evidente da paternidade afetiva com o pai registral. Todas as provas acostadas aos autos comprovavam a existência de vínculo afetivo e reconhecimento da sociedade quanto à paternidade ser de quem o registrou.

Já na ementa do julgado percebem-se alguns dos princípios utilizados para, neste caso concreto, determinar a prevalência do vínculo biológico independentemente da existência da paternidade afetiva. Vejamos:

Família. Filiação. Civil e processo civil. Recursospecial. Ação de investigação de paternidade. Vínculo biológico. Paternidade socioafetiva. Identidade genética. Ancestralidade. Artigos analisados: arts. 326 do cpc e art. 1.593 do código civil. 1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002. Recurso especial concluso ao gabinete em 16/03/2012. **2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica.** 3. Inexiste ofensa ao art. 535 do cpc, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado,

assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 6. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 7. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética. 9. Recurso especial desprovido."¹³⁰ (grifo nosso)

Importante destacar que, no caso em apreço, o filho somente teve conhecimento quanto a sua real filiação após a morte do pai afetivo e, só então, requereu o reconhecimento de seu vínculo genético.

Dessa forma, apesar de defender o vínculo afetivo existente entre o pai registral, já falecido, e o filho, ora autor da ação, a Ilma. Ministra Relatora assim fundamentou seu voto para a prevalência de paternidade em casos em que há controvérsias a esse respeito:

18. Entretanto, é importante mencionar que a prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às *pretensões negatórias de paternidade*, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.

19. Com efeito, o destaque é para a tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade/maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança (ainda que já se encontre na fase adulta) preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade.¹³¹

O direito ao conhecimento da origem genética e à construção da identidade tem prevalecido nos tribunais. Por tal razão, um dos critérios para a definição de hierarquia tem sido: quando é o filho que ingressa com ação de reconhecimento de

¹³⁰ BRASIL. REsp 1.401.719/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08 out. 2013, DJe de 15 out. 2013.

¹³¹ Ibidem.

paternidade biológica, mesmo que haja um pai registrado em sua certidão de nascimento. O direito quanto ao conhecimento de sua parentalidade genética é evidente, independentemente do vínculo afetivo já existente.¹³² Assim é defendido no voto ora analisado:

Por outro lado, se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.¹³³

Dessa forma, nota-se a aplicação do direito à identidade genética no julgado em questão. Entende-se que tal direito legalmente previsto não pode ser esquecido para a aplicação do princípio da afetividade.

No caso em análise, foi respeitado o direito do filho de ter reconhecida sua identidade genética e seu pai biológico, apesar de possuir um registro em nome de outro pai, aquele que o criou.

A Ilma. Ministra relatora defende que o direito ao conhecimento da realidade genética é parte integrante do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, por isso, não pode, de forma alguma, ser negado em razão de uma realidade afetiva e do não conhecimento da realidade genética.

Consigne-se, ainda, que, não obstante as alegações do recorrente, não há nenhum dado a revelar que, na presente ação, os propósitos e interesses do recorrido, com o reconhecimento da paternidade, sejam meramente patrimoniais. E, de todo modo, ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética.

28. Conclui-se, portanto, pela possibilidade de investigação de paternidade mesmo na hipótese de existência de vínculo socioafetivo com o pai registrário, pois o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana.¹³⁴

¹³² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 346.

¹³³ BRASIL. *REsp 1.401.719/MG*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08 out. 2013, DJe de 15 out. 2013.

¹³⁴ *Ibidem*.

Por tais razões, no caso em questão, apesar da existência de uma realidade afetiva e de um dissenso entre a paternidade afetiva e biológica, a Ilma. Ministra Relatora decidiu pela prevalência do vínculo biológico. Os ministros que participaram da sessão votaram acompanhando a relatora sem ressalvas.

Conforme já demonstrado, há de ser considerado o melhor interesse do menor, mesmo que a ação tenha sido ajuizada depois de decorrido a menoridade. Sendo assim, para que isso aconteça, deve ser analisada a realidade fática existente no caso concreto.

Para demonstrar que o julgado acima, de relatoria da Ilma Ministra Nancy Andrichi, não constitui entendimento considerado nos tribunais, analisaremos, nesse momento, o Resp. nº 1444747/DF tendo como relator o Ilmo. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Neste caso, o pai afetivo ingressou com ação de adoção do filho afetivo, ou seja, deseja que a realidade fática se transforme em realidade jurídica. O pai biológico, apesar de registrar a criança, não teve contato com o filho por mais de 12 anos, tendo o autor da ação, o pai afetivo, assumido todas as funções e obrigações de pai para com a criança.

No momento em que ingressa com a ação o filho, já maior de idade, consente com o desejo de seu pai (afetivo). A genitora do adotando também demonstra seu consentimento, haja vista, que esta já é a realidade fática familiar.

O pai biológico, que não tem contato com o filho há anos contesta a ação declarando não autorizar tal ato por ser o possuidor do vínculo genético com o adotando.

Entretanto o tribunal de origem entendeu que a realidade fática deve ser mantida no âmbito jurídico, não havendo possibilidade de alguém que não possui elos de carinho, cuidado e afetividade alterar tal situação.

O Ilmo. Ministro Relator do Resp entende, conforme demonstrado na própria ementa do julgado, que a partir do momento que está estabelecido o vínculo afetiva o pai biológico não pode refutar sem justa causa tal reconhecimento. Vejamos:

Recurso especial. Direito civil. Família. Adoção. Violação do art. 45 do estatuto da criança e do adolescente. Não ocorrência. Paternidade socioafetiva demonstrada com o adotante. Melhor interesse do

adotando. Desnecessidade do consentimento do pai biológico. 1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva. 2. O eca deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal. 3. A realidade dos autos, insindicável nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade. 4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade. 5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do código civil). 6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado. 7. Recurso especial não provido.¹³⁵ (grifo nosso)

Apesar de o presente trabalho não tratar de adoção, a análise deste julgado será realizada sob o aspecto da existência de vínculo afetivo entre as partes e de que, na hipótese, a adoção se dará por meio do reconhecimento da existência de tal elo.

Para que isso ocorra, todas as leis e entendimentos atuais devem ser aplicados ao caso concreto de acordo com os princípios e valores do direito de família. Deve-se, portanto também analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente tendo em vista a intenção do legislador.

Tal entendimento é exposto pelo Ministro Relator em seu voto:

Com efeito, no confronto das formalidades legais com os vínculos de afeto criados entre os adotantes e a infante, os últimos devem sempre prevalecer. Diante dessas considerações, declarar a nulidade do processo de adoção, notadamente diante dos elementos de prova coletados durante a instrução do feito - termo de anuência apresentado pela mãe biológica, depoimentos das testemunhas, relatório social e situação de fato estabelecida há aproximadamente 13 (treze) anos -, postergando sem justificativa a regularização da situação da infante, não condiz com os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹³⁶

¹³⁵ BRASIL. REsp: 1444747 DF 2014/0067421. STJ, Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Data de Julgamento: 17 mar. 2015, T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 23 mar. 2015.

¹³⁶ Ibidem.

Destaca-se que no presente caso o entendimento foi diverso do caso anterior. Não obstante o conhecimento de que o pai afetivo e o pai biológico são pessoas distintas e de ter a certeza de quem é o pai biológico, o princípio da afetividade foi aplicado de forma ampla.

Sendo assim, apesar do direito à identidade genética, o melhor interesse do menor, no caso o filho, suplantou-o tal direito. Tendo em vista a vontade deste. O pai que o criou, seu pai afetivo, deveria ser seu pai, na visão do próprio menor. Assim, transformaria a realidade fática da família em realidade jurídica.

A aplicação de qualquer das leis existentes no ordenamento jurídico quanto a hierarquização de paternidade afetiva e paternidade biológica deve ser realizada de acordo com o melhor interesse do menor e com a preservação da realidade fática já existente.

Não restam dúvidas de que no caso em questão a prevalência da paternidade afetiva, permitindo a adoção, foi uma clara preservação da realidade familiar, conforme já demonstrado.

No caso em análise o pai biológico possuía as condições para exercer suas funções e direitos como pai e, mesmo assim, recusou-se a desempenhá-las. Por tal razão, o pai afetivo cumpriu com todos os deveres e direitos, sendo reconhecidamente o pai da criança.

De acordo com o demonstrado durante todo o trabalho, outro princípio fundamental para a análise no caso concreto é da paternidade responsável. O pai afetivo escolheu ser pai, mesmo sem nenhuma obrigação de sê-lo e, por outro lado, o pai biológico escolheu não exercer sua função, mesmo com a obrigação existente e tendo conhecimento de tal dever.

Importante destacar a necessidade demonstrada em ambos os julgados analisados neste capítulo de que haja um cuidado para que a decisão não seja meramente uma análise de lei seca. Deve ser uma aplicação da lei em conformidade com os princípios que regem as relações paterno-filiais bem como com a realidade fática do caso concreto.

Dessa forma, apesar de a justiça acreditar que o vínculo afetivo deve ter um peso na análise do caso concreto, por ser uma escolha das partes e não uma obrigação legal, entende também que não se pode desconsiderar o DNA de imediato.

A despeito de toda a importância da afetividade na sociedade nos dias atuais, o DNA ainda é fundamental para a criação da paternidade. As duas – paternidade afetiva e paternidade biológica - devem coexistir, sendo que deverá ser analisado qual a melhor solução para a resolução da situação fática.

Ambas as formas de vínculo paterno-filial são fundamentais para as relações familiares. Encontram-se na mesma pessoa é o ideal entretanto se presentes em pessoas distintas e se, em algum momento, colidem faz-se necessária a análise de prevalência.

Destaca-se que não há como se falar em regra única e absoluta quanto a tal prevalência. O que é fundamental para responder a questão da hierarquização é o estudo do caso concreto.

Assim, a realidade é que não há resposta definitiva para questões tão amplas quanto relações familiares. O caso concreto sempre deverá ser o analisado de acordo com os pressupostos, princípios e regras básicas que ditam tais vínculos.

CONCLUSÃO

A afetividade passou a ser considerada fundamental para a análise das relações humanas principalmente quando se refere as relações familiares. Apesar da mudança do conceito de família com o passar do tempo, os princípios em que se baseia não foram mudados mas, sim, sua aplicação.

Os princípios norteadores do direito de família continuam sendo os mesmo, justamente por serem princípios. Entretanto, sua forma de aplicação foi modificada. Um grande exemplo é o próprio princípio da afetividade, que passou a ser valorado de forma diferente e em uma proporcionalidade maior em casos pertinentes.

Doutrinadores e juristas concordam que todos os princípios norteadores devem ser aplicados de forma consciente. Os princípios do melhor interesse do menor e da afetividade devem ser sempre levados em consideração na análise do caso concreto.

Ainda não há um consenso entre os estudiosos sobre situações em que a genética e o afeto estão presentes em pessoas diferentes em se tratando de relações paterno-filiais.

A jurisprudência está longe de ter um entendimento pacífico quanto a estes casos. Conforme demonstrado durante o trabalho, os tribunais se dividem quanto a melhor maneira de resolver o problema.

Existem algumas formas de resolução que vem sendo aplicadas em casos concretos na tentativa de que a realidade fática se transforma na realidade jurídica.

Alguns entendem que o vínculo genético deve ser sempre praticado por defenderem o direito à identidade genética de cada indivíduo. Afirmam que existe uma hierarquia e o DNA é mais importante.

Outros justificam que o afeto é fundamental para a criação da relação filial. Para o mundo moderno, afeto, cuidado, carinho são mais importantes, segundo estes, que o simples fato de se possuir o elo biológico.

Apesar de não ter sido o objeto da presente pesquisa, importante destacar que existe, ainda, uma terceira corrente que defende a multiparentalidade, ou seja, o reconhecimento de ambas as paternidades. Porém, mesmo os defensores dessa

solução advertem que deve ser aplicada apenas em casos específicos, sendo, assim, uma exceção.

Como se pode perceber, não existe como dar critérios objetivos para analisar relações tão subjetivas como pais e filhos. A realidade é que a hierarquização só pode ocorrer a partir do caso concreto, ou seja, dos sentimentos dos indivíduos presentes naquele contexto familiar.

REFERÊNCIAS

BARROS, Fernanda Otoni de. *Sobre o melhor interesse da criança*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=27>> Acesso em: 28 de agosto de 2014.

BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de Filiação*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

BRASIL. STJ - *AgRg no REsp: 678600 SP 2015/0053479-2*, Relator: Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 26 maio 2015, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 24 jun. 2015.

_____. *AgRg nos EDcl no AREsp 236.958/CE*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. Julgado em 18 fev. 2014. DJe de 05 mar. 2014.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *A socioafetividade nas relações de parentalidade*. Estado da Arte nos Tribunais Superiores. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.out.-nov. 2013. ANO XV, nº. 36.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIM, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Constitucional à família: Um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, 2004. v.23.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de família. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 5. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). Código Civil Comentado v. 16. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito ao estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Anais. IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. *A dignidade da pessoa humana, o afeto e as relações parentais: a multiparentalidade e seus efeitos*. Dissertação submetida ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI , como requisito parcial à obtenção de Título de Meste em Ciência Jurídica. Itajaí, Santa Catarina, 2012.

TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil VI: Direito de Família. Paternidade socioafetiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de Família*. Cadernos jurídicos, São Paulo, v.3, n. 7, jan./fev. 2002.

_____. *Desbiologização da Paternidade*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 71, p. 45-51, jul./set. 1980.