



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

GIOVANA NÓBREGA SOUZA

**A PATERNIDADE SOCIOAFEIVA E A POSSIBILIDADE DA SUA
DESCONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.404 – RS**

Brasília

2015

GIOVANA NÓBREGA SOUZA

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DA SUA
DESCONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.404 – RS**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do bacharelado no curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Professor Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota

Brasília

2015

GIOVANA NÓBREGA SOUZA

**TÍTULO A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DA SUA
DESCONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.404 – RS**

Monografia apresentada como requisito para a
obtenção do bacharelado no curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Professor Doutor Pablo Malheiros da
Cunha Frota

Brasília, 29 de setembro de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Orientador

Prof. Examinador

Examinador

Prof. Examinador

Examinador

Brasília

2015

RESUMO

O Superior Tribunal de Justiça nos autos de uma ação negatória de paternidade, desconstituiu a paternidade existente entre o pai, polo ativo da demanda, e o filho, polo passivo, depois de 6 anos de convívio entre as partes. No referido caso, o autor alegou ter sido enganado pela mãe da criança, já que registrou o filho acreditando ser o seu pai, pois na data do nascimento mantinha união estável com a ex-companheira. Esse foi o embasamento utilizado pelo STJ para autorizar a desconstituição e rechaçar a alegação de paternidade socioafetiva trazida pelo réu: o vício de consentimento existente no registro da criança, uma vez que para que seja constituída a paternidade socioafetiva é necessário a declaração de vontade voluntária e consciente do pai, livre de vícios. Esse julgamento foi o objeto de análise do presente trabalho. Inicialmente, discorreu acerca da constitucionalização do direito privado, em especial do direito das famílias e como ela foi essencial para que a afetividade tivesse reconhecimento jurídico, posteriormente delimitou se a afetividade é um princípio do direito das famílias ou apenas um valor jurídico a ser observado. Discutiu acerca da Doutrina da Proteção Integral, em especial os Princípios da Proteção Integral da Criança e do Adolescente e o do Melhor Interesse do Menor. Por fim, debateu acerca dos dois posicionamentos divergentes sobre o julgamento analisado: manutenção ou não do nome do pai no registro de nascimento do menor e se chegou a conclusão que mais correta foi a decisão tomada pelas instâncias inferiores ao rechaçar o pleito autoral e manter o nome do pai registral na certidão de nascimento do menor. Como marco teórico, será utilizada a doutrina constitucional e civilista brasileira, a doutrina relativa ao Estatuto da Criança e do Adolescente, além das leis e da jurisprudência acerca do assunto abordado. A metodologia empregada será o estudo bibliográfico e jurisprudencial.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito privado. Afetividade. Doutrina da Proteção Integral.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2 – O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA AFETIVIDADE NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	8
2.1 – A mudança no Direito das Famílias após a promulgação da Constituição Federal de 1988 ..	10
2.2. O resultado da “constitucionalização” do direito privado na legislação civilista brasileira	12
2.3 – O acolhimento da afetividade no trato das relações familiares: princípio ou valor relevante a ser observado?	14
3 – A PRIORIZAÇÃO DO BEM-ESTAR E DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	23
3.1 – Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: a titularização de direitos pelas crianças e adolescentes	25
3.2 – Os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente	29
3.3 – A implementação da Doutrina da Proteção Integral e a possibilidade da filiação socioafetiva	35
4 – O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.404 – RS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	39
4.1. O desenrolar processual da ação negatória de paternidade	40
4.2. A desnecessidade da afetividade à época da discussão da filiação	43
4.3. O vício de consentimento e a sua impossibilidade de ocasionar a desconstituição da paternidade	45
4.4. A influência da doutrina da proteção integral para o correto julgamento do caso	46
5. CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	51

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o Recurso Especial nº 1.330.404 – RS que autorizou a desconstituição de paternidade depois de 6 anos de convívio entre as partes: pai registral filho. Os julgamentos em primeira e segunda instância foram favoráveis ao filho, ora réu, vez que afirmaram estar consolidada a paternidade socioafetiva e por isso a desconstituição pleiteada não seria possível.

Em contrapartida, o STJ acolheu o pedido autoral e autorizou a desconstituição da paternidade, por considerar que a filiação socioafetiva não havia se formado, já que foi fruto de erro, um vício de consentimento que macula um dos pressupostos para a formação da socioafetividade: a livre manifestação de vontade do pai, que por ter sido enganado por sua ex-companheira, registrou o menor acreditando se ele seu filho biológico.

Ademais, alegou também que as partes, pai e filho, não convivem mais desde a descoberta da traição que ocorreu quando a criança contava com apenas 6 anos, atualmente encontra-se com 15 anos, ou seja, não há convívio entre as partes para sustentar a alegação de paternidade socioafetiva.

Nesse contexto, a parte inicial do estudo em voga demonstrará o trajeto da afetividade para ser reconhecida juridicamente no ordenamento pátrio, que se iniciou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e continuou com a criação do Código Civil de 2002 e de novas leis que abordam o tema.

Objetivando simplificar o entendimento do assunto, antes de adentrar no estudo em si, será feita uma breve explicação sobre a diferença entre afetividade subjetiva e objetiva.

Superada essa diferenciação, o assunto principal que será tratado nesse momento inicial é a “constitucionalização” do direito das famílias que se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tal fenômeno diz respeito a grande carga social e humanitária trazida pela CF/88 ao direito brasileiro, refletindo, especialmente, nos institutos do direito das famílias, fazendo com que esse ramo do direito civil refletisse os direitos fundamentais e os princípios estabelecidos constitucionalmente, resultando em normas que resguardam, por exemplo, a dignidade da pessoa humana; que estabelecem a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, estabelecem também o melhor interesse da criança, a socioafetividade, etc.

Ainda a esse respeito, será abordado como a afetividade foi recepcionada pelo ordenamento pátrio, se ela é considerada um princípio do direito das famílias ou apenas um valor jurídico a ser observado. Concluir-se-á, após analisar leis e posicionamentos doutrinários acerca do tema, que o posicionamento que melhor coaduna com a realidade da legislação brasileira é o que defende o caráter principiológico da afetividade.

Posteriormente, tratar-se-á da doutrina da proteção integral presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, que surgiu na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e foi inserida no ordenamento pátrio com a promulgação da CF/88.

Nesse diapasão, o estudo se centralizará nos princípios advindos da referida doutrina, em especial o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da prioridade absoluta e também em como essa doutrina reforçou a possibilidade da filiação socioafetiva.

Por fim, será exposto de maneira detalhada o desenrolar processual do Recurso Especial objeto do estudo e em seguida, serão expostos os dois posicionamentos controvertidos acerca do caso: manter ou não o nome do pai no registro de nascimento da criança.

Mostra-se relevante o estudo do recurso especial objeto da presente monografia, vez que a situação dos autos, infelizmente, é comum em nossa sociedade. Porém apesar de ser comum, há fortes posicionamentos de ambos os lados, e foi objetivando analisar esses posicionamentos que o tema desse trabalho foi escolhido.

Outrossim, o tema filiação socioafetiva e todas as suas nuances é atual, e está fortemente presente em nossa sociedade, visto que são inúmeras as famílias que tem como elo formador apenas a afetividade, sendo assim, o estudo de qualquer situação que envolva o citado tema torna-se necessário e importante já que influência com tanto vigor a sociedade brasileira.

Como marco teórico, será utilizada a doutrina constitucional e civilista brasileira, a doutrina relativa ao Estatuto da Criança e do Adolescente, além das leis e da jurisprudência acerca do assunto abordado. A metodologia empregada será o estudo bibliográfico e jurisprudencial.

2 – O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA AFETIVIDADE NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA¹

Antes de adentrar no estudo da afetividade no direito brasileiro, em especial no direito das famílias, é necessário delimitar o conceito de afetividade que será abordado. A afetividade se subdivide em objetiva e subjetiva. A subjetiva é o afeto propriamente dito, o sentimento de amor existente entre as pessoas, logo, por ser um elemento subjetivo, que só diz respeito ao íntimo de cada um, não pode ser regulado pelo Direito. Já a afetividade objetiva, é um dever jurídico imposto aos pais e filhos, sendo prescindível a existência de afeto real entre eles². Conforme explica Paulo Luiz Netto Lôbo “a afetividade não se confunde com o fato psicológico ou anímico do afeto, pois aquela, diferentemente deste, é um dever-ser e não apenas um ser.”³ Buscando aclarar ainda mais essa definição de afetividade, o citado autor também ensina que:

“A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com o afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental. [...] Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si [...].”⁴

Depreende-se da explicação que a afetividade objetiva não se confunde com o afeto (afetividade subjetiva) e não depende da vontade dos sujeitos, é um dever decorrente da relação familiar, significa o cuidado, a atenção que os pais devem ter com seus filhos, e vice-versa, zelando pelo seu bem-estar, pelo seu crescimento saudável, e buscando a realização dos direitos fundamentais de seu filho previstos no art. 227, Constituição Federal de 1988 (CF/88)⁵. Conforme definiu sabiamente a Ministra Nancy Andrighi: “amar é faculdade, cuidar é dever.”⁶

¹ Nesse estudo, entende-se por contemporâneo o período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um conceito fundamental. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 5, p. 5-22, ago./set. 2008.

³ Ibidem.

⁴ Idem.

⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁶ STJ. Recurso Especial 1159242 / SP (2009/0193701-9), Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., por maioria, julgamento em 24/04/2012.

Apesar do afeto não se confundir com a afetividade, os dois podem estar presentes na relação familiar, e isso é o desejável, uma família onde os seus integrantes cumprem os seus deveres de cuidado um com outro e também nutrem um sentimento de afeto pelos seus familiares.

Nesse trabalho, será abordado a face objetiva da afetividade, pois, como dito anteriormente, o Direito não pode regular o afeto. Isto posto, passa-se agora para a explicação do que será tratado no presente capítulo.

Pretende-se nesse capítulo demonstrar o trajeto da afetividade para ser reconhecida juridicamente no ordenamento pátrio, que se iniciou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e continuou com a criação do Código Civil de 2002 e de novas leis que abordam o tema.

O assunto principal que será tratado é a “constitucionalização” do direito das famílias que se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tal fenômeno diz respeito a grande carga social e humanitária trazida pela CF/88 ao direito brasileiro, refletindo, especialmente, nos institutos do direito das famílias, fazendo com que esse ramo do direito civil refletisse os direitos fundamentais e os princípios estabelecidos constitucionalmente, resultando em normas que resguardam, por exemplo, a dignidade da pessoa humana; que estabelecem a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, estabelecem também o melhor interesse da criança, a socioafetividade, etc.

O resultado dessa “constitucionalização” e das novas relações familiares que estavam surgindo na sociedade brasileira, foi a necessidade da criação de uma nova lei civil, pois o Código Civil de 1916 (CC/16), vigente a época da promulgação da CF/88, não mais harmonizava com os valores introduzidos pela Constituição, uma vez que tinha nítido caráter patrimonial e em relação a família o que era protegido eram os interesses do homem, na condição de marido e pai, e também o patrimônio construído pela família; além disso não havia igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher.

Criou-se então o Código Civil de 2002 (CC/02) que tirou o patrimônio do centro da relação familiar e colocou os seus membros no lugar, reconhecendo-os como pessoas humanas titulares de direitos, através da imposição de valores essenciais a família, tais como: a afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, igualdade, solidariedade, carinho e qualquer outra característica relacionada ao respeito mútuo.⁷ Além do CC/02 foram criadas leis esparsas que preveem a

⁷ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 76

afetividade em seu texto, como por exemplo a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e a Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/2008).

Após mostrar como a afetividade foi abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, com a promulgação da CF/88 e anos depois com o CC/02, além das leis esparsas; se mostra necessário para o prosseguimento do estudo, estabelecer se a afetividade é um princípio ou apenas um valor jurídico a ser observado, tal discussão é necessária pois a afetividade não é expressamente tratada como um princípio, sua previsão na Constituição é apenas implícita e o Código Civil de 2002 a cita pontualmente. Para fixar essa qualidade da afetividade serão trazidos posicionamentos doutrinários, julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), e textos de lei esparsas que abordam o assunto.

2.1 – A mudança no Direito das Famílias após a promulgação da Constituição Federal de 1988

A família sofreu profundas mudanças ao longo do tempo, e por consequência, as leis que a regulam também tiveram que mudar para se amoldar ao momento social vivido. No plano constitucional, em especial, foi notória a mudança no trato das relações familiares, o Estado, antes ausente, volta sua atenção à família, resultando numa progressiva tutela constitucional. Percebe-se essa mudança de tratamento da família ao analisar as Constituições de 1824 até a atual: as Constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. Em sentido diametralmente oposto, as Constituições de 1934 a 1988 têm em seu texto normas explícitas destinadas às famílias⁸ e o ápice dessa tutela constitucional se deu com a CF/88 que ampliou a proteção despendida pelo Estado à família, promovendo grande transformação no direito das famílias.⁹

Ao reflexo da CF/88 nas leis civis relativas às relações familiares deu-se o nome de “constitucionalização” do direito das famílias, tal fenômeno diz respeito a grande carga social e humanitária trazida pela Constituição ao direito brasileiro, em especial, aos institutos do direito

⁸ Constituição de 1934: dedica um capítulo todo à família, é estabelece a proteção especial do Estado com relação as relações familiares.

Constituição de 1937: impõe aos pais o dever de educação de seus filhos; equipara os filhos naturais aos legítimos, e impõe ao Estado o dever de tutela das crianças abandonadas pelos pais.

Constituição de 1946: assegura assistência à maternidade, às crianças e adolescentes.

⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

das famílias. Em seguida, será feita uma explicação mais detalhada de como se deu essa “constitucionalização”.

A Constituição de 88 fixou os direitos e garantias fundamentais e os tornou fundamentos do Estado, além disso, passou a se comunicar com o direito privado, disciplinando institutos que antes pertenciam apenas a esse ramo do direito, a essa interferência constitucional no direito privado deu-se o nome de “constitucionalização”, fenômeno que minimizou a distância entre público e privado. Ainda que a Constituição de 88 tenha sido a principal desenvolvedora dessa constitucionalização, as Constituições de 1934 e de 1946 também tiveram importância nesse processo: a primeira previa que o direito à propriedade deve ser exercido em conformidade com o interesse social e coletivo; já a segunda tendeu a limitar a autonomia privada da propriedade e do controle de bens.¹⁰

A interferência da CF/88 no direito das famílias se deu por meio do seu art. 226¹¹, através dele a família passou a ser disciplinada a partir das regras constitucionais, logo, o direito das famílias passou a refletir os direitos fundamentais e os princípios estabelecidos constitucionalmente, resultando em normas que resguardam a dignidade da pessoa humana; que estabelecem a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos e a proteção igual a todos eles, estabelecem também o melhor interesse da criança, a socioafetividade, etc.

Alguns exemplos da “constitucionalização” do direito das famílias estão previstos nos arts. 226 e 227, § 6º, CF¹². O primeiro admite novas formas de constituição da família, como a

¹⁰ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 67

¹¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹² Art. 227. § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

união estável. Já o segundo artigo proíbe tratamento discriminatório em relação ao filho adotivo ou havido fora do casamento, estabelecendo, assim, a igualdade entre os tipos de filiação.

Outro resultado dessa constitucionalização foi a passagem do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002 que será explicado a seguir.

2.2. O resultado da “constitucionalização” do direito privado na legislação civilista brasileira

Em contrapartida a social e humanizada CF/88, vigia concomitantemente à essa Constituição o Código Civil de 1916 que tinha nítido caráter patrimonial e que estabelecia um modelo de família patriarcal e hierarquizado que só poderia ser constituída através do casamento entre homem e mulher, onde os interesses protegidos eram os do homem, na condição de marido e pai e protegia-se também o patrimônio construído pela família, ademais, não havia igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher.

No citado Código Civil, prevalecia no estabelecimento da filiação paternal o critério da verdade legal ou jurídica¹³ que instituía que pai é aquele definido pela lei, sendo prescindível a coincidência entre o pai biológico e o pai jurídico. E para definir essa filiação paternal, a legislação brasileira se utilizava da certeza da maternidade, ou seja, os mecanismos para essa definição de pai giravam em torno da mãe: caso ela fosse casada, aplicava-se a presunção *pater isest quem nuptiae demonstrant*¹⁴, mas se não fosse casada o parentesco entre pai e filho era instituído pelo reconhecimento voluntário ou por investigação.

Com o decorrer do tempo esse critério da verdade jurídica perdeu espaço para o critério da verdade biológica cujo marco para estabelecer a filiação era o vínculo sanguíneo e após o advento da Constituição Federal de 1988 o critério da verdade socioafetiva passou a ser o principal, apesar de não estar previsto no CC/16.

Conclui-se que o referido Código não mais se encaixava com a sociedade dinâmica que surgia, onde várias novas relações sociais estavam aparecendo e precisavam de respaldo no

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁴ “Pai é aquele que as núpcias demonstram”. É presumida a paternidade do marido no caso do filho gerado por mulher casada.

direito brasileiro, além disso, ele não harmonizava com os valores introduzidos pela Constituição no ordenamento jurídico, valores que impunham ao direito brasileiro um modo de regular a sociedade mais social e humanizado. A nova família que estava se moldando não se encaixava mais no modelo patriarcal, protegido pelo CC/16, e não tinha o interesse patrimonial como centro da relação familiar, ressalte-se que o conteúdo patrimonial da família não foi totalmente apagado do ordenamento, apenas saiu do centro das relações para dar lugar a valores mais importantes para o direito das famílias¹⁵.

O Código de 16 privilegiava outro tipo de família e para remediar a falta de respaldo dessas novas relações sociais no ordenamento jurídico brasileiro foram criadas legislações esparsas como o Estatuto da Mulher, de 1962, que conferiu capacidade plena a mulher casada; e o Estatuto da Criança e do Adolescente que legislou sobre a adoção plena em 1990¹⁶. Outrossim, coube aos Tribunais, por meio das suas decisões, preencher a lacuna existente no direito das famílias, dando suporte jurídico às novas situações que não eram abarcadas pela legislação esparsa, criando novos conceitos e características relativos a esse ramo do direito civil.

Em virtude da disparidade entre o CC/16 e a realidade social da época e a CF/88, tornou-se de suma importância a criação de um Código eficiente, que abarcasse as novas relações familiares e que tivesse regras baseadas na Constituição, o resultado dessa necessidade foi a criação do Código Civil de 2002.

Tal Código tirou o patrimônio do centro da relação familiar e colocou os seus membros no lugar, reconhecendo-os como pessoas humanas titulares de direitos, através da imposição de valores essenciais a família, tais como: a afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, igualdade, solidariedade, carinho e qualquer outra característica relacionada ao respeito mútuo.¹⁷ Famílias que tem esses valores no seu seio são a base para uma sociedade mais justa e igualitária, onde as pessoas não agem com egoísmo e visam o bem comum. Paulo Luiz Netto Lôbo leciona que o direito de família “deve ser repensado e construído em bases mais reais para enfrentar em sintonia com os valores deste fim de século, que apontam para a realização da pessoa pelo que ela é e não pelo o que ela tem”.¹⁸

¹⁵ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 74

¹⁶ Ibidem. p. 74

¹⁷ Idem. p. 76

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto, 1989 apud KAROW, Aline Biasuz Suarez, 2012, p. 76

O CC/02 é criado num momento de humanização, onde a afetividade tornou-se elemento basilar da família e foi reconhecida juridicamente. Essa valoração jurídica ocasionou mudanças nos institutos familiares, já que por meio da afetividade novas relações são estabelecidas, como a paternidade ou maternidade socioafetiva, onde o elemento formador do vínculo familiar é a afetividade e não mais o casamento ou a ligação sanguínea como previa o critério jurídico e o biológico, respectivamente. Outro reflexo no CC/02, além da tutela constitucional dada à família, foi a crescente preocupação em preservar a pessoa em desenvolvimento, qual seja, a criança e o adolescente.

2.3 – O acolhimento da afetividade no trato das relações familiares: princípio ou valor relevante a ser observado?

No ordenamento pátrio, a afetividade não é expressamente tratada como um princípio, sua previsão na Constituição é apenas implícita e o Código Civil a cita pontualmente, logo, para verificar se a afetividade é um princípio implícito do direito das famílias é necessário o estudo além do Código Civil e da Constituição, deve-se considerar, por exemplo, as leis infraconstitucionais, como a Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/2008) e a nova Lei da Adoção (Lei nº 12.010/2009) que preveem explicitamente em seu texto a afetividade, demonstrando um avanço no tema do reconhecimento da afetividade no meio jurídico.¹⁹

A Lei de Guarda Compartilhada, com as devidas alterações feitas pela Lei nº 13.058/2014, prevê a afetividade como critério decisório para definir a guarda, quando o juiz verificar que o filho não deve ficar nem sob a guarda da mãe, nem do pai:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e **afetividade**.

¹⁹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. P. 256

Já a Lei da Adoção modificou artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, e em alguns incluiu a afetividade, são eles: art. 25, parágrafo único²⁰; art. 28, § 3º²¹; art. 42, § 4º²² e art. 50, § 13, II, III²³. Pela leitura desses artigos, percebe-se que, assim como na Lei da Guarda compartilhada, a afetividade na Lei de Adoção é considerada como critério decisório no julgamento do caso concreto.

Conclui-se que a afetividade não é tratada de modo genérico; e apesar da sua subjetividade – argumento dos que acham que o Direito não pode trabalhar com tal conceito – é possível estabelecer a necessária objetividade jurídica, logo, não resta dúvida acerca de sua força normativa.²⁴

O uso consciente da afetividade pelo Judiciário, que engloba uma boa fundamentação no julgamento dos processos e o auxílio de equipes de profissionais de outras áreas, como psicólogos, quando necessário, evidencia a possibilidade do uso objetivo da afetividade nos processos judiciais, sem que haja óbice. Visualiza-se esse uso consciente da afetividade nos processos relativos à Lei de adoção e os relativos à Lei de Guarda Compartilhada, uma vez que desde a edição dessas leis não houve qualquer caos jurisdicional relativo a utilização da

²⁰ Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e **afetividade**. (Estatuto da Criança e do Adolescente)

²¹ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

[...]

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de **afetividade**, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida

²² Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

[...]

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e **afetividade** com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

²³ Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e **afetividade**;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e **afetividade**, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

²⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. P. 260

afetividade como critério decisório ou críticas doutrinárias e jurisprudências relevantes contra essa utilização.²⁵

As citadas leis não formam um rol taxativo, uma vez que a afetividade está prevista em outros textos do sistema jurídico que não foram citados. Nesse contexto, percebe-se a adequação das leis infraconstitucionais à nova Constituição mais social e humanizada, na medida em que a proteção da afetividade se torna um dos principais objetivos da nova legislação, demonstrando, assim, o acolhimento da afetividade pelo ordenamento pátrio, seja como princípio, seja como valor relevante.²⁶

A afetividade também encontra previsão no projeto do Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285/2007) que atualmente encontra-se apensado ao PL 674/2007 e que tem o objetivo de concentrar as regras e princípios do direito das famílias em um único texto legal, como também foi feito no ECA e no Estatuto do Idoso, ao criar um estatuto específico o legislador permite melhor regulamentação das relações familiares. Em seu art. 5º, o estatuto traz os princípios fundamentais que o orientam:

Art. 5.º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

A escolha de tais princípios demonstra a adequação do Estatuto ao tratamento do direito das famílias, uma vez que adota princípios necessários para melhor responder as demandas das novas e complexas famílias e dentre eles, está a afetividade. Essa previsão expressa da afetividade como princípio fundamental fortalece a sua importância e a necessidade da sua aplicação na hora de julgar.

A realidade social construiu esse novo direito que externa a importância da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro e apesar de ainda não ser suficiente para suprir as demandas das novas relações familiares, encontra-se de acordo com os anseios da Constituição de 88 e por consequência, está também de acordo com as mudanças que vêm ocorrendo nas relações familiares.

²⁵ Ibidem. p. 261

²⁶ Idem. p. 262

Conforme já delineado, durante a transição vivida pela sociedade e pelo direito das famílias, os Tribunais tiveram papel relevante, tornando-se peça necessária para que ações relativas à afetividade fossem abarcadas pelo direito, já que não havia previsão legal que as protegessem. Graças a esse empenho do Judiciário a afetividade se consolidou no direito brasileiro, empenho despendido inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que atuou firmemente para respaldar tais julgados. A confirmação vinda do STJ era necessária em virtude da sua importante função de unificador das decisões jurisprudenciais e guardião das leis infraconstitucionais.

A seguir serão colacionados dois julgados do STJ e uma parte do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADIN 4277/DF que foram escolhidos para exemplificar o posicionamento das duas cortes com relação a afetividade, não constituindo os únicos julgados sobre o tema, mas os suficientes para mostrar como o STJ e STF utilizam a afetividade ao julgar causas que envolvam direito das famílias. A escolha das duas cortes se deu em virtude da relevância decisória de ambas.

Ainda sob a regulamentação do Código Civil de 16 o STJ no julgamento do Recurso Especial nº 124621/SP, da relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, proferiu a seguinte decisão:

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. PAIS BIOLÓGICOS CONDENADOS CRIMINALMENTE. CARÊNCIA DE RECURSOS. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 395 DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ESTATUTO. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.

I - As hipóteses de destituição do pátrio poder estão previstas nos arts. 395, CC, e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exaustivas, a não permitirem interpretação extensiva. Em outras palavras, a destituição desse poder-dever é medida excepcional, sendo permitida apenas nos casos expressamente previstos em lei.

II - Nos termos do artigo 23 do referido Estatuto, "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder". E a destituição, como efeito da condenação criminal, nos termos do art. 92-II, Código Penal, só é automática quando se tratar de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, cometido contra filho.

III - Por outro lado, na linha de precedente desta Corte, "a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese".

IV - Assim, "apesar de a condenação criminal, por si só, não constituir fundamento para a destituição do pátrio poder, nem a falta de recursos materiais constituir motivo suficiente para essa consequência grave, o certo é que o conjunto dessas circunstâncias, somadas ao vínculo de afetividade formado com a família substituta, impossibilita que se modifique o status familiae, no superior interesse da criança".

V - As instâncias ordinárias, ao concluírem que seria o caso de destituição do pátrio poder, basearam-se exclusivamente nas circunstâncias fáticas da causa, razão pela qual o recurso especial não comporta análise, a teor do enunciado n. 7 da súmula/STJ.²⁷

Preliminarmente, necessário ressaltar que o referido recurso especial foi julgado na vigência do Código Civil de 16 que, como já informado anteriormente, não dava à afetividade a importância que lhe era devida e que era necessária para que novas relações familiares baseadas na afetividade fossem abarcadas pela legislação brasileira. Portanto, tal julgamento torna-se um exemplo do empenho dos tribunais pátrios em abarcar famílias não protegidas pelo texto de lei.

O recurso em questão foi julgado nos autos de uma causa de destituição de autoridade parental²⁸, onde os réus, pais biológicos da criança estão presos, e após o nascimento do menor, dentro da penitenciária, os autores receberam a guarda provisória da criança, para futura adoção. O acórdão, assim como a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, considerou o vínculo de afetividade existente entre os autores e o menor, em detrimento do vínculo biológico do casal réu com a criança, julgando procedente o pedido para, além de destituir a autoridade parental dos réus, deferir a adoção do menor ao casal autor. Necessário salientar que o menor, a época da ação, contava com três anos de idade e sua guarda provisória tinha sido deferida aos autores quando ele tinha apenas cinco meses, conclui-se que os pais e os parentes biológicos são completamente estranhos, já que ele não teve contato com nenhum deles depois dos seus 5 meses de vida.

Importante lembrar que a autoridade parental é um conjunto de direitos e deveres que deve ser exercido no interesse dos filhos, é um regime de cuidado e proteção deles, onde os pais

²⁷ STJ. Recurso Especial 124621/SP (1997/0019838-3), Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., unânime, julgamento em 13.04.1999.

²⁸ Em seu voto o Ministro usa o termo "pátrio poder", pois o CC/16 que vigia a época do julgamento usava tal termo, porém o CC/02 adotou uma nova expressão: "poder familiar", com o objetivo de afastar a ideia de família patriarcal, onde o pai tinha o poder sobre os filhos. Essa mudança foi importante, porém essa expressão não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder, só foi deslocado o poder do pai para o poder compartilhado dos pais (familiar). A melhor opção seria usar "autoridade parental". (<http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>)

devem zelar pelo desenvolvimento saudável de seus filhos.²⁹ Na época em que ocorreu o citado julgamento vigia o CC/16, que utilizava a expressão pátrio poder ao invés de autoridade parental, e a função desse instituto era voltada ao interesse do pai e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos³⁰, mas apesar desse ser o termo expresso na lei, a interpretação dele não poderia continuar sendo a mesma devido a constitucionalização do direito das famílias, por isso o voto do Ministro apesar de prever a expressão pátrio poder, foi baseado na ideia de autoridade parental que existe atualmente, onde o que realmente interessa é o interesse dos filhos e não o do pai ou a manutenção do poder exercido por este sobre aquele, tal entendimento é explicitado principalmente no tópico IV da ementa.

Ademais, os autores da ação já exerciam todos os deveres e já titularizavam os direitos decorrentes da autoridade parental, visto que demonstraram o cuidado que têm com o menor, a atenção e dedicação despendida, oferecendo à criança boas condições de vida conforme atestou o laudo da psicóloga que atuou no caso³¹. Além de exercer corretamente a autoridade parental, os autores também criaram vínculos de afetividade com o menor.

O julgamento em favor dos autores mostra a mudança substancial trazida pela CF/88 com a sua constitucionalização do direito das famílias, onde a relação filial não é só formada pelo vínculo biológico ou jurídico, onde a afetividade ganha espaço e se sobrepõe aos outros modos de estabelecimento de filiação, onde a busca é pela dignidade da pessoa humana, pela proteção especial dos menores que antes não titularizavam direitos como seus pais e passaram a ser protegidos tanto quanto eram seus genitores, dentre outros.

Outro julgamento que, buscando se aproximar das reais situações familiares, usou a afetividade como elemento essencial para o deslinde da questão foi o REsp 1000356/SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, segue parte da ementa:

Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar [...]

- Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea

²⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 293

³⁰ *Ibidem*, p. 292

³¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199700198383&dt_publicacao=28/06/1999&cod_tipo_documento=3

deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

- Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.³²

No citado processo uma irmã busca anular o registro de nascimento da outra, alegando que sua mãe, já falecida, ao registrar filha recém-nascida como sua praticou o crime de falsidade ideológica. Portanto, a autora busca a desconstituição do reconhecimento da maternidade de sua irmã. Ao negar provimento ao REsp, a Ministra assinala que apesar de não haver vínculo biológico entre a mãe e a ré, a relação filial entre elas deve ser mantida em virtude da socioafetividade que foi construída ao longo dos anos que as duas conviveram. Ademais, afirma que para anular o registro de nascimento seria necessário prova de que a mãe teria sido induzida a erro, como não há possibilidade de produzir tal prova, devido ao falecimento da mãe, torna-se impossível desfazer o ato fruto da perfeita vontade da mãe de tornar a criança sua filha.³³

Por fim, ao concluir seu voto, a Ministra reitera a proteção que deve ser dada à filiação socioafetiva:

Em conclusão, nada há para ser reformado no acórdão impugnado, porquanto se impõe a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.³⁴

Assim como no julgado anterior, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos e da socioafetividade, trazidos pela CF/88, influenciaram substancialmente

³² STJ. Recurso Especial 1000356/SP (2007/0252697-5), Re. Min. Nancy Andrichi, 3ª T., unânime, julgamento em 25.05.2010.

³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=9888629&tipo=51&nreg=200702526975&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100607&formato=PDF&salvar=false>

³⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=9888629&tipo=51&nreg=200702526975&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100607&formato=PDF&salvar=false>

o deslinde da questão ao preferir a filiação socioafetiva em detrimento da verdade biológica. Caso a Ministra julgasse de forma diversa, a irmã ré sofreria graves danos a sua personalidade, pois seria retirado dela a filiação que apesar de não biológica foi construída por vontade de ambas, mãe e filha, e por ser resultado de uma vontade livre e consciente não tem como ser desfeita. Nesse sentido temos o enunciado 339 da IV Jornada de Direito Civil que diz que: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.³⁵” Nesse caso, o melhor interesse da filha é a manutenção de seu registro com o nome de sua mãe afetiva.

Com relação ao STF, no julgamento da ADIN 4277/DF o Supremo reconheceu valor jurídico a afetividade ao reconhecer as uniões homoafetivas como uniões estáveis, fato que ajudou a minimizar as barreiras impostas ao uso da afetividade pelo Direito. Por meio desse julgado a Corte Suprema mostrou como interpreta essa nova e complexa realidade. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio reconhece as mudanças ocorridas no direito das famílias e coloca a afetividade no centro das relações familiares, demonstrando a adoção de um conceito de família a luz da Constituição:

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum.³⁶

O reconhecimento do valor jurídico da afetividade e as mudanças ocorridas no direito das famílias foi uma constante nos votos dos ministros do STF, não se restringindo ao voto do ministro citado. Outrossim, não houveram opiniões que considerassem a afetividade alheia ao Direito em virtude da falta de previsão expressa no ordenamento jurídico ou por faltar a objetividade presente no Direito ou por haver discordâncias acerca do seu conteúdo.³⁷

³⁵ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 14 set. 2015.

³⁶ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, unânime, julgamento em 05.05.2011.

³⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da Afetividade no Direito de Família. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. P. 286

Percebe-se que as decisões e as leis que tratam da afetividade demonstram o seu caráter principiológico ainda que não façam menção expressa a esse caráter, uma vez que sua incidência não é pontual, se irradia por todo o direito das famílias e terá maior ou menor aplicação a depender do caso concreto.

Passaremos agora a análise da principal discussão da doutrina acerca do tema: a afetividade pode ser tratada como um princípio do direito de família ou não? Apesar de haver uma convergência dos doutrinadores para considerar a afetividade como princípio, ainda há muitos autores que discordam desse posicionamento.

Os autores que discutem acerca desse assunto podem ser divididos em três grupos: 1. Consideram a afetividade como princípio jurídico do direito das famílias; 2. Reconhecem a importância da afetividade, mas a restringe a um valor relevante; 3. Não consideram a afetividade como princípio e argumentam que ela não deve ser objeto do Direito. Para melhor esclarecer os posicionamentos, a seguir serão citados um autor de cada grupo, necessário salientar que esse rol de autores não é taxativo, eles foram escolhidos por serem suficientes para expor a ideia de cada posicionamento.

Caio Mário defende o primeiro grupo lecionando que:

O princípio jurídico da afetividade, em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (CF/88, art. 5º, § 2º); princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades [...]³⁸

Já Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald incluem-se no grupo 2 ao considerar que a afetividade é apenas um valor jurídico a ser observado, em sua obra, explicam que:

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentaria), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade.³⁹

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2011 apud CALDERÓN, Ricardo Lucas, 2013, P. 291

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, 2012 apud CALDERÓN, Ricardo Lucas, 2013, P. 295

Uma defensora do terceiro grupo é a autora Regina Beatriz Tavares da Silva que ao analisar o projeto de lei do Estatuto das Famílias, em especial o seu art. 5º (já citado anteriormente no presente estudo) aduz que:

Note-se que o artigo em análise faz referência à solução “mais conveniente e oportuna” e cita os princípios do próprio Estatuto, que são baseados na afetividade (art. 5º), o que é um sentimento e não um princípio de solução de conflitos jurídicos. [...] O afeto é relevante nas relações de família, mas não se pode olvidar que o direito de família tem embasamento em direitos e deveres e não em sentimentos e emoções, que a família brasileira é monogâmica, que não podem ser eliminadas as sanções pelo descumprimento dos deveres e pela violação aos direitos familiares sob pena de tais deveres e direitos serem transformados em meras recomendações, que a união estável merece toda a proteção jurídica, mas que sua natureza na constituição e na dissolução é diversa do casamento, e que o poder familiar dos pais é de extrema relevância na formação dos filhos. Não se pode esquecer que o direito serve à solução de conflitos, ainda mais quando estamos diante de relações de família, de modo que quando o conflito se instalou no seio de uma família, não existe mais afeto, sentimento que não oferece saída para os litígios já instalados.⁴⁰

Após estudo acerca da lei, doutrina e jurisprudência que fazem referência ao papel da afetividade no direito das famílias, será adotado no presente trabalho a afetividade como princípio jurídico implícito do direito das famílias, apesar do entendimento ainda não ser pacífico, uma vez que tal posicionamento é o que melhor se encaixa na situação atual das leis que tratam das famílias, pois muitas delas usam a afetividade como base na busca da proteção e da realização de todos os membros da família.

3 – A PRIORIZAÇÃO DO BEM-ESTAR E DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Outro resultado da constitucionalização do direito privado foi a mudança na doutrina relativa aos direitos e deveres das crianças e adolescentes, a carga social da CF/88 fez com que a doutrina vigente, chamada de doutrina da situação irregular, desse lugar a doutrina da proteção integral. A diferença básica entre as duas reside na possibilidade de crianças e adolescentes serem reconhecidas como sujeitos de direito.

⁴⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da, 2011 apud CALDERÓN, Ricardo Lucas, 2013, P. 297

A primeira doutrina se limitou a tratar de crianças e adolescentes que se encontravam em situação irregular, ou seja, situações de carência ou de delinquência e o meio usado pelo Estado para recuperar esses menores e os adequarem ao comportamento dito aceitável, foi a internação. Não havia preocupação com os interesses e direitos desses menores, eles não eram vistos como pessoas e sim como objetos de proteção que deveriam se adequar a sociedade.⁴¹

Em contrapartida, surge na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança a doutrina da proteção integral que foi inserida no ordenamento pátrio com a promulgação da CF/88. Essa nova doutrina passou a tratar os menores como sujeitos de direitos como todo ser humano e não mais como objeto de proteção e definiu que tais direitos devem ser assegurados por todos: família, sociedade e Estado. Essa mudança fez com que as regras destinadas às crianças e adolescentes se amoldassem ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição. Além disso, essas regras se tornaram exigíveis e amplas não se restringindo ao antigo binômio carência-delinquência.

Um dos objetivos da doutrina da proteção integral foi a proteção ao direito à convivência familiar que compreende que todos têm de viver junto a sua família, num ambiente de carinho, respeito e cuidado; direito considerado vital quando o seu titular é uma criança ou adolescente em virtude do momento de desenvolvimento e formação que eles estão passando, desenvolvimento que se tornará melhor e mais saudável com a presença familiar, favorecendo a construção de sua identidade e de sua consciência cidadã.⁴²

Ademais, a doutrina da proteção integral também corroborou para a possibilidade do estabelecimento da filiação socioafetiva, na medida em que, por visar sempre o melhor interesse do menor, possibilitou que o aspecto biológico de estabelecimento de filiação fosse afastado quando constatado que tal medida seria a mais eficaz para proteção da criança e do adolescente. Necessário esclarecer que tal filiação já era reconhecida antes da promulgação da CF/88 e conseqüentemente antes da adoção da doutrina da proteção integral, porém esse reconhecimento adveio do esforço do Judiciário em dar amparo jurídico a essas famílias socioafetivas, já que não havia lei que regulasse a filiação baseada na afetividade.

⁴¹ AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenação) e Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (Revisão Jurídica). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53 – 59

⁴² MACIEL, Kátia Regina F. L. A., Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina F. L. A. (Coordenação). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 134, 136

Em suma, no presente capítulo será feita uma explicação mais densa acerca dessas duas doutrinas, mostrando o tratamento que os menores recebiam em cada uma delas e como se deu a passagem de uma para a outra. Com foco na doutrina da proteção integral existente, serão explicados os princípios que a regem e como ela influenciou nas relações familiares.

3.1 – Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: a titularização de direitos pelas crianças e adolescentes

Antes da doutrina da proteção integral que reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direito, perdurou no Brasil durante quase um século a doutrina da situação irregular, que baseada no binômio carência-delinquência, limitava-se a tratar das crianças e adolescentes que se encontravam em situação irregular, tais situações estavam previstas no rol do art. 2º do Código de Menores:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

- I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
 - a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 - b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
- II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- III - em perigo moral, devido a:
 - a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
- IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.⁴³

A doutrina da situação irregular já existia na época do Código Mello Mattos de 1927, porém seu auge ocorreu com a promulgação do Código de Menores de 1979, onde teve previsão legal. Uma figura que já era prevista no Código Mello Mattos e continuou existindo no novo

⁴³ BRASIL, *Lei n° 6.697 de 10 de outubro de 1979*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em 25 mai.15.

Código foi o Juiz de menores, cuja competência se restringia a julgar ações relativas a essas crianças e adolescentes que se enquadravam em alguma situação irregular, qualquer outra questão que envolvesse menores deveriam ser resolvidas na vara de família e regidas pelo Código Civil.⁴⁴

Apesar de prever medidas de assistência e proteção, o Código de Menores tinha caráter segregador, uma vez que as crianças e adolescentes que se encaixavam na definição de situação irregular eram filhos de famílias pobres, geralmente negros e pardos. Esses menores em situação irregular eram levados a internatos ou institutos de detenção mantidos pela Febem no caso de infratores, com o objetivo de recuperação e adequação ao comportamento dito aceitável. Porém não é novidade a falta de sucesso nessa recuperação, já que não havia preocupação com os interesses e direitos desses menores, eles não eram vistos como pessoas e sim como objetos de proteção que deveriam se adequar a sociedade. A tutela da infância nessa época caracterizou-se pelo regime de internações com quebra dos vínculos familiares, inexistia preocupação na manutenção desse vínculo, sendo que em muitos casos a família ou a sua falta ensejava a situação irregular.⁴⁵

Em sentido completamente contrário, surgiu na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança a doutrina da proteção integral que foi inserida no ordenamento pátrio com a promulgação da CF/88, dando fim a situação irregular. A doutrina da proteção integral passou a tratar os menores como sujeitos de direitos como todo ser humano e não mais como objeto de proteção e definiu que tais direitos devem ser assegurados por todos: família, sociedade e Estado. Essa mudança fez com que as regras destinadas às crianças e adolescentes se amoldassem ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição. Além disso, essas regras se tornaram exigíveis e amplas não se restringindo ao antigo binômio carência-delinquência.

Como dito anteriormente, a Constituição de 88 ficou conhecida pelo seu caráter social e humanizado e por isso o cuidado com os menores não poderia ficar de fora de seu texto. Dessa maneira, buscando zelar pelo desenvolvimento e formação saudável desses menores, assegura expressamente e com absoluta prioridade em seu art. 227 os seguintes direitos às crianças e adolescentes:

⁴⁴ AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenação) e Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (Revisão Jurídica). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 53 – 59

⁴⁵ *Ibidem*.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴⁶

Para dar efetividade aos direitos dos menores trazidos no art. 227, CF/88, criou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente que, segundo a autora Andréa Rodrigues Amin, se baseia em três pilares básicos: criança e adolescente são sujeitos de direito; criança e adolescente possuem condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e, portanto, estão sujeitos a uma legislação especial; e, por fim, a prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais.⁴⁷

De acordo com a autora Andréa Rodrigues Amin, o referido Estatuto, tem como princípios os seguintes: Princípio da prioridade absoluta, Princípio do melhor/superior interesse da criança e do adolescente e o Princípio da municipalização. Apesar de ela citar apenas os três, considero que também é princípio do ECA o Princípio da peculiaridade.

Antes de adentrar no estudo desses princípios, é necessário delimitar o que é princípio e para isso, me basearei no autor Humberto Ávila e em seu livro *Teoria dos Princípios*, a escolha desse autor se deu pela clareza e facilidade de leitura de sua obra.

Para uma melhor explicação do que é princípio, é necessário, preliminarmente, definir o que é norma. Para o citado autor, normas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”⁴⁸ E essa interpretação é feita a partir dos dispositivos, porém, isso não quer dizer que o intérprete está livre nessa interpretação, ele deve se guiar pelos fins e valores trazidos no ordenamento jurídico⁴⁹:

“Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento

⁴⁶ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25 mai. 2015.

⁴⁷ AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenação) e Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (Revisão Jurídica). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53 – 59

⁴⁸ GUASTINI, Riccardo apud ÁVILA, Humberto, 2003, p. 22.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida.”⁵⁰

Conclui-se, que para qualificar uma norma como regra ou princípio é necessário a colaboração interpretativa do intérprete.⁵¹

Nesse diapasão, Humberto Ávila explica que princípios são normas finalísticas, uma vez que estabelecem um fim a ser atingido, esse fim é uma situação ideal desejada. Ao instituir o fim, passa-se a definir os seus meios que são as condições para a realização do conteúdo do fim. Utilizando como exemplo, o assunto abordado no capítulo, o fim, a situação ideal desejada dos princípios relacionados à criança e ao adolescente é a proteção total desses menores. Observa-se que esse é um fim comum a todos os princípios do ECA, porém cada princípio tem seu fim específico, como por exemplo o Princípio da Municipalização, seu fim específico é tornar mais eficaz o atendimento as necessidades dos menores, e seus meios, são por exemplo, a adoção de medidas específicas a cada município, visando atender a peculiaridade de cada região.⁵²

Por fim, explica o autor:

“sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio. [...] a positivação dos princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização.”⁵³

Definido o que é princípio, passamos agora ao estudo dos princípios do ECA. Inicialmente, será feita uma explicação simples dos Princípios da peculiaridade e da municipalização, já que para o presente trabalho eles não serão relevantes. Em seguida, no próximo capítulo, serão explicados mais profundamente os princípios da Prioridade absoluta e do melhor/superior interesse da criança e do adolescente que são de suma importância para o desenvolvimento desse estudo.

Entende-se por Princípio da peculiaridade a ideia de que os menores devem receber maior cuidado e atenção devido a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Em virtude de tal condição crianças e adolescentes não conhecem inteiramente seus direitos e por

⁵⁰ ÁVILA, op. cit., p. 26

⁵¹ Ibidem, p. 26

⁵² Idem, p. 70, 71

⁵³ Idem, p. 71

isso não tem condições de defendê-los sozinhos. Além disso, os menores, em especial as crianças, não têm condições de suprir por si só suas necessidades básicas.

Já o Princípio da municipalização prevê que para que o atendimento das necessidades dos menores seja eficaz é necessário a sua municipalização, atendendo as características específicas de cada região. Medidas abrangentes tendem a não resolver o problema de todos, já que cada problema tem sua peculiaridade. Além disso, quanto mais próximo o Estado estiver dos problemas referentes aos menores, mais fácil será resolvê-los, porque nesse caso será possível precisar o que deu causa a esses problemas.⁵⁴

Passaremos agora ao estudo mais aprofundado do princípio da prioridade absoluta e do princípio do melhor/superior interesse da criança e do adolescente e da influência deles nas relações familiares.

3.2 – Os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente

O Princípio da prioridade absoluta⁵⁵ assegura a primazia do interesse dos menores em qualquer situação, seja na área administrativa, judicial, extrajudicial, familiar ou social. Por exemplo, a construção de asilos para idosos e creches é de suma importância, mas se for necessário escolher entre um dos dois prevalecerá a construção da creche, porque ainda que o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), preveja em seu art. 3º⁵⁶, o princípio da prioridade para os idosos, essa é uma lei infraconstitucional, já a proteção das crianças e adolescentes é constitucional, prevista no art. 227 da CF/88 quando o artigo dispõe que os direitos elencados devem ser assegurados com absoluta prioridade. Esse princípio também encontra previsão no art. 4º e no art. 100, parágrafo único, inciso II do ECA:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, **com absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

⁵⁴ AMIM, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenação) e Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (Revisão Jurídica). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 19 – 30.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...]

II - **proteção integral e prioritária**: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares⁵⁷

Necessário salientar que as medidas de efetivação do princípio da prioridade absoluta previstas nas alíneas do art. 4º, não formam um rol taxativo, é apenas um norte para que os responsáveis por sua aplicação se guiem.

Conforme explica a autora Andréa Rodrigues Amin, o intuito desse princípio é “realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, caput, da Constituição da República e renumerados no caput do artigo 4º do ECA.”⁵⁸ A prioridade absoluta dos menores deve ser assegurada não só por sua família que pode ser biológica ou afetiva, mas também pelo Estado; pela comunidade, que corresponde a parcela da sociedade mais próxima do menor, como vizinhos ou professores e pela sociedade em geral. Ademais, esse princípio decorre da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento inerente aos menores. Já que crianças e adolescentes não conhecem e não tem condições de fazer valer todos seus direitos, são necessárias medidas que os ajudem a preservar esses direitos.⁵⁹

Com relação a responsabilidade da família ela já é inerente, como dito no início do capítulo anterior a afetividade objetiva é intrínseca à família, impõe aos pais o dever de cuidado dos seus filhos e vice e versa, logo impõe também que eles apliquem esse princípio no cotidiano da família.

⁵⁷ BRASIL, *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm. Acesso em 25 mai. 2015.

⁵⁸ AMIM, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenação) e Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (Revisão Jurídica). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 19 – 30.

⁵⁹ *Ibidem*.

A comunidade também é responsável por assegurar a prioridade absoluta dos menores, além disso, em virtude da proximidade entre ela e as suas crianças e adolescentes, essa parcela da sociedade tem melhores condições de identificar violação aos seus direitos.⁶⁰

Tratando-se da responsabilidade do Estado, ela perpassa todos os seus poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo, logo, em qualquer situação que envolva menores o Poder Público deve sempre buscar a prioridade absoluta dessa criança ou adolescente.⁶¹

Por fim, a responsabilidade da sociedade em geral existe porque os menores fazem parte da sociedade, não há como ignorá-los, não teria como esse princípio ter efetividade sem o apoio da sociedade, por exemplo, o Poder Legislativo criou o ECA, na busca pela proteção das crianças e adolescentes, apesar da iniciativa do Estado, ela não será eficaz se a sociedade responsável por aplicar as regras do referido estatuto não as aplicarem.

Apesar de sua importância, esse princípio deve ser aplicado com razoabilidade e bom senso, analisando o caso concreto, por exemplo, se na fila para transplante de órgão estiver um adulto que está correndo sério risco de morte e precisa urgente de um transplante e uma criança que consegue esperar mais uns dias, não seria razoável aplicar o princípio da prioridade absoluta para que a criança receba o órgão primeiro, nesse caso o adulto terá prioridade.

Confirmando a importância de tal princípio o STJ já o utilizou como critério decisório ao julgar seus recursos, como no julgamento do HC nº 291439/SP, da relatoria do Ministro Rogério Schietti:

HABEAS CORPUS. DECISÃO DE DESEMBARGADOR RELATOR QUE INDEFERIU PEDIDO LIMINAR. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. ARTIGOS 33, CAPUT E 35, CAPUT, AMBOS DA LEI N.11.343/2006. PRISÃO DOMICILIAR. FILHO MENOR DE 6 ANOS. PECULIARIDADES CONCRETAS. MEDIDA SUFICIENTE PARA AGARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Nos termos do enunciado da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar".
2. Tal impeditivo é ultrapassado somente em casos excepcionais, nos quais a ilegalidade é tão flagrante de modo a não escapar à pronta percepção do julgador, como na hipótese dos autos.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

3. O juiz deverá substituir a prisão preventiva do acusado pela prisão domiciliar, quando o agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade e tal medida revelar-se útil e suficiente como alternativa à prisão ad custodiam.
4. No caso dos autos, a paciente não ostenta registros criminais, os contornos da sua participação delitativa não estão muito bem delineados e ela comprovou ser genitora de duas crianças, uma delas de um ano.
5. **Assim, a prisão domiciliar deve ser deferida, por razões humanitárias, em decorrência da doutrina da proteção integral à criança e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90,** mesmo porque a medida cautelar revela-se adequada para a salvaguarda da ordem pública, diante das condições favoráveis que a paciente ostenta (primariedade e residência fixa) e das peculiaridades do caso, em que o juiz de primeiro grau não demonstrou ser a cautela extrema a única idônea a tutelar a ordem pública.
6. A violação da prisão domiciliar enseja o restabelecimento da prisão preventiva, que também pode ser novamente aplicada pelo julgador, se sobrevier situação que configure a exigência da cautelar mais gravosa.
7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar.⁶²

Esse julgamento se baseou na responsabilidade conferida ao Estado, no caso específico ao Poder Judiciário, de zelar pela prioridade absoluta do menor. Vez que, apesar do processo não envolver menores, a paciente do habeas corpus é uma mãe cujos cuidados especiais são imprescindíveis para o desenvolvimento de suas crianças.

Ademais, além da prisão domiciliar se mostrar adequada para a proteção da ordem pública devido às peculiaridades do caso, como a primariedade, residência fixa e o fato da participação da paciente no delito não estar muito bem definido; fator diferencial para a concessão da benesse da prisão domiciliar foi a necessidade de priorizar os menores de forma absoluta em qualquer situação.

No aludido julgamento, o Poder Judiciário zelou pelo crescimento saudável das crianças, que precisam da mãe nesse momento de vulnerabilidade, onde elas, por si só, não conseguiriam defender seus direitos já que são pessoas que estão na peculiar situação de desenvolvimento.

Passaremos agora à análise do Princípio do interesse superior da criança e do adolescente, também conhecido como Princípio do melhor interesse.

⁶² STJ. Recurso Especial 291439/SP (2014/0068074-0), Rel. Mi. Rogério Schietti, 6ª T., unânime, julgamento em 22.05.2014

Tal princípio foi previsto na Declaração dos Direitos da Criança em 1959, por isso o Código de Menores já o tinha adotado em seu art. 5º⁶³ ainda que sob a doutrina da situação irregular. Porém, apesar de estar previsto, nessa época o referido princípio só abarcava os menores em situação irregular, ele só passou a ser amplo e abranger todas as crianças e adolescentes quando surgiu a doutrina da proteção integral.

Segundo o Princípio do interesse superior, quando medidas referentes à crianças e adolescentes forem tomadas deve-se considerar o que é melhor para esses menores, o que irá garantir todos ou, caso não seja possível a total garantia, a maioria de seus direitos fundamentais. Por exemplo, ao retirar uma criança ou um adolescente das ruas, onde ele não tem proteção alguma, restringe-se o direito de ir e vir desses menores e o direito à liberdade, porém isso não está em desacordo com o princípio do melhor interesse, já que direitos mais importantes foram garantidos através dessa medida, como o direito à vida e à saúde.

Andréa Rodrigues Amim leciona que para efetivar esse princípio é necessário que “todos os atores da área infanto-juvenil tenham claro para si que o destinatário final de sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família.”⁶⁴ Por fim, a autora conclui que: “Princípio do melhor interesse é, pois, o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude. Materializá-lo é dever de todos.”⁶⁵

A Ministra do STJ, Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso especial 916350/RN, em que foi relatora, usou o referido princípio para decidir acerca da guarda do menor, segue a ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE GUARDA DE MENOR FORMULADO PELO PAI EM FACE DA MÃE. MELHORES CONDIÇÕES PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA.

- Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa

⁶³ Art. 5º Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado

⁶⁴ AMIM, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenação) e Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (Revisão Jurídica). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 19 – 30.

⁶⁵ Ibidem.

humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal – CF. **Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor.**

- Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado.

- Sob a ótica do interesse superior da criança, é preferível ao bem estar do menor, sempre que possível, o convívio harmônico com a família – tanto materna, quanto paterna.

- Se a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação materno-filial, deve-lhe ser atribuída a guarda da filha, porquanto revela melhores condições para exercê-la, conforme dispõe o art. 1.584 do CC/02.

- **Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável.**

- Contrapõe-se à proibição de se reexaminar provas em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem, que repousa na adequação dos fatos analisados à lei aplicada.

Recurso especial não conhecido.⁶⁶

Como dito anteriormente e explicitado pela ementa colacionada, quando o Poder Público tratar de causas que envolvam criança ou adolescente, o foco deve ser o melhor interesse da criança, e não de qualquer outro familiar seu, dado que é o menor que tem especial proteção constitucional, por isso a vontade do pai que propôs a ação de guarda ficou em segundo plano.

Nesse contexto, ao conceder à mãe a guarda do menor, a Ministra considerou que tal medida asseguraria o melhor interesse da criança, visto que morar com sua genitora lhe asseguraria uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado.

A busca incessante por proteger o melhor interesse do menor, que é reiterada em vários julgados dos Tribunais pátrios, é necessária uma vez que sozinho ele não conseguiria proteger seus direitos já que é pessoa em desenvolvimento.

⁶⁶ STJ. Recurso Especial 916350/RN (2007/0002419-2), Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., unânime, julgamento em 11.03.2008

3.3 – A implementação da Doutrina da Proteção Integral e a possibilidade da filiação socioafetiva

O objetivo da Doutrina da proteção integral foi tornar crianças e adolescentes sujeitos de direitos, em especial direitos fundamentais, como todo ser humano. A nova fase que se seguiu foi marcada pela proteção de todos os menores, independente de estarem em situação de risco ou não, e pela especial proteção ao desenvolvimento saudável, físico e mental, desses menores, já que são pessoas em desenvolvimento e não conseguem proteger todos os seus direitos por conta própria.

Buscando efetivar essa doutrina que no Brasil surgiu com a promulgação da CF/88, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, além disso, os tribunais pátrios passaram a aplicar os princípios advindos da CF e do ECA em seus julgados que envolviam crianças e adolescentes.

Um dos resultados da referida doutrina que busca assegurar o interesse superior da criança e do adolescente, foi o crescente reconhecimento de filiações baseadas apenas no afeto, sem vínculo sanguíneo, conhecida como filiação socioafetiva. Necessário esclarecer que tal filiação já era reconhecida antes da promulgação da CF/88 e conseqüentemente antes da adoção da doutrina da proteção integral, porém esse reconhecimento adveio do esforço do Judiciário em dar amparo jurídico a essas famílias socioafetivas, já que não havia lei que regulasse a filiação baseada no afeto.

A previsão legal desse tipo de filiação e a sua primazia em relação a filiação biológica é reflexo dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade. Além disso, a filiação baseada no afeto só se igualou a filiação biológica após a Constituição trazer em seu texto a igualdade entre filhos, depois disso, filhos socioafetivos passaram a ter os mesmos direitos dos ligados pelo vínculo sanguíneo. A transição de uma época onde alguns filhos eram discriminados para a época atual onde há igualdade de filiação será explicada a seguir.

Antes do Código Civil de 2002, a filiação era dividida nas seguintes espécies: legítimos, legitimados e ilegítimos, e essa última espécie era dividida em naturais e incestuosos ou adulterinos. Os legítimos eram aqueles concebidos na constância do casamento. Legitimados eram aqueles nascidos quando seus pais não eram casados, mas casavam-se posteriormente. Os ilegítimos eram aqueles cujos pais não eram casados, no caso dos naturais os pais poderiam reconhecer o filho juntos ou separadamente pela certidão de nascimento, escritura pública ou testamento; já os incestuosos e os adulterinos, não poderiam ser reconhecidos por seus pais.

Percebe-se que para manter uma aparente harmonia conjugal, há uma divisão discriminatória dos filhos, onde os ditos ilegítimos são marginalizados. Nessa época as crianças que nada tinham a ver com a relação dos pais eram as verdadeiras vítimas, que recebiam o castigo pelos atos dos seus genitores.⁶⁷

Na vigência do Código Civil de 1916 a qualificação dos filhos em legítimos, legitimados ou ilegítimos derivava da existência ou não do casamento entre seus pais. O fato dos pais estarem casados dava legitimidade ao filho e por isso ele teria todos os direitos inerentes à filiação. Já os filhos ilegítimos ou adotivos não eram sujeitos de todos os direitos decorrentes da filiação, e esses direitos seriam ainda mais restritos se esses filhos concorressem com filhos legítimos.

A CF/88 pôs fim a essa discriminação e com base no princípio da dignidade da pessoa humana estabeleceu expressamente, em seu art. 227, § 6º, a igualdade entre os filhos, independente do casamento dos pais e de vínculos biológicos. O parágrafo dispõe que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”⁶⁸. Os filhos deixaram de ser penalizados por ato de seus pais, todos passaram a ser titulares dos mesmos direitos como nome, herança e alimentos.

Seguindo a mesma linha da Constituição, a Lei 7.841 de 17 de outubro de 1989 revogou expressamente o art. 358⁶⁹ do Código Civil de 1916 que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos. No mesmo sentido o ECA em seu art. 20⁷⁰, e o Código Civil de 2002 em seu art. 1.597⁷¹, também estabeleceram a igualdade entre os filhos.

Ao igualar todo tipo de filiação, independente de casamento ou vínculo biológico, o ordenamento pátrio abre espaço à afetividade. Para que sobre essa afetividade incida a norma jurídica e com isso ela seja reconhecida juridicamente como formador de relações familiares, em especial a filiação, é necessário que haja um suporte fático, a saber: “pessoas que se comportam como pai ou mãe e outra que se comporta como filho, convivência familiar, estabilidade do

⁶⁷ ANDRADE, D. P. Filiação Socioafetiva Decorrente do Reconhecimento Voluntário da Paternidade e a Impossibilidade de sua Desconstituição. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 35 – 50, nov./dez. 2014

⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 31 mai. 2015

⁶⁹ Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos

⁷⁰ Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁷¹ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação

relacionamento e afetividade”⁷². Existindo esse suporte fático, essa relação resultante da afetividade receberá efeitos jurídicos.

O crescente reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva se deu na mesma época que os juízes atraídos pela segurança quase absoluta trazida pelo exame de DNA, ficaram tentados a resolver todos os problemas relativos a filiação com tal exame, porém como ensina o professor Paulo Luiz Netto Lôbo “a complexidade da vida familiar é insuscetível de ser apreendida em um exame laboratorial, porque nem sempre a origem genética é suficiente para fixar o estado de filiação de alguém”⁷³.

Depreende-se que a genética não estabelece o verdadeiro pai, e sim apenas o genitor. É possível perceber essa diferença entre genitor e pai e a superior importância do último quando o ECA assegura com absoluta prioridade a convivência familiar e não a origem genética.

A filiação socioafetiva nasce dentro de casa, lá se desenvolve e depois será externada para a sociedade. O critério socioafetivo é “traduzido como a exteriorização do afeto de forma pública, da intenção de ser pai ou mãe, do tratamento como filho, apesar da inexistência do liame consanguíneo, gerando efeitos perante a coletividade. Trata-se da posse de estado de filho”⁷⁴. Essa posse de estado de filho é corriqueira na atual sociedade e por isso o critério biológico e o jurídico não podem ser os únicos critérios para estabelecer a filiação.

Caso o critério socioafetivo também não fosse utilizado para instituir a relação filial, o conceito de ser pai seria igualado com o de ser genitor, mas isso destoa da realidade, já que nem todo genitor é pai e vice-versa, genitor pode ser qualquer um com capacidade para procriar, já pai não se resume a procriação, engloba também o cuidado e o afeto com o filho e a vontade de exercer a paternidade ou maternidade.

Além disso, para estabelecer a filiação socioafetiva, devem estar presentes três elementos caracterizadores da posse de estado de filho: *nominatio* (nome), *tractatus* (tratamento), *fama* ou *reputatio* (fama). O professor Dilvanir José da Costa explica o significado desses três elementos:

⁷² LÔBO, P. L. N. Socioafetividade no Direito de família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamento. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v. 10, n. 5, p. 5 – 22, ago./set. 2008

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ ANDRADE, D. P. Filiação Socioafetiva Decorrente do Reconhecimento Voluntário da Paternidade e a Impossibilidade de sua Desconstituição. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 35 – 50, nov./dez. 2014

“O filho que usa o **nome** do seu pai socioafetivo por longo tempo já tem no seu registro a marca da sua identidade familiar. O **tratamento** recíproco entre pai e filho socioafetivos, dando e recebendo afeto, assistência, convivência prolongada e exclusiva, com transmissão de valores, constitui a exteriorização dessa paternidade real e efetiva. E a **fama** consiste na aparência e notoriedade desse estado de filiação-paternidade perante os familiares, amigos, vizinhos e a comunidade”⁷⁵

O elemento *nominatio* é considerado por uma parte da doutrina como dispensável, entendimento correto, uma vez que a falta do sobrenome do pai não enfraquece a relação de afeto que existe entre eles, seria desarrazoado não relativizar esse elemento em prol da filiação já existente.

O Código Civil prevê, ainda que implicitamente, a filiação socioafetiva, como nos arts. 1.593; 1.596; 1.605, II e 1.614. O art. 1.593, em especial, ratificou implicitamente a posse de estado de filho, porque estabelece que o parentesco pode derivar de outra origem que não seja a consanguínea. Esse entendimento foi reconhecido no Enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil que ocorreu em 2002 e no Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil que aconteceu em 2004, ambas foram realizadas em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Os enunciados prevêm que:

Enunciado 103

Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enunciado 256

Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Seguindo a mesma linha, o professor Dilvanir José da Costa ensina que:

“Mas a identidade real, embora parta do Código genético e da filiação jurídica, não se resume nesses dois aspectos. Predomina hoje a identidade cultural ou socioafetiva, como componente maior da identidade real das pessoas, que não são objetos, mas seres humanos dotados de razão, vontade livre, sentimento,

⁷⁵ COSTA, D. J. Filiação jurídica, biológica e socioafetiva. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 45, n. 180, p. 83 – 100, out./dez. 2008

personalidade e dignidade. A identidade é fruto da convivência pessoal, familiar e social, desde que não contrarie, de forma criminosa ou fraudulenta, a identidade jurídica nem a biológica, frustrando legítimos sentimentos, anseios e esperanças. Bem por isso é que a identidade biológica ou genética deixou de constituir panacéia para se tornar instrumento valioso na pesquisa da identidade real da pessoa, como fator de realização e não de desagregação da família.”⁷⁶

Conforme exposto, os três critérios para estabelecer uma filiação: jurídico, biológico e socioafetivo devem ser observados em conjunto para que ao invés de desagregar a família, essa seja consolidada buscando a realização pessoal de todos os seus membros que independente do vínculo que os unem querem fazer parte daquele núcleo familiar.

Porém, apesar da inegável importância da identidade socioafetiva, ela não pode ser estabelecida de forma fraudulenta ou criminosa, frustrando os sentimentos de outras pessoas que também têm direito a formar sua família, como, por exemplo, quando uma mulher finge ser enfermeira e rouba uma criança no hospital e a cria como filho, é provável que entre essa mulher e a criança seja estabelecido laços de afeto, porém a filiação socioafetiva nesse caso foi estabelecida de forma criminosa, frustrando o anseio da família que teve sua criança roubada na maternidade.

4 – O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.404 – RS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça nos autos de uma ação negatória de paternidade que teve início em 2005, desconstituiu a paternidade existente entre o pai, polo ativo da demanda, e o filho, polo passivo, que à época da propositura da ação contava com 5 anos de idade. No referido caso, o autor alegou ter sido enganado pela mãe da criança, já que registrou o filho acreditando ser o seu pai, pois na data do nascimento mantinha união estável com a ex-companheira. Esse foi o embasamento utilizado pelo STJ para autorizar a desconstituição e rechaçar a alegação de paternidade socioafetiva trazida pelo réu: o vício de consentimento existente no registro da criança, uma vez que para que seja constituída a paternidade socioafetiva é necessário declaração de vontade voluntária e consciente do pai, livre de vícios.

⁷⁶ Ibidem.

Além disso, fato determinante para o deslinde da questão foi o rompimento de qualquer relação entre as partes após o resultado negativo do exame de DNA que ocorreu em 2006 quando a criança contava com 6 anos, logo, há quase 10 anos autor e réu não convivem mais, segundo o STJ tal fato impossibilita a constituição de uma paternidade socioafetiva.

Este terceiro capítulo, primeiramente, trará uma explicação mais detalhada do que ocorreu durante o andamento da ação negatória de paternidade. Em seguida, serão expostos os dois posicionamentos controvertidos acerca do caso: manter ou não o nome do pai no registro de nascimento da criança.

4.1. O desenrolar processual da ação negatória de paternidade

Em fevereiro do corrente ano, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgou procedente o Recurso Especial nº 1.330.404 - RS (2012/0127951-1), onde o relator era o Ministro Marco Aurélio Bellizze para desconstituir paternidade entre autor e réu depois de 6 anos de convívio. O referido recurso é oriundo da ação negatória de paternidade proposta, em novembro de 2005, pelo pai após descobrir que tinha sido traído por sua companheira, ora representante do recorrido, surgindo dúvidas sobre a paternidade da criança.

O requerente aduziu em sua inicial que em decorrência da união estável mantida entre ele e a ex-companheira a época do nascimento da criança, registrou o réu como se seu filho fosse, porém após descobrir que tinha sido traído passou a desconfiar da paternidade da criança e por isso propôs ação negatória de paternidade com o objetivo de realizar exame de DNA para sanar a dúvida e ao final ter sua ação julgada procedente, procedendo-se, assim, à averbação no registro de nascimento do demandado.

Em contestação, o requerido afirmou que a alegação de traição trazida pelo autor é falsa, e que ele é, indubitavelmente, seu pai. Porém após o resultado negativo do exame de DNA, passou a se defender alegando que o demandante sabia que não era seu genitor e mesmo assim o registrou, ao fim pugnou pelo reconhecimento da filiação socioafetiva existente entre os dois.

Durante a audiência de conciliação, que restou infrutífera, o demandante declarou não ter interesse em continuar visitando o menor como fazia até a data do resultado do exame de DNA em agosto de 2006, uma vez que o vínculo afetivo que existia até a data do resultado do

exame, não mais existia já que desde então o autor não estabeleceu qualquer contato com o menor que atualmente conta com 15 anos de idade.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, sob o argumento de que a paternidade socioafetiva tinha sido consolidada e por isso ela se sobrepõe a verdade biológica, conforme demonstrado na transcrição a seguir:

“[...] Compulsando os autos, verifica-se que, efetivamente, o demandante não é o pai biológico do requerido, sendo que o resultado do exame de DNA realizado foi no sentido de excluir o autor de ser o pai biológico do menor, todavia, restou demonstrado pela prova coligida, em especial pelos cartões, mensagens de afeto, e depoimento de testemunhas, que o requerido tem no autor o referencial paterno e que este preocupa-se com o menor com sentimento paternal, embora esteja momentaneamente afastado do filho, restou evidente nos autos que o autor ingressou com a presente ação, em razão das desavenças com a genitora do requerido e possíveis mágoas em relação a esta, assim como por sua resistência em pagar-lhe alimentos, tanto que requereu a exoneração de alimentos, restando claro que ambos nutrem afeto um pelo outro, e tal constatação não se apaga com o resultado do exame. Veja-se que, pelo crescimento do entendimento, em especial no Rio Grande do Sul, de emprestar maior relevância ao critério socioafetivo, deve-se Superior Tribunal de Justiça entender o estado de filiação, a posse do estado de filho, que é determinado pela ostensividade da situação de pai e filho e pelo tratamento entre eles como se o fossem, somados por óbvio, a presença do afeto, e é a existência deste que se evidencia com o exame da prova feita neste processo [...]”⁷⁷

Inconformado com a decisão, o autor interpôs apelação sustentando não ser possível a prevalência da paternidade socioafetiva já que ela resultou de erro, de um vício de consentimento, uma vez que o pai só registrou a criança por acreditar que era seu filho. A decisão de segunda instância, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, julgando procedente a ação com a retificação do correlato assento de nascimento, conforme descrito abaixo:

“[...] No caso dos autos, é fato certo (por exame de DNA), e incontroverso, que o apelante não é pai biológico do apelado. Ademais, é igualmente certo que a genitora do apelado traiu o apelante, com quem mantinha relacionamento afetivo. Penso ser certo, nesse contexto, que o apelante foi mesmo induzido a erro pela genitora do apelado – a pensar que era o pai biológico de uma criança concebida na constância de um relacionamento afetivo, quando na verdade a concepção foi fruto de uma traição da mãe. Comprovado o erro – o vício na manifestação de vontade – torna-se de rigor acolher o pedido de desconstituição do registro de paternidade. Resta por analisar a relação entre erro no registro e a paternidade socioafetiva. [...] Como visto, no caso dos autos o autor/apelante vivia maritalmente com a mãe do réu/apelado. E o nascimento do réu/apelado se

⁷⁷ STJ, *RECURSO ESPECIAL* Nº 1.330.404 - RS (2012/0127951-1). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42972199&num_registro=201201279511&data=20150219&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 30 jul. 2015.

deu na constância desse relacionamento. Logo, é lícito projetar que o autor/apelante procedeu ao registro do filho da então companheira, porque achava verdadeiramente que era o pai biológico. [...] Com efeito, quanto mais certa uma pessoa está, de que o registro corresponde à verdade biológica, mais fácil será para essa pessoa depois modificar o registro. Diante de tal situação, surge a possibilidade de uma outra afirmação: não há falar em necessidade de investigar a paternidade socioafetiva. Parece lógico: se o registro como pai deu-se em estado de erro de quem registrou, o curso dos fatos que levaram a uma paternidade socioafetiva, por igual, se deu em estado de erro. [...] No mesmo passo, se pode dizer: Não há falar em paternidade socioafetiva originária de um erro no registro de nascimento, se o suposto pai soubesse que real e concretamente não era o pai do registrado.”⁷⁸

O réu, representado por sua genitora, interpôs embargos infringentes que foram acolhidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, restabelecendo, assim, a sentença de improcedência.

Por fim, nas razões de seu recurso especial, o autor alegou, novamente, que foi induzido a erro pela sua ex companheira, pois acreditava verdadeiramente ser o pai da criança, e caso tivesse conhecimento da traição a época do nascimento não teria registrado o menor e o tratado como filho, tanto é verdade que quando saiu o resultado do DNA rompeu definitivamente qualquer ligação que tinha com a criança. Ressalta também que a tese de paternidade socioafetiva é infundada, já que foi resultado de um vício de consentimento e que há anos as partes não mantêm contato, impossibilitando, assim, a constituição de uma afetividade.

Em suma, o STJ embasou sua decisão de acolher o pleito autoral nos seguintes argumentos:

“Em conclusão, é de se acolher a pretensão de desconstituição da paternidade registral, porquanto evidenciado: i) que o declarante, ao proceder o registro de nascimento, sob a presunção *pater is est*, foi induzido em erro; ii) que a relação de afeto então estabelecida entre pai e filho registrais, igualmente calcada no vício de consentimento originário, restou definitivamente rompida; e iii) que não houve manifestação consciente e voluntária do apontado pai registral de ser reconhecido juridicamente como tal (pressuposto da configuração da filiação socioafetiva), após saber que não é o genitor da criança.”⁷⁹

A discussão principal desse caso envolve o melhor interesse da criança, princípio consolidado no ordenamento brasileiro conforme foi demonstrado no capítulo anterior: se ele é protegido na decisão do STF ou nas decisões do juiz de primeira instância e do TJ do Rio Grande

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Idem.

do Sul. Acolheremos a posição adotada pelas instâncias que decidiram pela manutenção do nome do pai no registro de nascimento, sob a alegação de estar consolidada a paternidade socioafetiva entre as partes. O embasamento para esse posicionamento será explicado nos subcapítulos seguintes.

4.2. A desnecessidade da afetividade à época da discussão da filiação

O STJ, em seu julgamento, alegou que a filiação socioafetiva não havia se formado, visto que as partes se afastaram há quase 10 anos, portanto a falta de contato entre autor e réu impossibilita o estabelecimento da socioafetividade. Apesar da inegável importância das decisões advindas dessa Corte, esse entendimento não se mostrou o mais correto devido aos fatos que serão explicados a seguir.

Por outro lado, o juiz de primeiro grau, bem como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) decidiram por não dar provimento a ação negatória de paternidade sob o argumento de que a filiação socioafetiva estaria consolidada, visto que, conforme explicou o juiz de 1º grau “o requerido tem no autor o referencial paterno e que este preocupa-se com o menor com sentimento paternal, embora esteja momentaneamente afastado do filho”⁸⁰.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem a seguinte explicação sobre como a filiação socioafetiva é formada:

“A filiação socioafetiva decorre da convivência cotidiana, de uma construção diária, não se explicando por laços genéticos, mas pelo tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam reciprocamente o papel de pai e filho. [...] É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que, explicitam, com clareza, a existência de uma relação entre pai/mãe e filho”⁸¹.

No caso em comento, autor e réu mantinham uma relação de pai e filho conforme explicita as provas colhidas no processo como, por exemplo, cartões e mensagens de afeto e depoimentos de testemunhas que conviviam com ambos. Além das provas, corrobora tal conclusão as alegações do próprio autor durante o processo que não negou o fato de que até a feitura do exame de DNA tratava o réu como seu filho, assumindo todos os direitos e deveres da

⁸⁰ Idem.

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 672

autoridade parental, e em virtude disso a 1ª e 2ª instância gaúcha decidiram por manter o nome do autor no registro de nascimento do menor.

Nesse diapasão, necessário esclarecer que uma vez estabelecida a socioafetividade através da convivência cotidiana explicada acima, não é necessário que ela esteja presente quando a filiação for discutida judicialmente. Quando questões como essa chegam ao Judiciário, é justamente porque não existe mais a afetividade que uniu pai e filho, porém esse fato é indiferente ao deslinde da questão⁸², “o importante é provar que o afeto *esteve presente durante a convivência*, que o afeto foi elo que entrelaçou aquelas pessoas ao longo de suas existências.”⁸³

Nesse contexto, necessário relembrar os já citados pressupostos da posse de estado de filho, elemento caracterizador da filiação socioafetiva, que são necessários ao reconhecimento da relação filial: *nominativo, tractatus, fama/reputatio*. O elemento *nominativo* não terá como ser constatado devido as limitações de pesquisa da presente monografia, porém isso não obstaculiza o regular andamento da explicação, vez que, conforme já explicado em capítulo anterior esse elemento é considerado dispensável pela doutrina majoritária.

Com relação aos outros dois elementos, *tractatus* e *reputatio*, com base no depoimento das testemunhas, torna-se indubitável a presença deles na relação entre autor e réu, visto que o autor tratava o menor como seu filho e essa relação filial era pública no ambiente social das partes, caso contrário as testemunhas não afirmariam a existência de um tratamento paternal despendido pelo autor.

Portanto, nos baseando nessas explicações, consideramos que decidiram de maneira correta o juiz de primeiro grau e o TJ gaúcho, posto que, a filiação socioafetiva já tinha sido estabelecida entre autor e réu devido aos 6 anos de convívio, onde o autor tratava o réu como filho, e o réu o tratava como pai. Isto posto, afasta-se a alegação trazida pelo STJ de ser impossível estabelecer a afetividade entre as partes devido ao decurso de tempo que elas estão separadas, visto que apesar não haver mais contato entre pai e filho e por consequência não há afetividade, ela existiu durante a convivência entre autor e réu.

Passemos agora a análise dos outros argumentos do Superior Tribunal de Justiça.

⁸² Ibidem, p. 672

⁸³ Idem, p. 673

4.3. O vício de consentimento e a sua impossibilidade de ocasionar a desconstituição da paternidade

Buscando embasar a sua alegação de não formação da filiação socioafetiva, o STJ alegou também que o vício de consentimento macula um dos pressupostos para a formação da socioafetividade: a livre manifestação de vontade do pai, que por ter sido enganado por sua ex-companheira, registrou o menor acreditando ser ele seu filho biológico. Segue parte do voto do relator:

“Nota-se, portanto, que a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai, daquele que despende afeto e carinho a outrem, consubstancia pressuposto à configuração de toda e qualquer filiação socioafetiva. Não se concebe, pois, a conformação desta espécie de filiação, quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento.”⁸⁴

Em sentido diametralmente oposto, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald em seu livro afirmam que existindo afetividade, a descoberta de falta de vínculo biológico entre filho e pai que o reconheceu espontaneamente não é suficiente para negar a paternidade, apenas será cabível uma indenização contra quem o induziu a erro:

“O fato de uma pessoa descobrir que o filho que, espontaneamente, reconheceu não é seu descendente (biologicamente falando) não é suficiente para implicar na negativa de filiação, quando houve um estabelecimento socioafetivo. Havendo um forte elo afetivo, não poderá o pai, de uma hora para outra, negar o filho e tudo que se formou. Nesse caso, poderá caber uma indenização contra quem, eventual e culposamente, lhe induziu a erro. Porém, no que tange ao estado de filho, deve prevalecer o melhor interesse da criança, que, a depender do caso, pode se manter o vínculo com seu pai – com aquele que, sempre, assumiu a função de pai.”⁸⁵

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Denise de Paula Andrade, aceita que a única possibilidade do pai registral contestar a paternidade é em casos de não formação do vínculo afetivo, logo, além de provar a falta de vínculo sanguíneo, o pai registral deverá demonstrar que não construiu junto ao filho uma filiação socioafetiva.⁸⁶ A citada autora ensina que:

⁸⁴ STJ, *RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.404 - RS (2012/0127951-1)*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42972199&num_registro=201201279511&data=20150219&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 10 set. 2015.

⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 673

⁸⁶ ANDRADE, D. P. Filiação Socioafetiva Decorrente do Reconhecimento Voluntário da Paternidade e a Impossibilidade de sua Desconstituição. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 35 – 50.

“Com a valorização do afeto, o reconhecimento da igualdade dos filhos e os efeitos decorrentes da posse de estado de filho, a contestação da paternidade pelo pai registral/socioafetivo, com o pedido de retificação do registro de nascimento, não possui respaldo jurídico. Inclusive nas hipóteses em que alegam justo motivo para tanto, como, por exemplo, quando induzidos a erro, manifestando seu consentimento de forma viciada, ainda assim, se consolidado o vínculo afetivo e constituída a posse de estado de filho, o vínculo de filiação não poderá ser desconstituído.”⁸⁷

Portanto, com base nesse entendimento, trona-se impossível o pleito autoral, pois apesar de ter havido um vício de consentimento quando do registro da criança, isso não se mostra suficiente para autorizar a retificação do registro de nascimento do menor, visto que a filiação socioafetiva havia se formado. Caberá ao pai somente ajuizar ação de indenização contra sua ex-companheira por ter sido enganado por ela.

Esse posicionamento é o que melhor se amolda a doutrina da proteção integral, vez que afasta a relação conflituosa entre os pais para focar apenas no melhor interesse do menor, parte vulnerável da relação. A influência dessa doutrina para o deslinde da questão será melhor explicado a seguir.

4.4. A influência da doutrina da proteção integral para o correto julgamento do caso

Conforme dito em trecho colacionado acima e no capítulo anterior, em relação ao filho menor, deve prevalecer o melhor interesse da criança, e não de seus pais. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que advém do princípio da dignidade da pessoa humana e da doutrina da proteção integral, assegura que em questões que envolvam criança ou adolescente deve-se prezar pela garantia da totalidade de seus direitos ou da maioria caso não seja possível a total proteção.

Note-se que ocorreu uma inversão na ordem de prioridade dos interesses, pois, diferente do que ocorria antes da CF/88 onde se priorizava o interesse paterno, após a promulgação da Constituição o interesse dos filhos se sobrepôs ao interesse dos pais⁸⁸. Necessário esclarecer novamente que não necessariamente o melhor interesse da criança ou do adolescente coincidirá com o que ele próprio considera ser melhor. Essa proteção especial torna-

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ ÂMBITO JURÍDICO. *Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400. Acesso em: 17 set. 2015

se necessária em virtude da condição peculiar, inerente aos menores, de pessoa em desenvolvimento já explicada anteriormente.

Em consonância com esse entendimento, Paulo Netto Lôbo, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), ao analisar o julgamento do REsp, objeto da presente monografia, discordou do entendimento do STJ ao desconstituir a paternidade, alegando que a resolução do conflito deveria se basear no melhor interesse do menor e não na vontade do pai, segue sua entrevista dada ao IBDFAM:

“Já o advogado Paulo Netto Lôbo, diretor nacional do IBDFAM, afirma que **“a decisão do STJ assenta a constituição da filiação socioafetiva na vontade do pai, no consentimento voluntário e espontâneo deste”**, disse. De acordo com Paulo Lôbo, esse entendimento contradiz o que a doutrina brasileira especializada e o próprio STJ, em outros julgamentos, consolidou nessa matéria, pois a filiação socioafetiva é objetivamente conferida na convivência real, de acordo com as circunstâncias que indicam a existência de relação paterno-filial. “O artigo 1.605 do Código Civil estabelece que a posse do estado de filiação tem natureza objetiva, pois ocorre quando houver começo de prova proveniente dos pais ou quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. O que determina a filiação ou não são esses fatos extraídos da convivência e não a vontade ou consentimento, ou, como foi o caso, o ressentimento ou reação contra a infidelidade do outro cônjuge”, argumenta. Paulo Lôbo também aponta que a prioridade, nessa matéria é do melhor interesse da criança, com a qual se estabeleceu a relação paterno-filial durante os primeiros cinco anos de vida da mesma. “O princípio do melhor interesse ilumina a investigação das paternidades e filiações socioafetivas. **A criança é o protagonista principal, na atualidade**. No passado recente, em havendo conflito, a aplicação do direito era mobilizada para os interesses dos pais, sendo a criança mero objeto da decisão. O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação”, explica.”⁸⁹

Em suma, o cerne da questão está em definir o que assegura o melhor interesse do menor: a manutenção ou a retirada do nome de seu pai de seu registro de nascimento. Entendeu o juiz de 1ª instância e o TJ/RS que a primeira opção é a melhor a ser adotada, visto que a paternidade socioafetiva já tinha se configurado. Nesse caso, o interesse do pai que se sentiu lesado por ter sido enganado por sua ex-companheira fica em segundo plano, porque o que se discute aqui é a relação entre filho e pai, nada tem a ver com a relação que esse último tem com sua ex-companheira. Caso o pai propusesse uma ação indenizatória em face da mulher, uma vez

⁸⁹ IBDFAM. *STJ autoriza desconstituição de paternidade mesmo após cinco anos de convivência*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5557/STJ+autoriza+desconstitui%C3%A7%C3%A3o+de+paternidade+mesmo+ap%C3%B3s+cinco+anos+de+conviv%C3%A2ncia>. Acesso em: 17 set. 2015.

que ela dolosamente o enganou, seria incontestável o seu direito de receber a indenização, visto que nessa ação está em jogo interesses de pessoas adultas, não envolve o interesse do filho de manter o nome de seu pai na certidão de nascimento.

A primeira vista, pode parecer errado manter o nome do pai no registro de menor já que ele foi enganado e não quis manter contato após a descoberta da traição, porém concordar com esse posicionamento é analisar o caso com foco no interesse do pai, porém como já delineado durante esse trabalho quando a controvérsia envolver criança ou adolescente, o interesse deles que deve ser protegido prioritariamente, ou seja, o foco da análise é o menor que nesse caso nada tem a ver com o erro que a mãe cometeu.

Portanto, conclui-se que a decisão de 1ª e 2ª instância é a que melhor se adequa ao ordenamento pátrio que após a promulgação da CF/88 e por consequência a recepção da doutrina da proteção integral, passou a reconhecer crianças e adolescentes como titulares de direito e também passou a protegê-las de maneira mais eficaz.

5. CONCLUSÃO

Consoante ao explanado no início do trabalho, a família brasileira sofreu profundas mudanças ao longo do tempo, e por consequência, as leis que a regulam também tiveram que mudar para se amoldar ao momento social vivido. No plano constitucional, em especial, foi notória a mudança no trato das relações familiares, o Estado, antes ausente, volta sua atenção à família, resultando numa progressiva tutela constitucional que pôde ser vista com maior vigor quando da promulgação da CF/88.

A predita constituição trouxe grande carga social e humanitária ao ordenamento jurídico pátrio, fixou os direitos e garantias fundamentais e tornou-os fundamentos do Estado, além disso, passou a se comunicar com o direito privado, disciplinando institutos que antes pertenciam apenas a esse ramo do direito, a essa interferência constitucional no direito privado deu-se o nome de “constitucionalização”.

Com relação ao direito das famílias, esse fenômeno trouxe notáveis e necessárias mudanças como, por exemplo, a criação de um novo código civil capaz de abarcar as novas relações familiares e que tivesse regras baseadas na Constituição. Criou-se então o Código Civil de 2002 que tirou o patrimônio do centro da relação familiar e colocou os seus membros no lugar,

reconhecendo-os como pessoas humanas titulares de direitos, através da imposição de valores essenciais a família, tais como: a afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, igualdade, solidariedade, carinho e qualquer outra característica relacionada ao respeito mútuo.⁹⁰

Nesse diapasão, no tocante ao tratamento despendido aos menores, a constitucionalização do direito privado proporcionou a transição entre a doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral que surgiu na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e foi inserida no ordenamento pátrio com a promulgação da CF/88.

Essa nova doutrina passou a tratar os menores como sujeitos de direitos como todo ser humano e definiu que tais direitos devem ser assegurados por todos: família, sociedade e Estado. Essa mudança fez com que as regras destinadas às crianças e adolescentes se amoldassem ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição.

A citada doutrina, que busca assegurar o interesse superior da criança e do adolescente, foi diferencial para a consolidação do reconhecimento de filiações baseadas apenas no afeto, sem vínculo sanguíneo, conhecidas como filiação socioafetiva que tem por suporte fático o seguinte: “pessoas que se comportam como pai ou mãe e outra que se comporta como filho, convivência familiar, estabilidade do relacionamento e afetividade”⁹¹.

Superada a delimitação do assunto que embasou a análise do recurso especial nº 1.330.404 – RS objeto de estudo da presente monografia, passou-se a analisar os julgamentos que ocorreram durante o desenrolar processual.

Primeiramente ponderou-se acerca das decisões de 1ª e 2ª instância gaúcha que sob o argumento da consolidação da paternidade socioafetiva, não deu provimento ao pleito autoral para retirar do registro de nascimento do menor, ora réu, o nome de seu pai registral, autor da ação.

Em seguida, foi exposto a decisão do STJ que, em contrapartida, acatou o pedido do autor e autorizou que ele retirasse seu nome do registro de nascimento do menor. A justificativa da adoção desse posicionamento foi: o vício de consentimento presente no ato do registro feito pelo autor macula um dos pressupostos para a formação da socioafetividade que é a livre manifestação de vontade do pai, portanto, torna-se impossível o estabelecimento de uma filiação

⁹⁰ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 76

⁹¹ LÓBO, P. L. N. Socioafetividade no Direito de família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamento. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v. 10, n. 5, p. 5 – 22, ago./set. 2008

socioafetiva. Também embasou seu entendimento de não existência desse tipo de filiação no fato das partes estarem há quase 10 anos sem manter contato.

Apesar da inegável importância das decisões proferidas por essa Corte, ante a perspectiva delineada no presente estudo, restou demonstrado que o Superior Tribunal de Justiça se equivocou ao julgar o caso da maneira como o fez, porquanto a filiação socioafetiva havia se consolidado já que autor e réu mantinham uma relação de pai e filho conforme explicita as provas colhidas no processo.

Portanto, uma vez estabelecida a afetividade através da convivência cotidiana, não é necessário que ela esteja presente quando a filiação for discutida judicialmente, basta provar que a sua presente durante a convivência entre pai e filho.

Ademais, a alegação de que o vício de consentimento é um óbice à formação da filiação socioafetiva deveria ser afastada por não ser suficiente para autorizar a retificação do registro de nascimento do menor, visto que a referida filiação havia se formado.

Aparentemente, pode parecer errado manter o nome do pai no registro de menor já que ele foi enganado e não quis manter contato após a descoberta da traição, porém concordar com esse posicionamento é analisar o caso com foco no interesse do pai, porém como já delineado durante esse trabalho quando a controvérsia envolver criança ou adolescente, o interesse deles que deve ser protegido prioritariamente, ou seja, o foco da análise é o menor que nesse caso nada tem a ver com o erro que a mãe cometeu.

Apesar disso, é inegável o entendimento de que caberia ao pai uma indenização a ser paga por sua ex-companheira por ter o enganado. Nesse caso trata-se de interesse de pessoas adultas, onde o filho não está envolvido, portanto não há que se falar em prioridade de interesses.

Conforme fixado no decorrer da monografia, em relação ao filho menor, deve prevalecer o melhor interesse da criança, e não de seus pais. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que advém do princípio da dignidade da pessoa humana e da doutrina da proteção integral, assegura que em questões que envolvam criança ou adolescente deve-se prezar pela garantia da totalidade de seus direitos ou da maioria caso não seja possível a total proteção.

Em suma, conclui-se que a decisão de 1ª e 2ª instância é a que melhor de adequa ao ordenamento pátrio, em especial ao caráter humanizado da CF/88 e à doutrina da proteção integral que tornou crianças e adolescentes titulares de direitos e também passou a protegê-las de maneira mais eficaz.

REFERÊNCIAS

1. ÂMBITO JURÍDICO. *Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400. Acesso em: 17 set. 2015
2. AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenação) e Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (Revisão Jurídica). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53 – 59
3. AMIM, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenação) e Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (Revisão Jurídica). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 60 – 73
4. ANDRADE, D. P. Filiação Socioafetiva Decorrente do Reconhecimento Voluntário da Paternidade e a Impossibilidade de sua Desconstituição. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 35 – 50.
5. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
6. BRASIL, *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 31 mai. 2015.
7. BRASIL, *Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em 27 mai. 2015.
8. BRASIL, *Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em 25 mai. 2015.
9. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 mai. 2015.
10. BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 20 mai. 2015.

11. BRASIL. *Lei 11.698, de 13 de junho de 2008*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em 23 abr. 2015.
12. BRASIL. *Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em 23 abr. 2015.
13. BRASIL. *Lei 12.318, de 28 de agosto de 2010*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em 23 abr. 2015.
14. BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em 19 mai. 2015.
15. BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 23 abr. 2015.
16. CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
17. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 2285 de 25 de outubro de 2007*. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F5D57599D4538A7B578F30B66A1A7EA6.proposicoesWeb2?codteor=517043&filename=PL+2285/2007. Acesso em 28 abr. 2015.
18. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 14 set. 2015.
19. COSTA, D. J. Filiação jurídica, biológica e socioafetiva. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 45, n. 180, p. 83 – 100, out./dez. 2008.
20. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 672
21. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

22. IBDFAM. *STJ autoriza desconstituição de paternidade mesmo após cinco anos de convivência*. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5557/STJ+autoriza+desconstitui%C3%A7%C3%A3o+de+paternidade+mesmo+ap%C3%B3s+cinco+anos+de+conviv%C3%Aancia>. Acesso em: 17 set. 2015.
23. KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
24. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
25. LÔBO, P. L. N. Socioafetividade no Direito de família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamento. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v. 10, n. 5, p. 5 – 22, ago./set. 2008.
26. MACIEL, Kátia Regina F. L. A., Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina F. L. A. (Coordenação) e Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (Revisão Jurídica). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 123 – 137.
27. PEREIRA, Sérgio Gischkow. A imprescritibilidade das ações de Estado e a socioafetividade: repercussão do tema no pertinente aos arts. 1.601 e 1.614 do Código Civil. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (Coordenadores). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 425 – 438.
28. STJ, *RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.404 - RS (2012/0127951-1)*. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42972199&num_registro=201201279511&data=20150219&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 30 jul. 2015.
29. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199700198383&dt_publicacao=28/06/1999&cod_tipo_documento=3. Acesso em 09 set. 2015.
30. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/websectj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=9888629&tipo=51&nreg=200702526975&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100607&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 09 set. 2015.

31. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199700198383&dt_publicacao=28/06/1999&cod_tipo_documento=3. Acesso em 09 set. 2015.