

**UFRRJ**  
**INSTITUTO TRÊS RIOS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MONOGRAFIA**

**Filiação socioafetiva: diretrizes interpretativas à luz  
dos entendimentos estabelecidos pelo Superior  
Tribunal de Justiça**

**Daniele Xavier de Lima Carvalho**

**2014**



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO  
INSTITUTO TRÊS RIOS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: DIRETRIZES INTERPRETATIVAS À  
LUZ DOS ENTENDIMENTOS ESTABELECIDOS PELO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**DANIELE XAVIER DE LIMA CARVALHO**

*Sob a Orientação da Professora*  
**Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza**

Monografia submetida como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito**, no Curso de Graduação em Direito.

Três Rios, RJ  
Janeiro de 2014

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO  
INSTITUTO TRÊS RIOS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DANIELE XAVIER DE LIMA CARVALHO**

Monografia submetida como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito**, no Curso de Graduação em Direito.

MONOGRAFIA APROVADA EM -----/-----/-----

---

Professora Dra. Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza  
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Orientadora

---

Professor Dr. Allan Rocha de Souza  
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

---

Professor Me. Vitor de Azevedo Almeida Junior  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Voltarei a estes temas tantas vezes quanto o indicar o curso da minha investigação e da minha polémica. [...] Nenhum deles está acabado e não o estará enquanto eu viver e pensar e tiver algo a acrescentar ao que escrevi, vivi e pensei. [...] Novamente repito que não sou um crítico imparcial. [...] Meus juízos se nutrem de meus ideais, de meus pensamentos, de minhas paixões.

*José Carlos Mariátegui*

## AGRADECIMENTOS

Cursar uma Faculdade Federal de Direito era um sonho da infância que hoje, já bem mais amadurecida pelo tempo, vejo ser realizado com muita satisfação.

Atingir este objetivo só foi possível porque pessoas incríveis ofereceram apoio, se dispuseram a me ajudar e se tornaram merecedoras desta conquista junto comigo.

Agradeço a Deus pela oportunidade, força e sabedoria ao longo destes anos. Sempre me lembrarei que “Tudo posso naquele que me fortalece”.

Aos meus pais que sempre se empenharam para dar condições aos filhos de irem além.

Ao meu esposo, que soube respeitar minha ausência, a dedicação aos estudos e o cansaço no final do dia.

Aos irmãos e amigos que esperaram pacientemente o fim destes cinco anos para me terem de volta, mais perto, mais inteira.

À minha filha que tantas vezes deixei chorando em casa para cumprir com meus compromissos acadêmicos. Sobrevivemos!

Aos professores que foram verdadeiramente mestres e também pacientes e acolhedores, sobretudo quando eu mais precisei.

À orientadora, Professora Vanessa, que me aceitou e estimulou neste trabalho de conclusão de curso, sabendo respeitar minhas limitações, imperfeições e falta de tempo. Sua sabedoria é fonte de aprendizagem e me traz profunda admiração.

Enfim, a todos o meu ‘*muito obrigada*’ por fazerem parte desta história.

## RESUMO

O presente estudo objetivou entender como a socioafetividade tem sido aplicada nas relações paterno-filiais, sobretudo nas ações judiciais em que o/a pai/mãe registral ou terceiro interessado, comprovada a inexistência de vínculo biológico, requer a desconstituição do vínculo jurídico, excluindo o dado referente à paternidade/maternidade do registro de nascimento do filho. O ponto central da análise era entender se, em razão da existência da socioafetividade, pai ou mãe devem ser mantidos nesta posição, ainda que não se proponham a conservar o vínculo afetivo que um dia os uniu. Para tanto, estudou-se sobre as mudanças vividas pela sociedade que resultaram na atual configuração de família, passando por um resgate histórico sobre o direito de filiação, o reconhecimento dos filhos e a investigação de paternidade, culminando na relevância jurídica que a socioafetividade adquiriu ao longo dos anos, tornando-se objeto de vários estudos e debate no âmbito jurídico. Por fim, buscou-se verificar de que forma o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a socioafetividade nas ações de desconstituição de paternidade, com vistas a encontrar elementos que possam responder ao questionamento central deste estudo.

**Palavras-Chave:** Relação paterno-filial, Desconstituição de Paternidade, Socioafetividade.

## ABSTRACT

This study aimed to understand how socio-affection has been applied in the parents-children relationship, especially in cases where the registered father / mother or interested part, after confirming the absence of biological connection, requires deconstitution of the legal relationship, excluding paternity / maternity related data of the child's birth record. The central point of the analysis was to understand whether, existing socio-affection, father or mother must be kept in this position, even if they do not intend to retain the affective bond that once united them. For this, the changes experienced by the society that resulted in the current configuration of family were studied, going through a historical review on the right of becoming a member of the family, recognition of children and paternity investigation, culminating in legal significance that socio-affection has acquired over the years, becoming the subject of several studies and debate in the legal sphere. Finally, was tried to verify how the Supreme Court has applied socio-affection in lawsuit of deconstitution of parenthood, aiming to find elements that can respond to the central question of this study.

**Keywords:** Parents-children relationship, Deconstitution of Parenthood, Socio-affection.

## LISTA DE ABREVIACÕES

CC ou CC/02	Código Civil de 2002
c/c	combinado com
CF ou CF/88	Constituição Federal de 1988
CJF	Conselho de Justiça Federal
DNA	Ácido Desoxirribonucleico, referente ao exame de pareamento cromossômico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	1
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I – A FAMÍLIA E SUA CONSTITUIÇÃO CONTEMPORÂNEA</b> .....	12
1.1 A Mudança de Paradigmas e a Superação da Família Patriarcal.....	12
1.2 Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Direito de Família.....	15
1.3 A Nova Configuração de Família e os Aspectos Relevantes de sua Formação.....	24
1.3.1 Família Socioafetiva.....	25
<b>CAPÍTULO II – FAMÍLIA BRASILEIRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO</b> ....	28
2.1 Breve Resgate Histórico sobre o Direito à Filiação.....	28
2.2 A Constituição do Vínculo Paterno-filial.....	30
2.2.1 Critério jurídico (presunção legal).....	31
2.2.2 Critério biológico.....	36
2.2.3 Critério afetivo.....	37
2.3 O Reconhecimento da Relação Paterno-filial.....	42
2.4 Investigação de Paternidade.....	46
2.5 Os Contornos da Socioafetividade e sua Relevância Jurídica.....	49
<b>CAPÍTULO III – O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA</b> .....	54
3.1 As Ações de Desconstituição da Paternidade.....	54
3.2 O Entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à Paternidade Socioafetiva.....	60
3.3 A Aplicação da Socioafetividade nas Ações de Desconstituição da Paternidade Julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça – Análise Jurisprudencial .....	61
<b>CONCLUSÃO</b> .....	80
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	83

## INTRODUÇÃO

Todo assunto que permeia um estudo no Direito de Família tende a ser desafiador, à medida que, em geral, se depara com a quebra de um paradigma, a reformulação de conceitos, as transformações sofridas pelo objeto de estudo, a construção de novas ideias, enfrenta a dicotomia entre o conservador e o contemporâneo.

Dos diversos temas na área, a relação paterno-filial construída a partir da socioafetividade parece sofrer de forma potencializada as implicações acima descritas e foi eleita o objeto de estudo deste trabalho.

A constituição da família no formato do modelo mononuclear burguês por décadas encontrou no cenário brasileiro um espaço propício para sua consolidação social e proteção jurídica. Mas, os valores morais e sacros que lhe serviram de fundamento não foram capazes de tolir as liberdades individuais para sempre e gradativamente novos valores e condutas foram sendo experimentados, a família adquiriu uma nova feição, desvinculada dos laços patrimoniais que a unia e passou a valorizar os vínculos afetivos, a privilegiar a proteção de seus membros, sobretudo, aqueles vulneráveis por natureza, tudo isso em observância ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Estas mudanças e a reformulação na constituição da família foram abordadas no primeiro capítulo do estudo, o qual não deixou de mencionar os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, reconhecendo a importância que a Constituição Federal de 1988 tem na efetiva proteção da família, pois é neste núcleo que os indivíduos se formam, constroem sua identidade e, a partir desta construção, se inserem socialmente e tornam-se agentes de transformação.

Abordar a relação paterno-filial exige o estudo sobre a família, mas também se torna imperativo particularizar o direito à filiação, tendo o trabalho no segundo capítulo se proposto a fazer um breve resgate histórico sobre o assunto. Buscou-se entender como se deu a transformação de um direito fixado em parâmetros morais rígidos, que conferia direitos apenas aos filhos nascidos na constância do casamento, para um direito que reconhece a igualdade entre os filhos, independente da existência de vínculos entre os genitores, fazendo, enfim, a clara distinção entre aquilo que é relação conjugal e a relação paterno-filial.

Ainda neste capítulo, foram apresentadas as formas de reconhecimento da filiação e a adoção dos critérios jurídico, biológico e afetivo para defini-la; bem como a possibilidade de verificação do vínculo consanguíneo por meio do exame de DNA e no curso da ação de investigação de paternidade.

Será demonstrado como a valorização da socioafetividade foi ganhando espaço no cenário atual e servindo de critério preponderante para a definição da relação paterno-filial, a ponto de adquirir relevância jurídica e ser considerada tema de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

No entanto, como ressaltado, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica, ou vice-versa, é assunto polêmico, desafiador e está longe de ser tratado com consenso.

A facilidade de acesso ao exame de DNA aumentou exponencialmente o número de pessoas que procuram o Judiciário alegando a ausência do vínculo biológico para pleitearem a desconstituição do vínculo jurídico estabelecido com um filho.

Porém, como demonstrado ao longo do trabalho, o referido exame há muito deixou de ser considerado “a rainha das provas”, de ser visto como incontestável e capaz de fazer romper este vínculo. A mudança no referencial de família e o entendimento de que não é apenas o vínculo biológico que une os membros de um grupo tem colocado em xeque estes pedidos ao confrontá-los com a existência da paternidade socioafetiva.

Assim, no terceiro capítulo buscou-se delimitar o objeto das ações de desconstituição da paternidade, seu fundamento jurídico, a legitimidade para proposição da ação e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto a paternidade socioafetiva, uma vez que ela tem sido utilizada como o principal argumento para negar os pedidos.

A partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, o estudo objetivou levar o interlocutor a problematizar a aplicação da socioafetividade nas ações de desconstituição da paternidade a partir das teses defendidas pelo Superior Tribunal de Justiça, podendo, desta forma, avaliar a pertinência de se sobrepor um critério ao outro ou descobrindo, ao final, questões que vão além desta discussão inicial.

## CAPÍTULO I – A FAMÍLIA E SUA CONSTITUIÇÃO CONTEMPORÂNEA

### 1.1 A Mudança de Paradigmas e a Superação da Família Patriarcal

Toda regulamentação que gira em torno do Direito de Família está intrinsecamente ligada às formatações que esta entidade assumiu e às diversas variações que sofreu ao longo dos anos.

Tal constatação requer dos estudiosos sobre o assunto e, principalmente, dos legisladores uma constante observação, a fim de que as normas por estes editadas sejam condizentes com aquilo que se pretende regulamentar e se aproximem ao máximo da realidade.

Assim, para entender as mudanças vividas neste tempo é importante fazer um resgate histórico a partir do período que exerceu maior influência sobre a realidade que vivida, o que remete, indubitavelmente, ao período romano.

A família romana era formada a partir de um viés religioso forte, sendo caracterizada por um grupo de pessoas que viviam sob um mesmo lar, unidas por rituais sagrados a um antepassado comum. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. Não foi a religião que criou a família, mas foi certamente quem lhe deu regras. Foi responsável por estabelecer o casamento, a autoridade paterna, a definição da linha de parentesco, o direito de propriedade e de sucessão.

Tal era a importância da religião em Roma que a união dos plebeus não era considerada como família pelos patrícios, uma vez que não havia os rituais sagrados e o culto doméstico a uma divindade.

Como a família era constituída em prol da religião e esta se mantinha a partir da descendência masculina, o *pater familias* assumia o compromisso de manter vivos os filhos (homens), como uma garantia de perpetuação da família e do culto; quanto às filhas (mulheres), estas poderiam ser abandonadas ou mortas, exceto a mais velha, o que reduzia, significativamente, o número de mulheres na Roma Antiga.

Segundo Pinho,

A família romana era um organismo religioso, social, econômico e, sob certo aspecto, até militar, reunido debaixo da autoridade de um *pater familias* vivo: era a família *iure comnmi*. Seus aspectos mais característicos centravam-se no *domus* e na religião, de sorte que, em síntese, se pode definir a expressão família romana como ‘um grupo de pessoas sob mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados’.<sup>1</sup>

Observamos, portanto, que o núcleo familiar estava estruturado em torno da autoridade do chefe de família, o patriarca, do qual dependia todo o grupo familiar. À mulher estavam reservados os afazeres domésticos, a procriação e cuidado com a prole, sendo-lhe exigida a monogamia.

Ressalta Teixeira,

O casamento era definidor da situação inclusiva ou exclusiva dos filhos. Ele era, portanto, um fator de legitimação da filiação. Os filhos ilegítimos, ou bastardos eram severamente condenados, e punidos com incapacidade política e sucessória. A função da família ultrapassava o âmbito doméstico. Era, a um só tempo, unidade política, religiosa e econômica.<sup>2</sup>

Neste cenário, todos os membros do grupo familiar pertenciam ao patriarca, que simbolizava uma soberania doméstica. Os filhos eram propriedades do pai, que podia deles dispor conforme sua conveniência.

Somente com a expansão do Cristianismo, no século II, alguns direitos conferidos ao patriarca passaram a ser relativizados.

Esta estrutura familiar patriarcal exerceu grande influência sobre a formatação da família e do Direito no Brasil, sobretudo em razão de se ter importado de Portugal as primeiras legislações, sendo o referido país eminentemente de tradição romana.

Teixeira demonstra com clareza a influência romana e portuguesa na organização da família brasileira até o século passado.

A família pré e pós-codificada [Código Civil de 1916] era marcadamente patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada. Seu *locus* era uma sociedade eminentemente agrária. O pai, centro da grande família e detentor do patrimônio, também estava no topo da pirâmide, decidindo qual seria o destino de todas as pessoas que lhe eram subordinadas: filhos, parentes e empregados. A família era desenhada em moldes semelhantes à família romano-canônica. Esse foi o modelo de

---

<sup>1</sup>PINHO, Leda. *A mulher no Direito Romano: Noções históricas a cerca de seu papel na constituição da entidade familiar*. Disponível em: [www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/428/343](http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/428/343). Acesso em: 01/04/2009.

<sup>2</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro : Renovar, 2009. p.14.

família assumido pelo Código Civil de 1916, deixando marcas legislativas que perpetuaram até o final do século passado.<sup>3</sup>

O casamento era a única forma lícita de constituição da família e era a partir dele que se reconhecia ou rejeitava a concepção dos filhos.

A família reconhecida pelo Código Civil de 1916, ao conferir uma série de poderes ao seu chefe, representado pelo marido/pai, trazia em seu bojo a proteção do interesse econômico. Neste contexto, a afetividade tinha um papel irrelevante, tanto no casamento, quanto nas relações paterno-filiais.

Para atender a opção patrimonialista do Código Civil de 1916, foi necessário assegurar o autoritarismo da figura masculina, a discriminação nas relações familiares, a proteção da família e a exclusão dos filhos não legítimos.

Com o passar do tempo houve a quebra da ideologia patriarcal, impulsionada pela revolução feminista, pela inserção da mulher no mercado de trabalho, pelo advento de novos métodos contraceptivos que lhe deram maior autonomia. Esta mudança de paradigma possibilitou que as famílias redefiniram os papéis assumidos por seus membros, sobretudo em relação ao homem, que foi compelido a dividir tarefas e a desenvolver uma nova forma de paternidade.

A família passou por profundas mudanças em relação à sua função, natureza, composição e constituição ao longo do século XX, acompanhando as transformações sociais que alteraram importantes segmentos da sociedade.

No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.<sup>4</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro acompanhou a tendência mundial e ofereceu proteção especial para a família, reconhecendo-a como base da sociedade (art. 226, CF). Tal reconhecimento implica em perceber que é a partir deste núcleo que os cidadãos serão formados e influenciados em suas condutas, valores e projetos individuais e sociais. Portanto, investir na família significa também cuidar do perfil de sociedade que se pretende ter.

---

<sup>3</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro : Renovar, 2009. p. 20.

<sup>4</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil : Família*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 17.

## 1.2 Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Direito de Família

Para o estudo do Direito de Família, a partir da proteção oferecida pela Constituição Federal de 1988, torna-se necessário identificar os princípios constitucionais aplicáveis a esta área de conhecimento, os quais estão intrinsecamente relacionados com as novas feições da família brasileira.

### 1. Dignidade da pessoa humana

Na definição de Paulo Lôbo,

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.<sup>5</sup>

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no qual se constituiu a República Federativa do Brasil. Ao resguardá-la no primeiro artigo do texto constitucional, tratou o constituinte de consagrar este fundamento como valor nuclear da ordem constitucional.<sup>6</sup>

A dignidade é um valor e um princípio. Valor porque encerra o cerne da opção personalista da sociedade contemporânea. Em razão de a pessoa estar no centro do ordenamento jurídico, sua dignidade deve ser protegida e promovida, o que demanda ações negativas e positivas do Estado e da sociedade para alcançar tal intento. Juntamente com outros valores – que também foram alçados à categoria de princípios jurídicos – tais como a liberdade e igualdade, formam a teia axiológica eleita pela sociedade brasileira contemporânea. Além disso, a dignidade é também princípio jurídico, uma vez que é o norte hermenêutico de todo o Direito, que exige a releitura de todos os institutos sob o novo olhar da pessoa humana, cujo conteúdo deve ser preenchido com os valores eleitos pela população, muitos deles jurisdicizados. Por isso é norma-fonte inesgotável de direitos e garantias fundamentais. É também fundamento da República, ou seja, a República Brasileira repousa todos os seus alicerces sobre o compromisso de realização da dignidade humana.<sup>7</sup>

Neste sentido, leciona Maria Berenice Dias,

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a

<sup>5</sup>LÔBO, Paulo. *Direito Civil* : Família. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 60.

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 62

<sup>7</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro : Renovar, 2009. p.65.

despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.<sup>8</sup>

Segundo a referida autora, o reconhecimento deste fundamento não serve apenas à limitação do Estado em suas ações, mas deve também servir como orientação para a adoção de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada indivíduo.

A dignidade da pessoa humana deve ser entendida a partir das relações que a perpassam e por sua subjetividade. A família mostra-se como o espaço propício para o respeito deste princípio na medida em que se torna o primeiro local para desenvolvimento das relações interpessoais e formação da personalidade do indivíduo.

Seguindo a determinação da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>9</sup>, a Constituição Federal de 1988 insculpiu princípios que visam proteger direitos e garantias das relações familiares.

Nos dizeres de Tepedino,

É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquela que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.<sup>10</sup>

Importante lembrar que na família patriarcal o poder sobre a família era exercido de forma soberana pelo homem. Neste modelo, a dignidade da pessoa humana não fazia parte da realidade da maior parte das famílias, havendo, ao contrário, o jugo de seus membros ao poder patriarcal, socialmente reconhecido.

Na família contemporânea busca-se o pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas que compõem o grupo familiar, otimizando o potencial de cada indivíduo e oferecendo a ele meio propício para sua realização pessoal.

Neste sentido, Paulo Lôbo propõe um novo olhar sobre a função da família na sociedade contemporânea, sendo ela responsável pela valorização do interesse da pessoa humana, em especial a dignidade de seus membros.

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 63.

<sup>9</sup> Art. XVI, 3 – a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

<sup>10</sup>TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 398.

humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito.<sup>11</sup>

Tartuce relembra os dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira ao discorrer sobre a escolha do tema do V Congresso Brasileiro de Família:

Seguindo a tendência personalista do Direito Civil, o Direito de Família assumiu como seu núcleo axiológico a pessoa humana, como seu cerne a dignidade humana. Isso significa que todos os institutos jurídicos deverão ser interpretados à luz desse princípio, funcionalizando a família à plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. A família perdeu, assim, o seu papel primordial de instituição, ou seja, o objeto perdeu sua primazia para o sujeito. Seu verdadeiro sentido apenas se perfaz se vinculada, de forma indelével, à concretização da dignidade das pessoas que a compõe, independentemente do modelo que assumiu, dada sua realidade plural na contemporaneidade.<sup>12</sup>

Embora exista uma multiplicidade de formações familiares, os núcleos constituídos preservam certas qualidades (solidariedade, afeto, respeito, dentre outras) com vistas ao desenvolvimento pessoal e social de seus membros.

O ordenamento jurídico brasileiro vem assegurando direitos aos membros de uma família, sobretudo àqueles culturalmente mais expostos a situações de vulnerabilidade (mulher, criança e o idoso), a fim de ver preservada sua dignidade.

Para Maria Berenice Dias<sup>13</sup> uma das formas de garantia da existência digna dos membros de uma família é a possibilidade de constituir ou desconstituir seu núcleo familiar, lembrando que a família deve se propor ao pleno desenvolvimento de seus membros e não deve servir como meio de repressão; é nesse sentido que ela deve ser feita ou desfeita em razão da função que desempenha para seus membros.

## 2. Liberdade

De acordo com Paulo Lôbo,

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externa de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde

<sup>11</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil : Família*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 22.

<sup>12</sup> TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_princfam.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc). Acesso em 06 out.2013.p.6

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 63

que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.<sup>14</sup>

A liberdade, no âmbito do direito das famílias, foi consagrada na Constituição Federal de 1988 em diversos momentos, como, por exemplo, ao garantir a liberdade de constituição e dissolução da sociedade conjugal ou marital, ao estabelecer direitos iguais nesta relação e regular situações patrimoniais mais justas, ao redimensionar o conteúdo da autoridade parental e a responsabilização conjunta dos pais pelo desenvolvimento integral dos filhos, privilegiando entre estes uma relação mais solidária.

Como expressões do direito à liberdade, Maria Berenice Dias<sup>15</sup> destaca a necessidade do adotando, a partir dos 12 anos, concordar com a adoção (ECA, art. 45, §2º); a possibilidade do filho de impugnar o reconhecimento realizado quando era menor de idade (CC, art. 1.614); a liberdade de expressão e de opinião (ECA, art. 16, II); a liberdade de participar da vida familiar e comunitária sem discriminação (ECA, art. 16, V).

A liberdade como princípio apresenta duas vertentes em nosso ordenamento: liberdade da entidade familiar frente ao Estado e a sociedade; liberdade de cada membro em relação aos outros e à própria entidade familiar. Paulo Lôbo<sup>16</sup> relembra que o princípio da liberdade deve abranger a criação, extinção, reinvenção da família e que o Estado só deve interferir nestes aspectos quando implicar em situações que repercutem no interesse geral da sociedade.

### 3. Igualdade e respeito à diferença

Tratar sobre a igualdade pressupõe a observância às desigualdades. Nesse sentido, deve a norma equilibrar as diferenças para promover a igualdade, extrapolando os limites da igualdade formal, em busca da igualdade material.

Por muitos anos a desigualdade entre os filhos era a marca no Direito de Família, rotulando seus membros e a constituição de suas relações entre legítimos e ilegítimos e, por consequência, determinando direitos diferenciados conforme a categoria à qual se faz parte.

A Constituição Federal de 1988 pôs fim a esta distinção e consagrou o princípio da igualdade no Direito de Família ao inseri-lo no art. 5º, *caput* (igualdade de todos perante a lei) e inciso I (igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres); no art. 226, §5º (igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal); no art. 227,

---

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil* : Família. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 69.

<sup>15</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 64.

<sup>16</sup> LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 70.

§7º (igualdade na decisão em relação ao planejamento familiar).

Destacamos de modo especial seu alcance sobre o direito à filiação, proibindo qualquer discriminação em relação aos filhos, tenham sido eles gerados na constância do casamento ou não, ou inseridos no núcleo familiar por meio da adoção, conforme disciplina o art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988.

Souza alerta para o fato de que

A família é o primeiro grupo em que o homem desenvolve a sua atividade social, devendo ser, portanto, o campo propício para o desenvolvimento do ser em sua integralidade. Para tanto, não se poderia mais tolerar qualquer tipo de diferença entre os seus membros, de forma que, concomitantemente à equiparação entre os genitores na condução familiar, tornou-se premente a cessação das anteriores discriminações sofridas pelos filhos, sobretudo no que diz respeito ao tema do reconhecimento.<sup>17</sup>

Nos dizeres de Tartuce,

Isso (a não distinção entre os filhos) repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, portanto, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.<sup>18</sup>

O princípio da igualdade deve ser observado em várias instâncias, para que o seu cerne de fato seja observado e cumpra o objetivo proposto.

Neste sentido, Paulo Lôbo afirma que

O princípio constitucional da igualdade (a fortiori normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano.<sup>19</sup>

Falar em igualdade não significa enquadrar as pessoas e situações em formatos engessados e aplicar a todos, indistintamente, as mesmas regras. Como visto, a família é um espaço onde deve sempre ser privilegiada a dignidade da pessoa humana, o qual pressupõe um respeito às diferenças, às individualidades e particularidades dos membros de uma família.

Não deve a lei criar direitos que promovam a distinção entre os membros da família criando privilégios para uns em detrimento dos outros. Mas, é importante que não se confunda

---

<sup>17</sup>SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 47.

<sup>18</sup>TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: [http://www.flavioartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_princfam.doc](http://www.flavioartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc). Acesso em 06 out.2013.p.8.

<sup>19</sup>LÔBO, Paulo. *Direito Civil : Família*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 66.

diferença entre os membros de uma família com a proteção especial conferida à criança e ao adolescente, por exemplo, em razão de estarem mais suscetíveis a situações de vulnerabilidade

#### 4. Solidariedade

De acordo com Maria Berenice Dias,

Esse princípio (o da solidariedade), que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste.<sup>20</sup>

Paulo Lôbo destaca, ainda,

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.<sup>21</sup>

O referido autor sinaliza que o princípio jurídico da solidariedade é resultado da superação do individualismo, seja no campo jurídico ou social. O que antes era visto como dever moral ou caridade adquiriu contornos mais específicos a partir da Constituição Federal de 1988 e tornou-se um dos pilares do direito de família, assegurado, de modo especial, como dever de proteção imposto ao Estado e à sociedade em prol do grupo familiar, da criança e do adolescente e das pessoas idosas.

Para Tartuce,

A solidariedade é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.<sup>22</sup>

Aplicando-o às relações cotidianas, a Constituição Federal de 1988 ao impor o dever de assistência dos pais em relação aos filhos menores e dos filhos em benefício dos pais idosos consagrou o princípio da solidariedade. O mesmo ocorre em razão dos alimentos

---

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 66

<sup>21</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil : Família*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 62.

<sup>22</sup> TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_princfam.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc). Acesso em 06 out.2013.p.6.

devidos aos membros da família entre si e ao direito de visitação assegurado à família extensa (avós e tios).

Assim, em termos práticos, é possível afirmar também que a solidariedade implica na assistência moral e material mútuas entre os cônjuges e companheiros e no cuidado dispensado ao filho até atingir a maioridade, garantindo-lhe o sustento material, moral e educacional.

## 5. Pluralismo das entidades familiares

A diversidade de composições familiares atual é um fato que deve receber o amparo do ordenamento jurídico, a começar pelo texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu os novos arranjos e juntamente com as legislações infraconstitucionais tem oferecido a garantia de uma maior amplitude de direitos.

De acordo com Maria Berenice Dias,

A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.<sup>23</sup>

Neste contexto, estão se consolidando as uniões homoafetivas, as uniões estáveis paralelas e as famílias pluriparentais que vem gradativamente alcançando reconhecimento e proteção.

## 6. Princípio da convivência familiar

Segundo definição de Paulo Lôbo, “a convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”.<sup>24</sup>

Ressalta-se, pela definição apresentada, que a convivência familiar constitui uma relação e não, necessariamente, pressupõe um espaço físico que limite esta relação. Afinal, o contexto social hodierno permite o desmembramento do espaço de convivência, ainda que mantenha um lugar que é comum e que congrega os membros de uma família, dando-lhe

---

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 67

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil : Família*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

feição.

Considerando a importância deste espaço comum a uma família e que a mantém junta, privilegiando a solidariedade e o afeto, tratou o legislador de assegurar sua inviolabilidade, consoante o texto constitucional, art. 5º, XI, segundo o qual a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em situações específicas.

Importante lembrar que o direito à convivência familiar não se esgota na família nuclear, sobretudo em uma sociedade como a brasileira na qual as relações de afeto, cuidado e cooperação se estendem a outros membros que não integram o núcleo, tais como os avós e tios, por exemplo. Assim, muitas situações submetidas ao Judiciário têm sido resolvidas levando-se em consideração esta realidade e permitindo, em nome da convivência familiar, o direito de visitação de outros parentes que não os pais.

Neste sentido, a Lei 12.398, de 2011 contribui ao acrescentar o parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil assegurando aos avós o direito de visita, observados os interesses da criança e do adolescente.

## 7. Proteção integral à criança e ao adolescente

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 assegura às crianças, adolescentes e jovens, *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, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, neste mesmo viés, traçou diretrizes para a efetivação destes direitos consagrados constitucionalmente. Este diploma legal reconhece as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e merecedores de proteção integral, consoante o princípio do melhor interesse, visando o seu desenvolvimento integral.

Nos dizeres de Paulo Lôbo,

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de igualdade.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: Família. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 75.

A valorização deste princípio parte da premissa de que as crianças e adolescentes enquanto seres em desenvolvimento possuem o potencial de formar e influenciar o futuro deles próprios e até de um país e, portanto, precisam ser respeitados enquanto sujeitos de direitos, com uma vida digna e atuantes de forma participativa, não como meros coadjuvantes ou submissos a um poder familiar arbitrário e limitado.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem papel relevante nas questões envolvendo a paternidade socioafetiva frente à paternidade biológica, pois deve servir como norteador das decisões judiciais sobre esta demanda.

O reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direito e dignos de proteção integral serve como baliza na tomada de decisões envolvendo os interesses deste grupo, o qual deve ser observado, ainda que em detrimento dos interesses de seus pais.

## 8. Afetividade

Paulo Lôbo conceitua o princípio da afetividade como aquele que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.<sup>26</sup>

O reconhecimento da afetividade enquanto elemento que congrega a família vem ao encontro da nova função a ela atribuída. No cenário atual a família se une a partir do desejo, da liberdade e dos laços de afeto. Não faz mais sentido constituir uma família e preservá-la somente em razão de interesse patrimonial ou biológico.

Para Maria Berenice Dias,

Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva. (...) O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais.<sup>27</sup>

Paulo Lôbo destaca quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade encontrados na Constituição Federal, a saber:

a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, §6º, CF/88); b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º, CF/88); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes,

---

<sup>26</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: Família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 70.

incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (art. 226, §4º, CF/88); d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (art. 227, CF/88).<sup>28</sup>

Ressalta Maria Berenice Dias que,

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.<sup>29</sup>

Neste contexto, a união da família e a constituição do casamento adquiriram novo contorno, voltando-se, sobretudo, para a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros.

### **1.3 A Nova Configuração de Família e os Aspectos Relevantes de sua Formação**

A família patriarcal, fundamentada em valores morais conservadores e zeladora da preservação do patrimônio familiar, sustentada por muitos anos pela Igreja e pelo Estado cedeu espaço a um novo modelo, baseado em uma nova forma de sustentação, a afetividade.

Não são mais as obrigações sociais e morais que servem de elementos fundadores da família. Esta se une, atualmente, a partir da afetividade, do respeito e da solidariedade entre seus membros em prol do bem comum de cada núcleo familiar.

A valorização da afetividade no interior da família a despatrimonializou, pois fez com que ela deixasse de ser, essencialmente, um núcleo econômico. (...) A família da qual se trata é comprometida com os valores constitucionais [Constituição Federal de 1988], que transpôs para seu interior a solidariedade social, pois seus membros são co-responsáveis uns pelos outros.<sup>30</sup>

A família, tal como disposto na Constituição Federal de 1988, visa a promoção da personalidade de seus membros, que passaram a ter mais autonomia e liberdade.

Segundo Tepedino,

Altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil : Família*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 71.

<sup>29</sup> DIAS, Maria Berenice. *op.cit.*, p. 71.

<sup>30</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro : Renovar, 2009. p.28.

<sup>31</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo.

Os laços consaguíneos cederam espaço para a afetividade. Os vínculos jurídicos formalmente instituídos vêm sendo substituídos por outros arranjos, pois não é mais o vínculo econômico que perpetua a família e mantém sua união. No novo contexto o indivíduo deixou de servir à família e passou a ser servido por esta. A família assumiu a função de promoção da dignidade de seus membros e, em razão disto, houve a disseminação de novos arranjos familiares, não codificados, porém reconhecidos. Trata-se da pluralidade de modelos familiares.

Teixeira<sup>32</sup> aponta os aspectos que demonstram a ruptura com o modelo de família patriarcal, institucionalista e patrimonialista, merecendo destaque a valorização dos aspectos afetivos da convivência familiar, a igualdade entre os filhos, a desbiologização da paternidade, o companheirismo, a liberdade individual e uma vivência mais solidarista.

Ao Estado compete assegurar à família as condições básicas de livre exercício de suas opções em prol da cidadania de seus membros, consolidando, assim, a valorização do afeto e da solidariedade entre os indivíduos.

### **1.3.1 Família socioafetiva**

A partir do nascimento os indivíduos tornam-se dependentes de outros, que recebem a função de assegurar a sobrevivência do primeiro.

Uma vez inserido em uma estrutura familiar, a forma como este núcleo se relaciona entre si e com o mundo influencia sobremaneira a formação da identificação social de seus membros.

Esta estrutura, como demonstrado anteriormente, por muito tempo foi idealizada a partir de valores religiosos e com a finalidade de preservação patrimonial. Mas, para um ser em desenvolvimento, o que deve ser considerado é o envolvimento e comprometimento de seus responsáveis com seu bem-estar e desenvolvimento integral. Portanto, pouco importa os laços jurídicos que os unem ou os valores morais que os circundam.

No Brasil, sobretudo no campo jurídico, do direito positivado, o termo socioafetividade tem sido utilizado como sinônimo de relação de parentalidade e filiação não biológica.

As Ciências Sociais e a Psicologia há muito trabalham com a concepção de família

---

*Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 398.

<sup>32</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *op. cit.*, p. 34.

fundamentada no afeto. No entanto, trazer um elemento tão subjetivo para o mundo jurídico não é tarefa fácil. É importante destacar que o Direito não tem por objetivo entender o afeto do ponto de vista humanístico, mas de inseri-lo dentro da norma enquanto um elemento que gera condutas e que determina a formação de relações sociais e que, portanto, carecem da tutela jurisdicional a fim de convertê-la em direito gerador de efeitos jurídicos.

Para Paulo Lôbo,

O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.<sup>33</sup>

Há uma tendência em compreender a paternidade socioafetiva a partir da relação estabelecida entre uma criança e um adulto que dela cuidou, proveu seu sustento, impôs limites e ofereceu afeto. No entanto, Denise Duarte Bruno<sup>34</sup> atenta para o fato de tal parentalidade<sup>35</sup> sofrer uma limitação quando se considera que nas famílias brasileiras, sobretudo nas mais empobrecidas, de modo geral quem cuida de uma criança não é o pai e a mãe, mas estes são a referência da criança no processo de identificação.

Para a referida autora, ao se verificar a existência de parentalidade socioafetiva deve-se ter em mente três aspectos: a) como o grupo social ao qual pertencem as pessoas que se relacionam com a criança concebe os papéis de pai e de mãe; b) a distinção (ou não) entre cuidado e parentalidade; c) o papel da religião para os envolvidos.

É necessário ter em mente que a estrutura familiar e a definição dos papéis materno e paterno é bastante diferente se forem consideradas famílias com poder aquisitivo baixo, médio

---

<sup>33</sup>LÔBO, Paulo. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5 (/revista/edicoes/2000), n. 41(/revista/edicoes/2000/5/1),1(/revista/edicoes/2000/5/1) maio(/revista/edicoes/2000/5) 2000 (/revista/edicoes/2000) . Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 18 out. 2013.

<sup>34</sup>BRUNO, Denise Duarte. *Posse do Estado de Filho*. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a Vacatio Legis. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte : IBDFAM/Del Rey, 2002.

<sup>35</sup>Denise Duarte Bruno faz uma distinção, adotada por vários autores, entre o termo paternidade socioafetiva e parentalidade socioafetiva. Ao adotar a definição de parentalidade a autora relembra as diversas situações em que se busca identificar não quem é o *pai social*, mas a *mãe* que desempenha esta função.

ou alto.

Basta lembrar que a rede de apoio de uma família empobrecida, em geral, é mais extensa e melhor articulada, de modo que se torna comum as crianças serem educadas e cuidadas por outros familiares. Ao passo que nas famílias com poder aquisitivo mais elevados elas são cuidadas por funcionários, a maior parte das vezes.

Nas famílias empobrecidas, embora o pai biológico, muitas vezes, não seja participante do desenvolvimento do filho, sua figura é determinante no processo de identificação e lealdade para com o “pai de sangue”. E, diante do abandono deste, mesmo que haja a figura do “pai do coração” (também identificado como pai socioafetivo) permanece o vazio e a incompletude, em alguns casos.

Denise Bruno indica um estudo antropológico realizado em Porto Alegre que chegou à seguinte conclusão:

A antropóloga Cláudia Fonseca, ao estudar as famílias das camadas populares de Porto Alegre, também destaca a importância do pai biológico, quando constata que, para tais grupos, pai é um elemento fundamental à construção da identidade do filho, mesmo quando não desempenha sua função provedora.

Nas camadas médias, ao contrário, a manutenção, o cuidado e o afeto têm maior peso, e a importância do nome advém desse “estar junto”. Para essas camadas, a definição de pai psicológico pode ser utilizada, especialmente se houver a possibilidade de articular, de fato e/ou de direito, a possibilidade do uso do nome.<sup>36</sup>

Quanto a distinção entre cuidado e parentalidade, a autora sinaliza a importância de se verificar para a criança quem é o seu referencial de parentalidade. Muitas vezes ela é cuidada por muito tempo por alguém, mas mantém com o (a) genitor (a) o reconhecimento de sua parentalidade. Então, nestes casos, o cuidado não implica, necessariamente, na formação do vínculo paterno-filial socioafetivo.

---

<sup>36</sup>BRUNO, Denise Duarte. *op. cit.*, p. 467.

## CAPÍTULO II – A FAMÍLIA BRASILEIRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

### 2.1 Breve Resgate Histórico sobre o Direito à Filiação

Caio Mário<sup>37</sup> ao tratar sobre filiação, discorre sobre reconhecimento dos filhos e sua rejeição pelas civilizações antigas. O Direito Romano, por sua vez, privilegiava a organização religiosa da família, reconhecendo a legitimidade dos filhos havidos apenas sob a égide do casamento religioso.

Demonstrou-se, anteriormente, que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu forte influência desta tradição romana e em “nome da família” e para a proteção patrimonial desta entidade, distinguiu os filhos entre:

- a) Legítimos – aqueles procriados na vigência do casamento de seus pais.
- b) Legitimados – os concebidos por pessoas não casadas, que posteriormente ao nascimento do filho, contraem núpcias.
- c) Ilegítimos –
  - c.1) Naturais – aqueles gerados por pessoas não casadas, mas que não possuíam impedimentos para contrair matrimônio.
  - c.2) Espúrios – os gerados a partir de relações extraconjugais (também denominados filhos adulterinos) ou incestuosas (chamados de filhos incestuosos)

A designação de filho legítimo referindo-se àqueles havidos na constância do casamento religioso é resultado das doutrinas cristãs, que censuravam as relações amorosas que não tivessem se submetido à autoridade da Igreja, e, desta forma, relegavam os filhos *naturais* a um plano secundário, sobretudo no tocante ao direito sucessório.

Por longos anos a legislação brasileira privilegiou claramente a família denominada *legítima*, ou seja, aquela concebida em razão do casamento. Os filhos havidos desta relação receberam tratamento especial e gozaram de direitos que eram negados àqueles originados de relações não reconhecidas oficialmente. É possível afirmar, portanto, que a situação conjugal dos pais determinava a identificação dos filhos.

---

<sup>37</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. V. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Observa-se, neste contexto, a existência da presunção da paternidade e da maternidade, as quais eram atribuídas aos filhos mediante os vínculos jurídicos estabelecidos entre os pais. Havia, pois, uma marginalização do filho nascido fora do casamento, em nome da manutenção da paz e do matrimônio (religioso).

Não havia proibição ao reconhecimento da paternidade do filho *natural*, mas este apenas poderia se vincular ao pai por meio da adoção e só herdava se houvesse disposição testamentária expressa.

A partir do século XIX têm-se registros de defesa em prol de um tratamento mais humano para os filhos *naturais*, sendo Clóvis Beviláqua um expoente nesta defesa.

O Código Civil de 1916 trouxe avanços nesta área, possibilitando o reconhecimento dos filhos de modo voluntário ou compulsório, através de ação conjunta ou separada dos pais.

O mesmo diploma definiu, ainda, que os filhos *ilegítimos* que estivessem concorrendo com os filhos *legítimos* teriam direito apenas à metade do quinhão hereditário deste último, consoante redação do art. 1.605, §1º, *in verbis*:

Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.  
§1º Havendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento.

Essa distinção teve fim a partir da Constituição de 1937, no art. 126, que igualou a condição sucessória entre irmãos.

Em relação à Constituição de 1946, a doutrina defendeu a manutenção da paridade entre os irmãos no tocante ao direito sucessório, uma vez que o texto constitucional foi silente sobre o assunto.

O Decreto Lei nº 4.737/42 instituiu o reconhecimento dos filhos após a dissolução da sociedade conjugal e nas situações envolvendo a morte de um dos cônjuges ou a anulação do matrimônio.

Somente a partir da Lei nº 883/1949 foi que o direito brasileiro conferiu direitos aos filhos considerados adúlteros e incestuosos, a quem, até então, não era permitido valer-se do estado de filiação.

De acordo com a referida lei, passou a ser permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e ao filho a ação para que lhe fosse declarada a filiação. Permitiu também o reconhecimento do filho adúltero por meio de testamento cerrado ou livremente após a dissolução da sociedade conjugal.

A Constituição de 1988 pôs fim a toda e qualquer forma de distinção entre os filhos, nos seguintes termos:

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.

§ 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.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 ratificou a ordem do texto constitucional, regulamentando que:

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.

Nota-se, portanto, uma mudança de paradigma, redefinindo a filiação para além da questão moral e patrimonial.

## **2.2 A Constituição do Vínculo Paterno-filial**

A partir da Constituição Federal de 1988, todos os filhos passaram a ter os mesmos direitos, não admitindo mais a distinção entre filiação legítima ou ilegítima (determinada pelo casamento dos genitores) e adotiva. Isto passou a valer tanto para os efeitos pessoais quanto patrimoniais, independente de sua origem ou da situação jurídica de seus pais (art. 227, §6º), colocando fim à discriminação existente no Código Civil de 1916. O atual Código, no art. 1.596, reitera o princípio constitucional da igualdade dos filhos.

Nas palavras de Faria e Rosenvald,

Todo e qualquer tipo de relação paterno-filial merece proteção especial no cenário descortinado pela Constituição da República, o que, em última análise, corresponde à tutela avançada da pessoa humana e de sua inatingível dignidade. Confirma-se, assim, que a pessoa humana é um valor em si mesmo, justificando a existência da norma jurídica (que é feita pelo homem e para o homem).<sup>38</sup>

Sob o prisma da doutrina da proteção integral, o ordenamento jurídico também

---

<sup>38</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias* 3.ed.rev., ampl. e atual. . Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 562.

redefiniu o papel das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direito, consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, priorizou a dignidade da pessoa humana, despatrimonializou a entidade familiar e proibiu distinções entre os filhos.

Neste sentido, o art. 3º do ECA estabeleceu que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Sob o ponto de vista técnico-jurídico, filiação é a “relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, ligando uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado”, segundo definição de Silvio Rodrigues<sup>39</sup>.

Observa-se que tal conceito, em consonância com a Constituição Federal de 1988, não está restrito ao aspecto biológico, como no passado, uma vez que é vedada toda e qualquer forma de distinção ou discriminação entre os filhos em razão de sua origem.

O Direito de Família brasileiro acolheu a pluralidade filiatória, reconhecendo diversas formas de se estabelecer a relação paterno-filial. Maria Berenice Dias<sup>40</sup> aponta três critérios para o estabelecimento do vínculo parental:

- a) Critério jurídico – define a paternidade a partir das situações previstas no art. 1597, do Código Civil, e estabelece a paternidade por presunção.
- b) Critério biológico – define a paternidade em decorrência da realidade biológica, verificada pelo exame de DNA.
- c) Critério socioafetivo – a paternidade é definida pelo vínculo afetivo formado entre pai e filho, independente da realidade jurídica ou biológica.

Tendo em vista que é a partir da formação da relação paterno-filial que o nosso objeto de estudo se revela e se problematiza, será feita uma análise mais cautelosa sobre o assunto.

### **2.2.1 Critério jurídico (presunção legal)**

Conforme vem sendo mencionado, a família recebe proteção especial do ordenamento jurídico e com o objetivo de assegurar maior estabilidade a esta entidade e proteger as crianças e adolescentes, o Estado criou um sistema de reconhecimento da filiação por meio de

---

<sup>39</sup>RODRIGUES, Silvio *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias* 3.ed.rev., ampl. e atual. . Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 564.

<sup>40</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 351

presunções, ou seja, de deduções, extraídas a partir de uma realidade fática para conferir certeza a um fato desconhecido.

O critério jurídico, em estudo, fundamenta-se em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o matrimônio era pressuposto essencial para que se estabelecesse a paternidade, ou seja, era considerado pai aquele que fosse casado com a mãe. Preso à tradição e ainda influenciado pelo modelo de família mononuclear burguesa, o Código Civil de 2002 (art. 1.597) manteve a presunção legal, segundo a qual uma criança nascida na constância de um casamento, presumidamente, é filha do casal, sendo a mãe indicada pelo parto e o pai o marido dela. Trata-se da presunção que pode ser definida pela expressão latina *pater is est quem nuptiae demonstrant*<sup>41</sup>. Em outras palavras, a paternidade de uma criança havida na constância de um casamento é presumidamente atribuída ao marido, em razão da presunção de fidelidade da esposa.

Importante contextualizar que esta forma de atribuição de paternidade foi concebida em um período histórico no qual a mulher casava virgem, não estava inserida no mercado de trabalho e se dedicava, exclusivamente, às tarefas domésticas e religiosas, logo, presumia-se que não havia possibilidade da criança ser filho de outro homem, senão do marido.

O atual Código Civil definiu alguns critérios, baseados no prazo de convivência entre os possíveis genitores e na forma de obtenção do material genético, para atribuir a paternidade presumida pelo casamento, como disposto a seguir:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;  
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Observa-se que o Código Civil, art. 1.597, aceita a alegação de presunção legal de paternidade para crianças nascidas 180 dias após estabelecida a convivência conjugal ou 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal (por morte, separação de fato, nulidade ou anulação do casamento) desde que a mulher não tenha estabelecido novo casamento (art. 1.523).

---

<sup>41</sup> “Pai é aquele que as núpcias indicam”.

Importante ressaltar que a presunção *pater is est* é relativa. O legislador permitiu o questionamento por meio de uma ação de contestação de paternidade, que é imprescritível (art. 1.601/CC), na qual se admite a comprovação da inclusão ou exclusão da paternidade por meio de exame de DNA.

Outro destaque relevante é que esta presunção anteriormente não aplicada no caso de união estável vivida entre os genitores passou a ser aceita em decisão inovadora do Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado em 06/11/2012, no REsp 1.194.059-SP, pelo relator Ministro Massami Uyeda. Assim, a presunção de concepção dos filhos na constância do casamento prevista no art. 1.597, II, do CC passou a ser estendida à união estável.

Faria e Rosenvald<sup>42</sup> tecem crítica quanto à presunção *pater is est* em razão da possibilidade de uma criança ser gerada em útero alheio ou ser fruto de uma relação extraconjugal ou ser originada por meio de uma técnica de reprodução assistida, o que coloca em xeque a presunção legal de filiação. Também criticam a distinção feita pelo legislador em relação à criança nascida de uma família juridicamente constituída e aquela gerada em uma união estável, sinalizando que a distinção feita nestes casos é descabida e inconstitucional.

Conforme demonstrado, o art. 1.597, III, IV e V, do Código Civil também estendem a aplicação da presunção legal para os casos de reprodução assistida, incluindo as hipóteses em que o casamento já se dissolveu pelo falecimento.

A reprodução assistida consiste na aplicação de técnicas para possibilitar a concepção através de métodos artificiais. Ela pode ocorrer por meio da inseminação artificial ou da fertilização *in vitro*. Em ambos os casos pode-se utilizar material genético dos próprios pacientes (genitores) ou de terceiros (doadores). Quando o doador do esperma for o marido, a inseminação artificial é denominada homóloga; quando o doador for terceira pessoa, a inseminação artificial é denominada heteróloga.

O referido dispositivo legal prevê três hipóteses de presunção de paternidade de filhos concebidos na constância do casamento, nos casos ligados à reprodução assistida.

Quando o material genético utilizado para a reprodução assistida pertence ao próprio casal interessado na concepção, aplica-se a regra da presunção legal (incisos III e IV do art. 1.597/CC), mesmo que a fecundação tenha ocorrido após a morte do genitor.

A Jornada de Direito Civil convencionou, por meio do Enunciado 106, que para a aplicação desta regra deve a mulher permanecer viúva (não contrair novo casamento) e ter

---

<sup>42</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias* 3.ed.rev., ampl. e atual. . Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

autorização prévia, por escrito, do marido falecido. Caso isso não seja observado, não se aplicará a presunção legal e o reconhecimento da paternidade deverá ser requerido judicialmente.

No caso de reprodução assistida utilizando material de terceiro (doador), o inciso V do art. 1.597/CC também admite a presunção legal da paternidade do cônjuge, desde que este tenha autorizado, por escrito, a realização do procedimento. Posteriormente a este ato, a paternidade não poderá mais ser contestada, sendo a única hipótese de presunção absoluta de paternidade, que não comporta contraprova.

Em síntese, de acordo com o Código Civil, presume-se a paternidade quando o filho é havido de fecundação homóloga, ainda que o marido tenha falecido ao tempo do nascimento do filho. De igual forma, a paternidade é presumida quando ocorre a fecundação heteróloga, desde que o marido tenha consentido com o procedimento antes de seu falecimento.

No último caso, não existe vínculo jurídico entre o doador e a criança gerada, não cabendo ação de investigação de paternidade. Contudo, quando há questão relevante que justifique, é possível ingressar com ação de investigação de origem genética, sobretudo nos casos em que há problemas de saúde envolvidos.

Importante distinção deve ser feita entre o direito à identidade genética (relacionado ao direito à personalidade e ao conhecimento da ancestralidade para fins de diagnóstico de doenças genéticas ou hereditárias) e o direito à identidade familiar.

De acordo com Otoni,

Se uma pessoa por algum motivo (por não ter sido adotada, por exemplo) não for detentora do estado jurídico de filiação, poderá conhecer sua origem genética para que assim possa ter declarada sua paternidade ou maternidade. Porém, somente no caso de ausência do estado de filiação a pessoa poderá recorrer ao conhecimento da origem genética, pois se já estiver presente o estado de filiação, por meio da convivência no âmbito familiar, não é cabível o reconhecimento da origem biológica, uma vez que esta não pode ser contrária ao estado de filiação já definido.<sup>43</sup>

Maria Berenice Dias<sup>44</sup>, defensora da adoção do critério afetivo para definir a paternidade, sinaliza que o Código Civil ao reconhecer a paternidade de filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, ou seja, diante da certeza de que não há vinculação biológica, demonstra que a verdade real deixou de ser pressuposto para estabelecer a

---

<sup>43</sup> OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/680>. Acesso em 24/01/2013. p.6.

<sup>44</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

paternidade e baseou-se na verdade afetiva.

Ao estudar o estabelecimento do vínculo parental através do critério jurídico, torna-se relevante verificar a consolidação da filiação a partir do registro civil.

O registro de nascimento constitui a parentalidade registral, conforme disposto no art. 1.603 do Código Civil, que gera uma presunção de verdade, como regulamenta o artigo seguinte.

Desta forma, pode-se afirmar que o registro de nascimento sendo um instrumento público, oponível *erga omnes*, constitui prova da filiação e é, a princípio, incontestável.

Juntamente com o registro civil, a escritura pública, o escrito particular, o testamento e a declaração manifestada perante o juiz, também constituem prova da filiação (art. 1609, CC).

O registro civil, hoje, ainda é a principal fonte de direitos e deveres entre pai e filhos, tal como se observa no direito de assistência mútua, de prestar alimentos e de compor a linha sucessória.

A inclusão da paternidade no registro, de modo geral, acontece por iniciativa do pai, que comparece ao cartório e efetua o registro de nascimento da criança, reconhecendo a paternidade sobre ela. Na ausência deste, a genitora pode efetuar o registro, mas deve indicar o nome do genitor para que seja gerado um procedimento administrativo oficioso ou, conseqüentemente, uma ação de investigação de paternidade proposta pelo Ministério Público.

É muito comum crianças e adolescentes portarem em seu registro somente o nome da mãe, tendo em vista que o pai não reconheceu a paternidade sobre o filho. Visando reverter esta realidade o Conselho Nacional de Justiça – CNJ instituiu o “Programa Pai Presente”, por meio do Provimento 12/2010, determinando às Corregedorias de Justiça dos Tribunais de todos os Estados que encaminhem aos juízes os nomes dos alunos matriculados sem o nome do pai, para que dêem início ao procedimento de averiguação da paternidade. O Provimento 16/2012, admite que, a qualquer tempo, a mãe – ou o filho depois de atingir a maioridade – procure um Cartório do Registro Civil, indicando o nome do indigitado pai. Ao receber o termo lavrado pelo registrador, o juiz instaura o procedimento de averiguação.

Muito comum, nestes casos, tem sido a abertura de ações de adoção unilateral propostas pelos padrastos que se vincularam afetivamente àquela criança ou adolescente, construindo uma relação paterno-filial e que encontraram no Programa Pai Presente a oportunidade de vincular-se juridicamente a este “filho (a)”.

O registro de nascimento pode ser questionado diante da alegação de que houve erro

ou falsidade, como estabelece o art. 1.604 do Código Civil.

Maria Berenice Dias defende que mesmo que não se tenha por objetivo alterar o registro, é possível ingressar com a ação declaratória de paternidade para conhecer a origem biológica. Pois, conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 27, o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição.

Diante da tal dispositivo legal, a autora questiona o prazo prescricional de quatro anos trazido pelo art. 1.614, do CC, entendendo ser prevalente a imprescritibilidade assegurada pelo ECA e equiparando tal direito ao reconhecido nas ações negatória de paternidade (art. 1.601, CC)

Para a doutrina, não cabe a alegação de erro quando a paternidade foi assumida de forma livre e voluntária. Mas como provar a consciência do pai registral quanto a não existência de vínculo biológico entre ele e o filho que optou registrar?

### **2.2.2 Critério biológico**

Ao se falar em paternidade, até bem pouco tempo atrás, vinha à mente primeiramente aquela originada no vínculo genético. O critério biológico utilizado para definição da relação paterno-filial é justamente aquele fundamentado no vínculo genético, o qual pode ser comprovado através de exame de DNA.

Em sede de ações judiciais, por muitos anos prevaleceu a busca pela chamada verdade real para definir a paternidade, como resultante do vínculo consanguíneo existente entre os envolvidos na lide. Tão importante no mundo jurídico, que foi editada a Súmula 301 do STJ segundo a qual, “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se a exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Apesar de sua notoriedade, a adoção do critério biológico como único elemento para determinar a paternidade é alvo de muitas críticas, as quais apontam para a importância de conjugá-lo com outros fatores relevantes, não conferindo um caráter absoluto à filiação biológica.

Embora esta possa ser facilmente descoberta por exame laboratorial. No entanto, gradativamente este resultado não tem sido determinante para a definição da paternidade, levando-se em conta outro aspecto importante que é a afetividade, trazendo uma clara distinção entre genitor e pai.

Por genitor entende-se aquele que deu origem à vida a partir de seu material genético.

Por pai, aquele que deu condições a essa vida para se desenvolver de forma integral, através do seu comprometimento com o exercício responsável da paternidade.

### 2.2.3 Critério afetivo

O critério afetivo é estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas, portanto, não está baseado no nascimento (critério biológico), tampouco na presunção legal de paternidade.

As inovações tecnológicas possibilitaram às pessoas constituírem novas formas de organizações, novos arranjos familiares. Tornou-se desnecessária a conjugação carnal entre um homem e uma mulher, casados ou não, para gerarem filhos. Desta forma, a identificação dos vínculos de parentalidade deixou de ser definida a partir da origem genética, basta pensar que uma mulher, solteira e estéril pode constituir um núcleo familiar a partir da reprodução assistida que resultou no nascimento de três filhos.

Com as novas configurações de família a origem genética também deixou de ser determinante para a definição do vínculo de filiação.

Assim como a família sofreu uma reformulação de conceitos, paradigmas e proteção jurídica, a filiação também passou por transformações e, atualmente, mostra-se bastante definida pelo vínculo afetivo paterno filial. Popularmente, houve uma ampliação do conceito de paternidade, que passou a privilegiar a relação entre pai e filho acima da verdade biológica e da realidade legal. E, evidentemente, tal realidade vem repercutindo também no mundo jurídico.

Conforme ressalta Maria Berenice Dias,

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. A desbiologização da paternidade – expressão cunhada por João Batista Villela – identifica pais e filhos não biológicos, não consangüíneos, mas que construíram uma filiação psicológica. A lei, ao gerar presunções de paternidade e maternidade, afasta-se do fato natural da procriação para referendar o que hoje se chama de posse de estado de filho, estado de filho afetivo ou filiação socioafetiva. O ponto essencial é que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não. Em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 350

Nos dizeres de Faria e Rosenvald,

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, respectivamente.<sup>46</sup>

Complementa Maria Berenice Dias,

De um lado existe uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas. De outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade.<sup>47</sup>

Segundo Paulo Lobo<sup>48</sup>, filiação é um conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e atribui reciprocamente direitos e deveres.

Uma vez reconhecida a paternidade por critérios socioafetivos, tal reconhecimento também produzirá efeitos patrimoniais, tanto para vincular o pai afetivo quanto para romper o vínculo e os direitos em relação ao pai biológico.

O vínculo de parentesco entre pai e filho confere ao primeiro as responsabilidades decorrentes do poder familiar e ao segundo a posse de estado de filho.

Segundo Giorgis,

Na paternidade sociológica releva-se a *posse do estado de filho*, concebida como a exteriorização da condição de descendente reconhecida pela sociedade; e que a doutrina romana entendia sedimentar-se no nome, no tratamento público e na fama, todos apontando que a pessoa pertence a um núcleo familiar; e que não representa menoscabo à biologização, mas travessia para novos paradigmas derivados da instituição das entidades familiares.

Prevalece nela a visibilidade das relações, mostrando vínculo psicológico e social entre o filho e o suposto pai, um momento permanente de comportamento afetivo recíproco, com tal densidade que torna indiscutível a filiação e a paternidade.<sup>49</sup>

Paulo Lôbo vai além e distingue a afetividade e o afeto:

---

<sup>46</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias* 3.ed.rev., ampl. e atual. . Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.p. 616.

<sup>47</sup> DIAS, Maria Berenice. *op. cit.*, p. 355

<sup>48</sup> LOBO, Paulo. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 27, p-47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>. Acesso em 18 de outubro de 2013. p.48.

<sup>49</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A investigação da paternidade socioafetiva*. IBDFAM, Artigo, 2007. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/304>. Acesso em 18/10/2013.

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, 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 princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver a perda do poder familiar.<sup>50</sup> (grifo nosso)

Continua o autor,

Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutra entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência.<sup>51</sup>

A investigação de paternidade biológica é perquirida por meio de uma ação de investigação, a qual se utiliza, via de regra, do exame de DNA como prova fundamental da filiação. No entanto, o reconhecimento da paternidade socioafetiva não dispõe de uma ação específica para atestá-la.

No entendimento do desembargador Giorgis,

É absolutamente razoável e sustentável o ajuizamento de *ação declaratória de paternidade socioafetiva*, com amplitude contraditória, que mesmo desprovida de prova técnica, seja apta em obter veredicto que afirme a filiação com todas suas conseqüências, direito a alimentos, sucessão e outras garantias.<sup>52</sup>

Segundo a doutrina majoritária,

Apesar de as ações (judiciais) serem baseadas na realidade biológica, não é suficiente a prova da verdade genética – mister a comprovação da inexistência da filiação afetiva. Quer na ação em que é buscada a identificação do vínculo de filiação, quer sua desconstituição, a verdade afetiva tem a preferência.<sup>53</sup>

O art. 1.593 do Código Civil prevê que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

A filiação que resulta da posse do estado de filho é uma forma de “outra origem”, ou seja, a origem afetiva.

Para o reconhecimento do estado de filho, a doutrina define três elementos:

---

<sup>50</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil* : Família. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 71.

<sup>51</sup> *Ibidem*. p. 72.

<sup>52</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. *loc. cit.*

<sup>53</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 356

- a) Trato – configurado quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe;
- b) Nome – trata-se da utilização pelo filho do patronímico do pai, demonstrando a sua vontade em ser reconhecido por este nome e pertencente àquela família;
- c) Fama – é definida a partir do reconhecimento social frente ao status de filho trazido por determinada pessoa.

Souza ressalta,

No que concerne ao trato, pode-se considerá-lo como o principal requisito para a configuração do estado de filho, vez que se encontra consubstanciado na própria relação vivenciada com o pai, na medida em que este revela os sentimentos que nutre pelo filho através da preocupação com o seu bem-estar, cuidando de sua saúde, promovendo a sua educação, e também zelando, a todo instante, pela boa formação do filho.<sup>54</sup>

Souza traz, ainda, um outro elemento, pouco encontrado na doutrina mas que nos parece determinante para o objeto posto em estudo. Trata-se do fator temporal para a verificação da posse de estado de filho, tendo em vista que a relação paterno-filial deve ser mantida por um certo tempo, cuja verificação dependerá do caso concreto.

Nas palavras da autora, “a configuração da posse de estado de filho requer um comportamento contínuo, habitual e estável, afastando-se a sua existência em situações passageiras e isoladas”.<sup>55</sup>

O ordenamento jurídico não traz a denominação *posse de estado de filho*, termo originado na psicologia para caracterizar a filiação afetiva.

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira “a posse de estado significa desfrutar o investigante de uma situação equivalente à de filho”.<sup>56</sup>

Um olhar atento sobre o Código Civil de 2002 revela uma menção indireta à filiação socioafetiva (art. 1.597, V; art. 1.603 c/c 1.604) e permite encontrar, no art. 1.605, o permissivo legal para fundamentar a posse de estado de filho como meio de prova da filiação.

Nogueira afirma que,

A paternidade socioafetiva, sob a noção da posse de estado de filho, que ganha abrigo nas mais recentes reformas do direito internacional, não se funda com o nascimento, mas, num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, coloca em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica, no

<sup>54</sup>SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 84.

<sup>55</sup>SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *loc.cit.*

<sup>56</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. V. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 374.

estabelecimento da filiação.<sup>57</sup>

A paternidade socioafetiva representa a dissociação entre a figura do pai e a do genitor, o ponto central é o vínculo de afetividade, que valoriza mais os aspectos reais em detrimento ao biológico.

Outro aspecto fundamental a ser observado sobre o assunto é o “cuidado”, princípio jurídico que representa o denominador comum no atual sistema de proteção nas relações familiares, marcado pelo compromisso e responsabilidade dos detentores da paternidade biológica e socioafetiva.

Otoni<sup>58</sup> aponta três espécies de filiação socioafetiva: a adoção à brasileira, o filho de criação, a filiação por reconhecimento voluntário e judicial.

a) Adoção à brasileira

A adoção à brasileira ocorre quando uma criança é registrada pelos pais afetivos como se filho biológico fosse, sendo que estes têm clareza e consciência de que estão fazendo uma falsa declaração.

Preceitua o art. 242 do Código Penal que registrar como seu o filho de outrem é crime.

Portanto, tal prática, embora tenha sido bastante comum até pouco tempo atrás, recebe a reprovação legal.

b) Filho de criação

O filho de criação é aquele inserido em um núcleo familiar que se propõe a acolhê-lo e promover sua formação e desenvolvimento. No entanto, nenhuma alteração é feita em seu registro civil e, portanto, ele não faz jus ao nome da família e não integra a linha sucessória.

c) Reconhecimento voluntário ou judicial

O reconhecimento é o ato pelo qual um indivíduo identifica a paternidade de um filho como sua.

Embora inicialmente seja pensada como um ato voluntário, também é possível que ela seja declarada judicialmente, em decorrência de uma ação de investigação de paternidade, que tem como objetivo reconhecer se determinada pessoa tem ou não um vínculo consanguíneo

---

<sup>57</sup>NOGUEIRA *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. V. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 375.

<sup>58</sup> OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/680>. Acesso em 24/01/2013. p. 3.

com outra. A sentença que reconhece a paternidade é declaratória e a ação é imprescritível. O exame de DNA constitui o meio de prova do reconhecimento judicial da paternidade.

Defende Maria Berenice Dias, que o “vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil”.<sup>59</sup>

Para a referida autora,

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito de filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.<sup>60</sup>

Falar em filiação socioafetiva pressupõe reconhecer que o vínculo foi formado a partir do reconhecimento mútuo do status de pai e de filho, entre duas pessoas, em razão do afeto.

A afetividade é o principal elo que mantém as pessoas unidas nas relações familiares. O critério afetivo também é entendido como aquele que mais se aproxima do melhor interesse da criança, pois implica no exercício responsável da parentalidade e mostra-se em consonância com a dignidade da pessoa humana.

### **2.3 O Reconhecimento da Relação Paterno-filial**

A prova da filiação ocorre, primordialmente, através da certidão do registro civil de pessoas naturais (art. 1.603/Código Civil). Este documento conterá o nome dos pais. Se o pai for casado com a mãe, o seu nome constará automaticamente no registro (presunção de paternidade, art. 1.597, CC). Se não houver casamento, o nome do pai só constará no registro com a sua autorização, pessoalmente ou por procuração.

Os filhos havidos na constância do casamento, como vimos, gozam da presunção legal de serem filhos do cônjuge de sua mãe. Aos demais, resta o reconhecimento da paternidade.

O reconhecimento pode ser espontâneo ou judicial e tem eficácia declaratória. É um ato bilateral que exige o consentimento da pessoa que se pretende reconhecer, se for maior de idade.

---

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p.365.

<sup>60</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p.363.

O Código Civil dispõe sobre as formas de reconhecimento da paternidade:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira<sup>61</sup>, o reconhecimento no registro de nascimento (inciso I do art. 1.609/CC) é a forma mais comum. A Lei nº 8.560/92 prevê a possibilidade da mãe indicar o nome do pai, o que deverá ser objeto de averiguação oficiosa. Este é um procedimento administrativo, iniciado pelo oficial do cartório de registro civil quando ocorre o registro de criança sem constar o nome do genitor. Neste caso, o oficial é obrigado a notificar o magistrado, enviando a certidão integral do nascimento do menor no qual é declarada apenas a maternidade, para que o juiz convoque o suposto pai para se manifestar sobre a informação e, se confirmada a paternidade, lavrar o termo.

O reconhecimento por escritura pública ou escrito particular (inciso II do art. 1609/CC) se dá por ação pessoal do pai ou por meio de procurador investido de poderes especiais e específicos para este fim.

O reconhecimento do filho por testamento (inciso III do art. 1.609/CC) é ato personalíssimo e não permite representação.

Aos filhos de pais casados é assegurada a presunção legal da paternidade e da maternidade, passíveis de contestação. Aos filhos de relacionamentos extramatrimoniais resta o reconhecimento por ato voluntário do genitor ou por decisão judicial.

O reconhecimento espontâneo é o ato pelo qual o genitor ou genitora, juntos ou separados, declaram o vínculo em relação ao filho. Ele se dá por meio de manifestação direta e expressa perante o juiz (inciso IV do art. 1609/CC). No caso de filhos havidos fora do casamento, o reconhecimento ocorre independente do consentimento do outro cônjuge.

O reconhecimento feito de forma voluntária não exige a prova da origem genética, constituindo um ato espontâneo, solene, público e incondicional.

Admite-se outras formas de prova, previstas no art. 1.065 do CC, como a existência de escrito proveniente dos pais, em conjunto ou separadamente; a existência de veementes

---

<sup>61</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. V. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

presunções de fatos já certos; a comprovação por perícia e exames médicos; oitiva de testemunhas e juntada de documentos.

O reconhecimento da paternidade produz uma diversidade de efeitos. Dentre eles destacamos o *ex tunc* que vincula o pai ao filho desde o nascimento e não apenas após o reconhecimento; preservando, no entanto, as situações jurídicas definitivamente constituídas.

Tendo em vista que o reconhecimento gera direitos, faculdades e deveres de ordem pessoal e patrimonial, a legislação traz algumas exigências, dentre as quais destacamos a necessidade de anuência do outro cônjuge quando se pretende que o filho reconhecido coabite o lar da família na qual foi reconhecido, consoante redação do art. 1.611, do Código Civil e o art. 165, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Outro efeito, produzido pelo art. 1.612/CC, diz respeito à observância do melhor interesse da criança ao se definir sua guarda, uma vez que o filho passa a ter opções entre residir com a mãe ou o pai.

O reconhecimento impõe, ainda, o dever de alimentar o filho e o direito de que este se utilize do nome paterno.

O art. 1613, do Código Civil impossibilita que o reconhecimento de um filho ocorra mediante condições impostas pelo pai.

O artigo seguinte impõe o expresse consentimento do filho, se este for maior de idade. Para Caio Mário Pereira<sup>62</sup>, esta anuência é complementar e, portanto, sua inexistência não gera nulidade do ato, mas há divergência sobre o assunto.

O mesmo dispositivo legal autoriza o filho “*impugnar o reconhecimento nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação*”. Ou seja, permite ao filho reconhecido propor uma ação de impugnação do reconhecimento, independente da existência de vínculo biológico.

Parte da doutrina entende que no caso de adolescentes (12 a 18 anos) se faz necessário o seu consentimento para o reconhecimento da paternidade. O mesmo não ocorre para crianças (0 a 12 anos), no entanto, até quatro anos após atingir a maioridade (prazo decadencial), lhe é facultado ingressar com ação para impugnar o reconhecimento, independente de motivo justo, permitindo que possa optar pela paternidade socioafetiva.

Independente da situação acima exposta, o filho pode, a qualquer momento, ingressar com ação para estabelecer ou negar o estado filiatório, com base na existência, ou não, do

---

<sup>62</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. V. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 362.

vínculo biológico ou afetivo. Observa-se que é possível desconstituir um vínculo de parentesco em razão da ausência de afetividade.

Reconhecida a filiação, a desconstituição do registro é um singelo efeito anexo da sentença. O mandado de averbação leva ao cancelamento do registro anterior. Essa é a segura orientação do STJ. Somente na hipótese de se reconhecer a existência de um vínculo de filiação afetiva com o pai registral é que se declara a paternidade, mas não se procede a alteração do registro.<sup>63</sup>

O art. 1.604 do mesmo diploma legal possibilita a retificação do registro civil, por meio de ação judicial própria, quando houver erro ou falsidade do primeiro registro, o que se aplica aos casos em que há a intenção de reconhecer a filiação de indivíduo registrado em nome de outra pessoa. Neste caso, deverá ser observado o vínculo paterno-filial mais adequado ao caso concreto, considerando tanto o critério biológico quanto afetivo.

Conforme mencionado, o reconhecimento é ato irrevogável e irretratável, exceto por força de um dos motivos invalidantes dos negócios jurídicos em geral, como, por exemplo, se foi executado em razão de erro ou de coação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 26) e o Código Civil (art. 1.609) admitem o reconhecimento do nascituro.

Também é possível o reconhecimento de filho falecido, se este tiver deixado descendentes e se o reconhecente não se beneficiar de direitos sucessórios com seu ato, sendo necessária a anuência dos herdeiros do *de cujus*.

Ao se tratar sobre filiação, deve-se ter clareza quanto à dicotomia que envolve o reconhecimento voluntário da paternidade, as facilidades que as técnicas de identificação biológica, a imprescritibilidade da ação de filiação e o efetivo compromisso daquele que assume a condição de pai na vida do filho.

Sinaliza Caio Mário que

A valorização da convivência familiar e das relações de afetividade que servem de base para o convívio entre seus membros e a ênfase dada pela Constituição Federal à 'paternidade responsável' e à equiparação e não-discriminação de filhos, já apontam na Doutrina e na Jurisprudência a prevalência destes elementos como indicadores de uma preferência para o reconhecimento da efetiva paternidade.<sup>64</sup>

O mesmo autor identifica os atributos do reconhecimento, a saber:

a) Irrevogável ou irretratável – uma vez feita a declaração voluntária da filiação o

<sup>63</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 375.

<sup>64</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. V. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 364.

pai não poderá revogá-la, mas poderá questionar sua validade, caso tenha sido levado a erro. Importante lembrar que o Código Penal, art. 242, tipifica o falso reconhecimento como conduta ilícita e, portanto, punível pelo sistema jurídico brasileiro.

b) Renunciabilidade – atributo assegurado pelo art. 1.614/CC que permite ao filho renunciar o reconhecimento nos quatro anos que seguem à maioridade. Importante ressaltar que esta característica vem sendo mitigada pela doutrina e jurisprudência diante das novas configurações de família e estabelecimento de laços afetivos que podem se tornar também jurídicos.

c) Validade *erga omnes* – os efeitos do reconhecimento não está restrito à relação pai e filho, ao contrário, afetam a todos, inclusive os parentes.

d) Indivisibilidade – o reconhecimento é integral.

e) Incondicionabilidade – assim como é indivisível, também não admite sofrer limitações decorrentes da imposição de condições.

## 2.4 Investigação de Paternidade

Observando a evolução histórica do Direito Romano é possível observar que o filho *natural* inicialmente teve seus direitos totalmente negados, passando, gradativamente, a ser considerado, sob os aspectos pessoais e patrimoniais, tanto em relação à linhagem materna, mas, sobretudo, em relação aos vínculos paternos.

Contudo, visando combater o concubinato, a Igreja Católica restringia direitos aos filhos *naturais*, exercendo forte influência no comportamento social.

No entanto, o direito positivado tendeu a conferir cada vez mais direitos aos filhos, independente de sua origem. Assim, o Código Civil de 1916 possibilitou ao filho *natural* propor ação de investigação de paternidade, fundada nos seguintes motivos: *i)* concubinato da mãe com o pretense pai, em coincidência com a concepção do filho; *ii)* coincidência da concepção com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ele; *iii)* existência de escrito do pretendido pai, reconhecendo expressamente a paternidade.

Os filhos espúrios não gozavam do mesmo direito de investigação da paternidade, segundo o Código Civil de 1916, tendo em vista que havia impedimentos matrimoniais entre os genitores.

Em 1949, a Lei nº 883 permitiu a investigação da paternidade pelo filho *adulterino*, uma vez dissolvida a sociedade conjugal (pelo desquite, pela anulação do casamento, pela

morte de qualquer dos cônjuges).

Portanto, àqueles não resguardados pela presunção legal e não reconhecidos por meio de ato voluntário, cabe o reconhecimento forçado através de ação judicial de investigação de parentalidade, contra o suposto genitor (a) ou seus herdeiros, a fim de obter todos os direitos decorrentes do estado de filiação (alimentos, nome, direitos sucessórios, etc).

É importante, ainda, registrar que são partes legitimadas para a propositura da ação de investigação de parentalidade:

a) o filho

As ações filiatórias tem natureza jurídica meramente declaratória, pois, obtido o reconhecimento judicial da parentalidade, tem-se a declaração de uma situação fática preexistente, com efeitos retroativo à data do nascimento.

O prazo para requerimento destas ações é imprescritível, uma vez que elas se limitam à afirmação da existência de uma relação jurídica, é uma ação de estado (de filiação) e envolve direito fundamental. No entanto, no tocante aos efeitos patrimoniais decorrentes da declaração judicial da filiação devem ser observados os prazos prescricionais existentes.

b) o nascituro

Respaldo pela art. 26 do ECA e pela Lei 11.804/08, que garante direitos de alimentos, é possível o nascituro, devidamente representado, propor a ação de investigação de paternidade.

c) o filho já registrado em nome de terceiro

A Constituição assegura que não poderá haver qualquer limitação ao exercício do direito à perfilhação. Assim, pode o filho já registrado em nome de terceiro ingressar com ação de investigação de paternidade a fim de obter a afirmação de sua real paternidade.

d) os herdeiros do filho morto (investigação avoenga)

Além da possibilidade dos herdeiros (netos) prosseguirem com ação de investigação de paternidade anteriormente iniciada pelo de cujus (filho), é possível, ainda, eles próprios ingressarem com a mencionada ação no caso de menoridade ou incapacidade do principal interessado, conforme dispõe o art. 1.606 do Código Civil. Esta prerrogativa é conhecida como investigação de parentalidade avoenga.

Alguns doutrinadores, como Farias e Rosenthal<sup>65</sup>, admitem a possibilidade dos netos, independente da condição do filho, requerer a investigação, uma vez que a obtenção de tal resposta também tem efeitos diretos sobre ele no tocante a alimentos, herança, etc, além de assegurar a formação de sua identidade (direito à dignidade e identidade), tendo, inclusive, jurisprudência do STJ que reconhece esta tese.

e) O Ministério Público

O Ministério Público figura como autor em ação de investigação de parentalidade a fim de que possa ser assegurada a proteção social a um direito individual indisponível, conforme assegura os §§ 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.560/92.

Quando o Ministério Público não atuar como órgão agente, será, necessariamente, interveniente, para que seja garantido um processo justo e sejam protegidos os direitos individuais, conforme mencionado.

Invertendo a polaridade, possuem legitimidade passiva na ação de investigação de parentalidade o suposto pai ou seus herdeiros (no caso de falecimento). Caso estes não apresentem a contestação no prazo legal, será declarada a revelia e presumida a veracidade dos fatos alegados pelo autor. No entanto, é importante salientar que sendo esta ação sobre direito indisponível, a revelia terá seus efeitos restritos ao andamento processual (citação, prazos, etc), sendo necessário constituir provas da paternidade para que esta seja reconhecida.

A produção das provas poderá ocorrer em qualquer fase do processo, sendo válidos, por exemplo, o exame de DNA, outras provas periciais, documental e testemunhal.

Importante lembrar que a Súmula 301 do STJ prevê que a recusa imotivada do investigado em se submeter à realização do exame de DNA induz à presunção ‘*juris tantum*’ de paternidade e conduz à procedência do pedido, com conseqüente declaração de filiação.

Caio Mário foi o precursor da defesa da imprescritibilidade da ação investigatória, por ser uma ação de estado. A Súmula 149, do STF pôs fim à divergência ao declarar que “*é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é o de petição de herança*”. O Estatuto da Criança e do Adolescente ratificou esta diretriz ao reconhecer no art. 27 que “*o estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível*”. O STJ, neste sentido, tem dado respaldo à tese da imprescritibilidade, reconhecendo o direito de ação, ainda que tenha transcorrido o prazo decadencial de quatro anos para a desconstituição do

---

<sup>65</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias* 3.ed.rev., ampl. e atual. . Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

registro civil.

O direito de investigar a paternidade e maternidade é indisponível e, portanto, não pode ser objeto de negociação entre as partes, não produzindo efeito jurídico qualquer ação neste sentido.

#### A ação de investigação de paternidade

não tem mais a finalidade de atribuir paternidade ou maternidade ao genitor biológico. Este é apenas um elemento a ser levado em conta, mas deixou de ser determinante. O que se investiga é o estado de filiação que pode ou não decorrer da origem genética.<sup>66</sup>

No entendimento de Paulo Lôbo<sup>67</sup>, a propagação do exame de DNA levou muitos juristas a tentarem resumir a relação de parentesco a um mero resultado de procedimento laboratorial, enquanto outros tantos se debruçaram a entender as demais dimensões que compõem a paternidade, afinal pai e genitor são, indubitavelmente, figuras distintas.

## 2.5 Os Contornos da Socioafetividade e sua Relevância Jurídica

A socioafetividade é antes de tudo uma opção que perpassa todas as relações de paternidade e filiação. Basta lembrar quantas crianças estão registradas em nome de seus pais biológicos e estes nunca se comprometeram com o desenvolvimento integral do filho, ou seja, reservaram-se ao papel de ser mero genitor. Em contrapartida, quantos indivíduos assumem a paternidade de uma criança, sabendo que não há o vínculo biológico, mas se propõem a oferecer o afeto, cuidar e se vincular a este filho.

Conforme mencionado anteriormente, a configuração, constituição e função da família mudou em razão das transformações sofridas pela sociedade como um todo. Uma significativa transformação social ocorrida foi a mudança no elo que une as famílias. Estas deixaram de se constituir em razão do interesse patrimonial e passaram a se formar em decorrência do afeto, o qual adquiriu visibilidade no mundo jurídico e passou a influenciar a análise sobre os fatos concretos postos à apreciação do Judiciário.

Importante retomar a definição de paternidade e filiação socioafetiva apresenta por Denise Duarte Bruno:

---

<sup>66</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. V. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 373.

<sup>67</sup>LÔBO, Paulo. *Direito Civil : Família*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 30.

A parentalidade (e a inseparável filiação) socioafetiva existe quando uma criança ou um adolescente tem, em relação a adulto que não é seu genitor biológico nem adotivo, a posse do estado de filho, ou seja, existem entre eles relações de afeto que se consolidam entre pais e filhos, mesmo na ausência de vínculo genético.<sup>68</sup>

Souza complementa a compreensão sobre o tema:

A paternidade afetiva tem, como base fática para o seu estabelecimento, a denominada posse de estado de filho, estando esta materializada sempre que se consiga visualizar a existência de todos os elementos pertinentes a uma concreta e efetiva relação filial, levando-se em consideração o comportamento daqueles que a integram.<sup>69</sup>

Conforme visto, a filiação e o seu reconhecimento passaram por diversas fases. Até poucos anos atrás, somente era reconhecido como filho aquele nascido no curso de uma relação conjugal, juridicamente oficializada, configurando um claro privilégio da ordem patrimonial e social. Com o passar dos anos, passou-se a se admitir o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, cedendo espaço para a afetividade.

A partir de então, esta vem adquirindo relevo e importância enquanto elemento fundamental de relação paterno-filial, colocando em xeque a verdade trazida exclusivamente pelos vínculos biológicos.

O exercício das funções parentais não é garantido necessariamente pela origem consangüínea, mas sim pela dedicação proporcionada aos filhos, independente de qualquer semelhança genética. Por isto, tem-se atribuído grande relevância à filiação decorrente da afetividade.

Nos dizeres de Otoni,

A relação paterno-filial oriunda da paternidade socioafetiva, tem como fundamento a afetividade geradora da correlata responsabilidade, que se origina da convivência entre pais e filhos e não do vínculo consangüíneo. Assim, ser pai e mãe, não depende exclusivamente do liame biológico existente, mas do gesto de carinho, amor, cuidados conferidos a criança e que servirá como alicerce para a formação de sua personalidade. Podemos dizer que a filiação socioafetiva se fundamenta também na solidariedade e na convivência familiar.<sup>70</sup>

A afetividade passou a ser valorizada não somente na relação entre pais e filhos, mas

---

<sup>68</sup>BRUNO, Denise Duarte. *Posse do Estado de Filho*. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a Vacatio Legis. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte : IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 463.

<sup>69</sup>SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 82.

<sup>70</sup> OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/680>. Acesso em 24/01/2013. p.6.

também na constituição, manutenção e dissolução das relações conjugais e vem ganhando destaque no cenário atual, sobretudo em razão das novas configurações de família.

Leciona Paulo Lôbo,

*A fortiori*, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos não biológicos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia a dia, seja os que a natureza deu, seja os que foram livremente escolhidos. Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessária para a realização pessoal de seus integrantes.<sup>71</sup>

Não há mais sentido, hodiernamente, preservar um núcleo familiar apenas por questões morais ou patrimoniais, porque a afetividade mostra-se como o verdadeiro substrato capaz de unir as pessoas em torno do desenvolvimento pessoal e coletivo do núcleo familiar.

Souza destaca que

(...) torna-se imprescindível a valorização do afeto também no que diz respeito às relações traçadas entre pais e filhos, pois somente dessa forma se conseguirá alcançar uma integral proteção para todas as crianças e adolescentes, bem como numa visão mais genérica e não menos importante, para os filhos como um todo.<sup>72</sup>

Embora a Constituição Federal não tenha adotado expressamente a filiação socioafetiva, esta encontra respaldo no art. 227, §6º ao reconhecer a igualdade dos filhos. O mesmo ocorre em relação à legislação infraconstitucional e o Código Civil que no art. 1.593 reconhece que o parentesco pode resultar de outra origem que não a consangüinidade, criando a possibilidade de enquadramento da paternidade socioafetiva; no art. 1596 ratifica a igualdade prevista no texto constitucional; no art. 1.597, V, admite o reconhecimento da paternidade originada de inseminação artificial heteróloga e no art. 1605, II, no qual admite a utilização da posse de estado de filho afetivo como prova de filiação.

Estes dispositivos estão longe de abranger toda a magnitude que a socioafetividade vem adquirindo no direito de família, distante de dar respaldo legal às inúmeras situações que estão sendo postas à apreciação do Judiciário, principalmente após a disseminação do exame de DNA como elemento probatório do vínculo biológico.

Souza define com precisão o alcance da Constituição sobre a paternidade socioafetiva.

A Constituição, no que diz respeito ao direito dos filhos, enaltece de forma genérica a igualdade existente entre eles, tendo sido mais específica no que concerne ao

<sup>71</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: Família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

<sup>72</sup> SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 81.

elenco dos direitos dos menores. No entanto, muito além dessas regras deve ser sempre lembrado que a dignidade humana foi eleita como verdadeiro fundamento do estado, de forma que os valores imateriais a ela correspondentes devem espalhar-se por toda a seara do direito de família, estando apta, inclusive, a fundamentar sozinho a filiação afetiva, porquanto a dignidade deva ser apreciada sob diversas óticas, sobretudo aquela que protege o homem na sua vivência familiar, ainda que nenhum vínculo de sangue exista em sua constituição.<sup>73</sup>

Nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho de Justiça Federal, são aprovados enunciados<sup>74</sup>, que representam um indicativo para interpretação do Código Civil e demonstram o entendimento majoritário das comissões temáticas do CJF. Tais enunciados têm trazido esclarecimentos sobre o tema da socioafetividade, como demonstrado abaixo.

Enunciado nº 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 sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho. (I Jornada de Direito Civil, CJF)

Enunciado nº 108 – Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a sócio-afetiva. (I Jornada de Direito Civil, CJF)

Enunciado nº 256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. (III Jornada de Direito Civil, CJF).

Enunciado nº 519 – Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Enunciado nº 520 – Art. 1.601: O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida.

Nota-se, a partir destes enunciados, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como uma forma de parentesco civil, a qual pode servir de fundamento para o registro de nascimento.

A posse do estado de filho se constitui a partir do momento em que alguém se dispõe a

---

<sup>73</sup>SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade*: a recusa do filho ao exame de DNA. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 94.

<sup>74</sup> Informações disponíveis em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em 19 de outubro de 2013.

cuidar de outro como filho, em uma relação sedimentada no carinho, no respeito e na convivência. Portanto, a paternidade é construída a partir de um desejo e não meramente de uma cópula. Por isso é possível afirmar que a paternidade socioafetiva não se dá com o nascimento e sim com a manifestação de vontade.

Tamanha é a relevância da socioafetividade no Direito de Família que muitos estudos têm sido produzidos sobre o assunto e os Tribunais Superiores têm se posicionado cada vez mais no sentido de proteger esta forma de relação paterno-filial.

Tanto é assim que se encontra tramitando no Supremo Tribunal Federal um Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 692186, interposto contra decisão do STJ que inadmitiu a remessa do recurso extraordinário para o STF. No processo foi requerida a anulação do registro de nascimento e o reconhecimento da paternidade do pai biológico. Em primeira instância, a ação foi julgada procedente e este entendimento foi mantido pela segunda instância e pelo STJ. No recurso interposto ao Supremo, os recorrentes alegaram que a decisão do STJ, ao preferir a realidade biológica, em detrimento da realidade socioafetiva, sem priorizar as relações de família que têm por base o afeto, afrontou o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Para o relator, Ministro Luiz Fux, a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica é tema relevante sob os pontos de vista econômico, jurídico e social e, portanto, deve configurar como repercussão geral. A maioria dos ministros seguiu o relator. O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) requereu sua admissão como *amicus curie*, o que foi permitido em razão da relevância da matéria, da representatividade dos postulantes e da existência de procuradores habilitados, dentre os quais se destacam Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias.

Também o STJ tem se posicionado sobre a socioafetividade, sobretudo quando invocada nas Ações Negatórias de Paternidade que, na maioria das vezes, tem seu pedido fundamentado na exclusão da paternidade biológica comprovada por exame de DNA, como será demonstrado adiante.

## CAPÍTULO III – O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

### 3.1 As Ações de Desconstituição da Paternidade

Como a própria denominação sugere, trata-se de uma ação judicial que tem por objetivo desfazer uma situação jurídica, extinguir uma relação paterno-filial anteriormente estabelecida.

Consoante o Código Civil, ao tratar sobre filiação,

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Os dispositivos legais supracitados fundamentam dois tipos de Ações de Desconstituição da Paternidade, respectivamente: Ação Negatória de Paternidade e Ação de Impugnação da Paternidade.

No cotidiano do Judiciário é comum haver confusão entre as duas demandas no momento de formular o pedido. Importa esclarecer que a Ação Negatória de Paternidade, também conhecida como contestação de Paternidade, é aquela que tem por objeto negar o *status* de filho àquele que o recebeu em razão da presunção decorrente da concepção na constância do casamento. Visa, portanto, excluir a presunção legal de paternidade.

A Ação de Impugnação de Paternidade, também denominada Ação anulatória do registro de nascimento, tem por objetivo negar o fato da própria concepção ou provar a suposição do parto para afastar a condição de filho. É muito comum nas situações envolvendo falsidade ideológica do assento de nascimento.

O STJ pacificou o entendimento quanto à distinção entre as duas demandas e no REsp. nº 592.991/RS o relator apropriou-se da elucidativa explicação de Maria Berenice Dias, da qual se extrai:

A questão que durante algum tempo atormentou os tribunais agora encontra-se pacificada no sentido de não permitir que se confunda a ação anulatória do registro de nascimento com a negatória de paternidade. Conforme já decidido nesta mesma corte recursal, a ação anulatória do registro de paternidade funda-se na ocorrência de vício formal do ato registral, não se confundindo com a demanda negatória, que tem por substrato vício material (Embargos Infringentes nº 599277365). A demanda negatória de filiação, exercitável para impugnar a legitimidade da filiação, em face da presunção *pater is est* (art. 338 do CC [1916]), dispõe de limitados prazos prescricionais (art. 178, §§ 3º e 4º do CC [1916]).

Já a ação anulatória do registro é imprescritível, pois tem o pai registral a possibilidade de a qualquer tempo buscar desconstituir o registro de nascimento, mesmo que o tenha levado a efeito, trazendo por fundamento ou a ocorrência de erro formal no assento de nascimento ou a ocorrência de vício do consentimento quando do registro. O fundamento da ação é de que procedeu ao registro mediante fraude, tendo sido induzido em erro, não sendo sabedor da circunstância de não ser o pai biológico da criança gerada por sua esposa ou companheira (decisão já citada).

Mesmo que tenha ampliado o STJ as hipóteses elencadas no art. 340 da vetusta codificação de 1916, por a ciência fornecer métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação, e dilatando o prazo para o exercício da ação (Recurso Especial nº 146.548/GO), persiste a diferença entre as duas ações.

Ainda que em ambas as demandas o pedido seja o mesmo, ou seja, o fim do vínculo parental, a causa de pedir de cada uma é distinta e não podem ser usadas em caráter subsidiário. (...)

O acórdão já referido deste órgão, da lavra do eminente Des. Luiz Felipe Brasil Santos, bem elucida a distinção:

‘Como se vê, o “bem da vida” (objeto) perseguido em ambas as ações é o mesmo, a saber: a desconstituição do vínculo de paternidade (por sinal, em se tratando de filiação havida no casamento, como na espécie, resta patente a impropriedade da ação anulatória de registro). Diferente, pois, é apenas o meio processual (ação) utilizado para alcançar o mesmo fim (objeto). Não se deve, entretanto, com a devida vênia, confundir meio com o fim para afirmar-se diverso o que é idêntico.

Também idêntica é a causa de pedir, qual seja: o fato alegado de que o autor não é pai do réu. Daí decorre tanto a pretensão negatória de paternidade, quanto a pretensão desconstitutiva do registro. Manejada a primeira ação, o efeito secundário é a desconstituição do registro. Proposta a segunda, apenas inverte-se a relação de causa e efeito, mas o resultado final é rigorosamente o mesmo’.<sup>75</sup>

Ressalta-se que o prazo referido na explicação diz respeito ao Código Civil de 1916. O STJ já pacificou entendimento mais abrangente, tal como observado no REsp. nº 576.185/SP.

CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AÇÃO DE ESTADO. IMPRESCRITIBILIDADE. ECA, ART.27. APLICAÇÃO.

1. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, por se cuidar de ação de estado, é imprescritível a demanda negatória de paternidade, consoante a extensão, por simetria, do princípio contido no art. 27 da Lei n. 8.069/1990, não mais prevalecendo o lapso previsto no art. 178, parágrafo 2º, do antigo Código Civil, também agora superado pelo art. 1.601 na novel lei substantiva civil.<sup>76</sup>

<sup>75</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 592.991/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 31/05/2004.

<sup>76</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 576.185/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 08/06/2009.

Em síntese, na distinção entre as duas demandas, tem-se que na Ação Negatória de Paternidade o fundamento legal é art. 1.601, do CC/02 (impugnação da filiação decorrente da presunção *pater is est*), constata-se a ocorrência de vício material; na Ação Anulatória do Registro de Nascimento, baseada no art. 1.604, do CC/02 (erro formal no assentamento ou vício de consentimento), portanto há vício formal do ato registral. Em ambos os casos a ação é imprescritível e objetiva o fim do vínculo parental.

A legitimidade para propositura da Ação Negatória de Paternidade é privativa do marido, ou seja, do pai registral.

A Ação Anulatória do Registro de Nascimento pode ser ajuizada pelo próprio filho ou por quem demonstre legítimo interesse.

Mais uma vez, neste ponto, verifica-se a existência de confusão nas ações apresentadas ao Judiciário, tal como ocorreu no REsp. nº 939.657/RS onde, na ação original, os filhos ingressaram com Ação Negatória de Paternidade com o objetivo único e exclusivo de demonstrar que o pai (falecido) foi induzido a erro ao realizar o registro de nascimento de uma criança que lhe foi atribuída a paternidade, fruto de um relacionamento extraconjugal. O pedido foi indeferido em primeira instância e a decisão foi confirmada pelo Tribunal competente sob a alegação de ilegitimidade das partes para propositura da ação, com base no art. 1.601, do CC/02.

A inadequação na denominação da ação (Negatória de Paternidade) frente ao pedido formulado nos autos (Impugnação de Paternidade) só foi resolvida no STJ, o qual esclareceu que:

Na ação negatória de paternidade, prevista no art. 1.601, do CC/02, o objeto está restrito à impugnação da paternidade dos filhos havidos no casamento, e a legitimidade ativa para sua propositura é apenas do marido, que possui o vínculo matrimonial necessário para tanto.

Na hipótese, contesta-se a paternidade de filho concebido fora do matrimônio, o que aponta a inadequada incidência do art. 1.601, do CC/02, à espécie.

(...) Aqui, a alegada ocorrência de falsidade ideológica no registro, consequência da suposta indução a erro a que foi levado o *de cujus*, torna imperiosa a aplicação da disciplina inserta no art. 1.604, do CC/02, segundo o qual, provando-se a falsidade ou erro do assento, pode-se vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento.

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a “*a anulação de registro, em virtude de falsidade ideológica, pode ser pleiteada por quem tenha legítimo interesse econômico e moral*”.

Assim, não se tratando de negatória de paternidade, mas de ação declaratória de inexistência de filiação, por alegada falsidade ideológica no registro de nascimento, não apenas o pai é legítimo para intentá-la, mas também outros legítimos interessados.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp nº 939.657/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe 14/12/2009.

Ainda em relação à legitimidade, na Ação Negatória de Paternidade, entende o STJ que a ação é personalíssima e, portanto, não é passível de representação, sequer pelo curador, tal como observado no AgRg. no Agravo em Recurso Especial nº 199.308/MS em que a esposa, após ser nomeada curadora do marido em razão da invalidez permanente deste, ingressou com Ação Negatória de Paternidade objetivando desconstituir o vínculo estabelecido entre o cônjuge e as filhas de relacionamento extraconjugal, por ele reconhecidas, dezoito anos antes.

A paternidade envolve não apenas o ato de disposição da condição de pai, mas também no reconhecimento do estado de filiação do descendente, configurando legítimo direito da personalidade sob o qual há impedimento legal à sua limitação voluntária (art. 11 do CC).

Por esta razão, de resguardo da condição de filho contra terceiro, o ordenamento confere apenas ao pai o direito de contestar a paternidade, de modo exclusivo, não cabendo sequer ao próprio filho e a esposa protestar contra tal qualidade (art. 1.601 do CC), contudo, atrela-se a ação apenas àqueles casos de filhos havidos dentro do casamento, e não com relação a filhos advindos de relação extraconjugal.<sup>78</sup>

Ainda sobre o assunto, o STJ não conheceu do Recurso Especial nº 886.124/DF no qual o tio paterno requeria sua atuação como curador especial, em favor do sobrinho menor de idade, em ação negatória de paternidade movida por seu irmão.

O meu convencimento diverge do entendimento do recorrente. De fato, na ação de investigação de paternidade procura-se encontrar o pai, o vínculo biológico, daí a justificativa para autorizar que qualquer que tenha interesse possa contestar a ação. Diverso é o objeto da negatória em que o pretense pai deseja provar que o registro de filiação não corresponde à realidade. A negatória é ação personalíssima e não se pode autorizar a extensão do art. 1.615 porquanto na investigatória se busca encontrar o pai biológico e aqui a pretensão é de excluir a paternidade diante da convicção íntima do pai constante do registro, interesse que não pode ser ampliado para outrem. Recurso não conhecido.<sup>79</sup>

Também não reconheceu a legitimidade dos avós paternos para atuarem na ação negatória de paternidade movida pelo filho deles em detrimento do registro de criança gerada na constância do casamento.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ORDINÁRIA ATIVA. AÇÃO DE ESTADO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDISPONÍVEL

<sup>78</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 199.308/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 03/10/2012.

<sup>79</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 886.124/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJe 19/11/2007.

DO GENITOR (ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). SUB-ROGAÇÃO DOS AVÓS. IMPOSSIBILIDADE.

A legitimidade ordinária ativa da ação negatória de paternidade compete exclusivamente ao pai registral por ser ação de estado, que protege direito personalíssimo e indisponível do genitor (art. 27 do ECA), não comportando sub-rogação dos avós, porquanto direito intransmissível, **impondo-se manter a decisão de carência da ação (art. 267, VI, do CPC)**, mormente quando o interesse dos recorrentes não é jurídico, mas meramente afetivo e patrimonial.<sup>80</sup>

No tocante às provas produzidas, em ambas as ações o mais comum é a utilização da avaliação técnica realizada por assistente social e psicóloga, com o objetivo de verificar a ocorrência de vínculo socioafetivo, e o exame de pareamento cromossômico (DNA), que visa constatar a existência de vínculo biológico.

Como mencionado anteriormente, a facilidade de acesso ao exame de DNA têm gerado significativo aumento das demandas para desconstituição da paternidade que são submetidas à apreciação do Judiciário. E o deferimento dos pedidos, mesmo quando comprovada a inexistência de vínculo biológico, tem encontrado óbices em razão da socioafetividade.

Havendo conflitos entre a paternidade biológica e a socioafetiva, como decidir, no caso concreto, frente ao pedido de desconstituição da paternidade registral? Em outras palavras, o que fundamenta a decisão para alteração do registro de nascimento de alguém? Quais os critérios utilizados?

Para melhor compreender a inquietude implícita em tais questionamentos, são apresentadas duas situações hipotéticas.

#### Situação 1:

José e Maria tiveram envolvimento afetivo, com relações íntimas entre o casal, sem, contudo, estabelecerem um relacionamento formal, embora o romance fosse do conhecimento dos moradores do local onde residem.

Ao descobrir que estava grávida, Maria atribui a paternidade a José, que imbuído de valores morais de responsabilidade registrou a criança, Marcos, como filho, em janeiro de 1994.

Embora os pais de Marcos jamais tivessem vivido maritalmente, José participou do desenvolvimento da criança, o apresentou para a família e a sociedade como filho. Não havia regularidade nos encontros entre José e Marcos, mas quando se viam reportavam-se um ao

---

<sup>80</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.328.306/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 20/05/2013.

outro como pai e filho. José indagava sobre a escola, as coisas do cotidiano, dava conselhos. Marcos visitava os familiares paternos e tinha respeito pelo pai.

Até o ano de 2006 não havia determinação judicial quanto à pensão alimentícia. Assim, José contribuía para o sustento de Marcos através da compra de roupas, calçados, material escolar e remédios.

No entanto, no referido ano, Maria ingressou com uma ação de alimentos que resultou em uma ordem de pagamento de 20% sobre os rendimentos líquidos de José, que é assalariado e, portanto, tal quantia representou um grande impacto em seu orçamento.

A partir de então, José passou a se incomodar com o fato de estar pagando pensão alimentícia e ouvir de familiares e amigos que Marcos não é seu filho biológico. Ingressou com uma Ação Negatória de Paternidade e no curso desta foi realizado exame de DNA tendo excluído a paternidade de José em relação a Marcos.

Em 2010, aos 16 anos de idade, Marcos foi informado de que José não é seu pai biológico e que este deseja retirar seu nome do registro de nascimento do adolescente, eximindo-se, assim, do pagamento da pensão alimentícia.

#### Situação 2:

Paula foi casada com Roberto e tiveram dois filhos. Um mês após o rompimento deste relacionamento, Paula passou a viver maritalmente com Carlos.

Decorridos oito meses desta união adveio o nascimento de Valentina.

Paula e sua genitora afirmam, de forma contundente, que alertaram Carlos sobre a possibilidade de Valentina ser filha de Roberto.

Carlos, por sua vez, também é categórico em afirmar que em nenhum momento recebeu este aviso e sequer duvidou da paternidade de Valentina que, para ele, nasceu prematura.

Paula e Carlos viveram maritalmente por dois anos e, neste período, ele se mostrou um exímio pai, participando ativamente dos cuidados com a filha. Após a separação do casal ele manteve o contato com a criança, levando-a para sua casa todos os finais de semana, momento este em que ele era o único responsável pelos cuidados com Valentina, tais como supervisionar, cuidar da higiene pessoal da criança, da alimentação, do sono.

O exercício da paternidade era um sonho na vida de Carlos, que pode concretizá-lo na relação com Valentina. No entanto, durante uma discussão com Paula esta teria dito a verdade sobre a origem biológica da criança, o que o levou a fazer o exame de DNA, tendo comprovado não haver vínculo biológico entre Carlos e Valentina.

Tal descoberta foi feita quando a criança contava com três anos de idade e então, repentinamente, Carlos excluiu Valentina do seu convívio, por acreditar que ela tem direito a conhecer o pai biológico, por entender que a verdadeira paternidade é a biológica, por estar ressentido por ter sido enganado por Paula.

Nota-se de comum nos dois casos a existência incontestável da paternidade socioafetiva, traduzida no reconhecimento público da relação paterno filial no primeiro caso, durante dezesseis anos, e no cuidado, proteção e formação do referencial paterno, no segundo caso, durante três anos.

Então, ressurgem a dúvida sobre quais os critérios que devem ser adotados para permitir a retificação do registro de nascimento de um filho, quando verificado não haver vínculo biológico entre ele e o pai registral, mas haver ou ter existido um dia, o vínculo socioafetivo.

A partir deste questionamento, buscou-se verificar qual tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, utilizando-se para tanto de uma busca jurisprudencial entre os anos de 2003 (início da vigência do novo Código Civil) e 2013.

### **3.2 O Entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à Paternidade Socioafetiva**

Primeiramente, é válido identificar qual o entendimento do STJ sobre a paternidade socioafetiva, pois é a partir deste referencial que poderá, posteriormente, ser verificada a forma como a socioafetividade vem sendo aplicada nos julgados submetidos à apreciação desta corte.

Por paternidade socioafetiva, entende o STJ que:

Ao nascer, o indivíduo é inserido em um grupo social denominado família. O vínculo entre o nascente e a família da qual pertence decorre da filiação, isto é, advém da relação jurídica estabelecida, mormente, pela origem biológica ou pelo liame socioafetivo criado entre membros da unidade familiar.

Nessa esteira, tanto a doutrina quanto a jurisprudência enaltecem o vínculo socioafetivo, pois compreendem que o grupamento familiar é o ambiente, por excelência, no qual ocorre o desenvolvimento psicossocial do ser humano. Ainda, pelo fato de que os relacionamentos construídos no âmbito familiar contribuem, primordialmente, para construção da personalidade e do caráter do indivíduo, bem como para a formação ideológica sobre a realidade que lhe cerca.<sup>81</sup>

Complementa, ainda,

A filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como

---

<sup>81</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.167.993/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 15/03/2013.

elemento de ordem cultural.<sup>82</sup>

Esta última [paternidade socioafetiva], por sua vez, reflete a realidade do relacionamento pai-filho, que supera os outros aspectos, pois a mera paternidade jurídica ou biológica não induz afeição ou amor.<sup>83</sup>

A filiação socioafetiva é “definida pela estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho”.<sup>84</sup>

Em suma,

A maternidade/paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho, decorre da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.<sup>85</sup>

### **3.3 A Aplicação da Socioafetividade nas Ações de Desconstituição da Paternidade Julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça – Análise Jurisprudencial**

A partir desta compreensão sobre a socioafetividade convém estudar de que forma tem se dado o debate, como o critério socioafetivo tem sido utilizado para manter ou alterar um registro de nascimento e quais questões subjacentes ao tema perpassam as decisões. Para tanto, extraiu-se dos julgados argumentos utilizados para fundamentar o posicionamento dos ministros, os quais serão apresentados pela denominação *proposição jurídica*.

#### **PROPOSIÇÃO JURÍDICA 1: Mitigação do princípio *pater is est***

Em nome da proteção da família e dos valores morais da época, por décadas as legislações brasileiras privilegiaram o reconhecimento dos filhos havidos na constância do casamento, impondo uma série de limitações ao direito de contestação.

Com o passar do tempo, a legislação, a doutrina e a jurisprudência passaram a relativizar presunção da paternidade, levando em consideração o avanço da ciência e a mudança social ocorrida em nosso contexto.

Neste sentido, o REsp. nº 139.590/SP iniciado segundo as regras do Código Civil de

---

<sup>82</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.000.356/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 07/06/2010.

<sup>83</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 139.590/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJe 03/02/2003.

<sup>84</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 786.312/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 21/09/2009.

<sup>85</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.274.240/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 15/10/2013.

1916 e julgado às vésperas do início da vigência do Código Civil de 2002 trouxe indícios destas mudanças.

Trata-se de uma ação na qual o autor propôs uma negatória de paternidade cumulada com retificação de registro de nascimento ao fundamento de que fora induzido a erro pela mãe do réu, com quem se casou quando estava grávida e que a verdade biológica sobre a paternidade só foi descoberta quando realizado o exame de DNA, período em que já havia decorrido o prazo para propositura da ação previsto no art. 178, §§ 3º e 4º, do Código Civil de 1916.

Extrai-se do voto do relator que

As regras do Código Civil, no intuito, como disse, de preservar a instituição 'família legítima', a honra e dignidade do casamento, consagrou o princípio *pater is est*, priorizando o direito em detrimento da verdade genética. Até porque essa verdade, antes do advento do exame do DNA, só em raríssimos casos podia ser obtida com certeza e precisão. Esse princípio assenta-se na noção da legitimidade da filiação oriunda do casamento civil válido ou putativo.

Criou-se, com isso, em nossa legislação, uma ficção legal, pois o casamento civil é suficiente para dar legitimidade aos filhos, ainda que em detrimento da paternidade biológica.

Em consequência, a contestação da paternidade jurídica, embora possível, está cercada de inúmeras limitações (CC, artigos 340, I e II, 342, 344), dentre as quais o exíguo prazo decadencial fixado no artigo 178, § 3º, do Estatuto Civil.

A segunda metade do século passado sofreu profundas alterações estruturais, ocasionadas por transformações tecnológicas, científicas, políticas, sociais e comportamentais, que mudaram sensivelmente as relações de convívio e criaram novas formas de relacionamento. O *conceito* de *família* ampliou-se consideravelmente, para incluir agrupamentos sequer oriundos do casamento legal.

Assim, não há como desconsiderar tais mudanças no momento de fazer-se uma análise sobre a legislação que rege o direito de família, marcada por um texto constitucional que não faz mais distinção entre filhos legítimos e ilegítimos e reconhece novas entidades familiares, mormente em casos de determinação da paternidade, pois os recursos para a busca da verdade real foram sensivelmente ampliados pela ciência.

**Insta, portanto, que questionemos um método de análise tendo como premissa a mera presunção de paternidade face à possibilidade jurídico-científica de determiná-la com segurança, buscando garantir, principalmente, o equilíbrio psíquico-emocional do menor, porque o formalismo jurídico exacerbado poderá levar a situações que não interessam às partes, muito menos à criança. (...)**

Acertadamente, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da modernidade.<sup>86</sup>(grifo nosso)

## **PROPOSIÇÃO JURÍDICA 2: A exclusão da paternidade através do exame de DNA deixou de ser prova fundamental para a contestação prevista no art. 1.601, do CC/02**

---

<sup>86</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 139.590/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJe 03/02/2003.

Inicialmente, admitia o STJ o resultado do exame de DNA como prova robusta para embasar pedido de Ação Negatória de Paternidade, que objetivava a anulação do registro de nascimento, tal como observado no REsp. nº 878.954/RS, em clara divergência ao entendimento do TJRS que já apontava esta prova como insuficiente para contestar a paternidade.

O Recurso Especial em comento trata de Ação Negatória de Paternidade ajuizada por V.H.K. em face da menor J.K. sob o argumento de que foi induzido a erro em relação ao registro da criança, tendo assumido de boa-fé sua paternidade, vindo a descobrir, após realizado exame de DNA, que não era o pai biológico da criança.

A separação conjugal dos pais registrais da menina ocorreu quando ela estava com quatro meses de vida.

O pedido de negatória de paternidade foi julgado improcedente em primeira instância, segundo o entendimento de que o laudo do exame por si só não comprova o erro.

Nota-se, neste ponto, novamente a confusão em relação à aplicação dos arts. 1.601 e 1.604, do Código Civil de 2002, pois, a ação negatória de paternidade (art. 1601) intentada pelo marido não prevê a comprovação de erro ou falsidade do registro, tal como disposto no art. 1.604, CC/02.

Em segunda instância foi negado provimento ao recurso de apelação sob a fundamentação de que a *“narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. Sendo a filiação um estado social, comprovado estado de filho afetivo, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico e sim o do pai que desempenhou a função parental. Reconhecimento da paternidade se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível”*.

Inconformado, V.H.K. recorreu ao STJ alegando ofensa ao art. 1.601, do CC/02, sob o argumento de que tem o pai o direito de contestar a paternidade biológica de um filho que reconheceu em virtude de erro essencial.

Para a relatora,

Tem-se perfeitamente demonstrado, ao contrário do que afirma o Tribunal de origem, o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o recorrente, porquanto induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de sua filha biológica. Passível, portanto, de anulação o ato de reconhecimento de paternidade, por vício de consentimento.

No que se refere ao efeito do tempo em ação negatória de paternidade, **tem esta Corte se pronunciado de forma unívoca no sentido de que a realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento,**

não havendo que se falar em prazo decadencial previsto no art. 178, § 3º, do CC/16. **Assim sendo, não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.**

**A indução a erro a que foi acometido o crédulo “pai” não lhe pode impor, ademais, o dever de assistir a criança reconhecidamente destituída da condição de filha.**

E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menina socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas.

Merece reforma, pois o acórdão recorrido, para, com base no resultado do exame de DNA, certificando, de forma conclusiva, que o recorrente não é pai biológico da recorrida, conforme atestado pelo Tribunal de origem (fl. 91), julgar procedente o pedido formulado na ação negatória de paternidade.<sup>87</sup> (grifo nosso)

Observa-se, nesta época, que o exame de DNA ainda tinha papel importante para a solução do conflito de interesses apreciados pelo STJ nas ações negatórias de paternidade, mesmo que os tribunais inferiores já apontassem em outro sentido.

Não tardou para este posicionamento ser modificado, haja vista o aumento da demanda apresentada ao Judiciário diante do acesso facilitado ao exame e, por consequência, a elevação da quantidade de situações familiares, de histórias e identidades desconstruídas.

(...) deve-se observar que o considerável aumento dos pedidos formulados pelos “pais” perante o Judiciário, no sentido de não mais manifestarem vontade de exercer essa outrora eterna função, tem acarretado diretamente nas crianças envolvidas um inquietante estado de insegurança e abandono. Tudo porque vivemos em um mundo identificado pelo sociólogo Zygmunt Bauman como líquido (*in Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004), em que as relações afetivas tornaram-se fluidas, descartáveis.

Se os relacionamentos entre casais passam pela senda da fugacidade, a efemeridade acometeria também o vínculo paterno-filial? A incerteza e a volatilidade instalaram-se também no porto que deveria trazer segurança ao menor, fazendo soçobrar o laço afetivo que certa vez unia pai e filho?

**O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto.**

Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigante para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano – tão falho por muitas vezes – livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução.

Se fosse somente isso, nada haveria para se objetar, a princípio. No entanto, há pequenos seres, ainda em desenvolvimento, cuja compreensão acerca das relações

---

<sup>87</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 878.954/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe 28/05/2007.

humanas se lhes escapa, e que assistem, indefesos, ao esfacelamento do lar em que nasceram. Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros. Não podem existir, contudo, ex-pais.

Dessa forma, as diretrizes devem ser muito bem fixadas em processos que lidam com direito de filiação, para que não haja possibilidade de uma criança ser desamparada por um ser adulto que a ela não se ligou, verdadeiramente, pelos laços afetivos supostamente estabelecidos quando do reconhecimento da paternidade.

**Afinal, por meio de uma gota de sangue, não se pode destruir vínculo de filiação, simplesmente dizendo a uma criança que ela não é mais nada para aquele que um dia se disse seu pai.**<sup>88</sup> (grifo nosso).

Esta postura vem se consolidando, como observado no REsp. nº 1.059.214/RS:

Não é novo o reconhecimento da doutrina de que a negatória de paternidade, a que se refere o art. 1.601 do Código Civil de 2002, se submete a considerações que não se reduzem simplesmente à exclusiva base da consanguinidade.

Exames laboratoriais antes tão esperados para a constatação da origem genética em ação de investigação de paternidade, que tramitaram por décadas ao abrigo de provas precárias, hoje não são em si suficientes à negação de laços estabelecido nos recônditos espaços familiares.

É que a fria análise laboratorial das cadeias de ácidos desoxirribonucléicos (DNA) não se mostra capaz de traduzir, negar ou tampouco comprovar vínculos tecidos em outras bases, como no *afeto*.

É bem verdade que o exame de DNA revolucionou o direito de família, mas é certo também que as bases jurídicas da tutela das famílias reconhecidas tanto pelo Código Civil de 2002 quanto pela Constituição Federal de 1988, são bem diferentes das verificadas em tempos idos. Nesse passo, se o juiz de outrora, em ações de investigação de paternidade, clamava por escassos elementos que lhe convencessem acerca de verdades biológicas, o juiz atual, malgrado lhe seja entregue vasta tecnologia para bem desempenhar seu mister, sobretudo em ações negatórias de paternidade, em não raras vezes deve voltar-se menos a indagações de ordem genética do que à análise da verdade socioafetiva.<sup>89</sup>

### **PROPOSIÇÃO JURÍDICA 3: A recusa em submeter-se ao exame de DNA, em ação proposta para a desconstituição da paternidade, não gera, necessariamente, a presunção da verdade alegada.**

Consoante o art. 232, do Código Civil, “*a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*”.

Este dispositivo legal tem sido invocado pelos recorrentes nas ações negatórias de paternidade com o intuito de levar à presunção de que o pai registral não é o pai biológico do filho registrado, quando há recusa de uma das partes a se submeter ao exame de DNA, levando a crer que o que foi alegado é verídico, uma vez que não foi confrontado pela verdade

<sup>88</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.003.628/DF, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe. 10/12/2008.

<sup>89</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.059.214/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 12/03/2012.

contida no exame.

No caso apresentado (REsp. nº 786.312/RJ), o pai registral ingressou com a ação alegando que foi levado a erro ao proceder o registro da criança, tendo seu pedido indeferido em primeira e segunda instâncias. Apresentou exame de DNA realizado por iniciativa própria, o qual excluiu a paternidade. Solicitou a realização do exame pela via judicial, mas a mãe da criança negou-se diversas vezes a comparecer. No acórdão recorrido ficou decidido que não havia prova suficiente para demonstrar o erro no registro e que a recusa da mãe em submeter o filho ao exame de DNA não pode influir na lide em prol do autor, porque a espécie diz respeito ao direito de uma criança, que não pode ser prejudicada por tal recusa.

Inconformado, o pai recorreu ao STJ alegando violação ao art. 232, do Código Civil.

O Ministro Relator apresentou a seguinte explicação sobre o referido dispositivo:

(...)

5. De início, para permitir o desenvolvimento lógico do raciocínio acerca da interpretação do referido artigo 232 do Código Civil de 2002, cumpre anotar:

5.1. Quanto à espécie de perícia prevista no dispositivo:

Malgrado se possa admitir que a gênese do dispositivo traga a marca de tentar solucionar os problemas decorrentes da recusa do pai em se submeter a teste de DNA em ação de investigação de paternidade, o fato é que o preceito não se dirige somente a tal hipótese, mas a qualquer perícia médica determinada pelo juiz em todos os tipos de demanda, não ficando restrita sua aplicação ao âmbito do direito de família.

5.2. Quanto ao alcance da regra: (...)

Grande parte da doutrina defende a inocuidade de tal preceito, que teria conferido uma presunção judicial, fruto do raciocínio desenvolvido pelo juiz, facultando-lhe, desnecessariamente, liberdade para julgar de acordo com seu livre convencimento motivado.<sup>90</sup>

Quanto à incidência da Súmula 301, do STJ, acrescentou:

Dispõe a Súmula 301/STJ: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".

Há de ressaltar que o fato de a Súmula 301 do STJ prever hipótese de presunção *juris tantum*, em momento algum, significa que toda e qualquer recusa a perícia médica de que trata o artigo 232 do CC terá esse alcance, até porque há de se ter em conta, no caso específico do DNA, a precisão e a confiabilidade esperadas desse exame. Além disso, mesmo em se tratando de teste de DNA, para que incida o teor da Súmula, é indispensável que a recusa tenha sido do pai, e em ação específica de investigação de paternidade, pois os motivos ensejadores da recusa do suposto genitor na investigatória são totalmente opostos aos da recusa do filho em ação negatória de paternidade de que trata os autos. (...)

No caso em tela, está claro que não se aplica a Súmula 301 do STJ. A recusa não partiu do pai, e a ação por este movida é negatória de paternidade. (...)

Por tudo o que foi exposto ao longo deste voto, se não é possível coagir fisicamente

---

<sup>90</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 786.312/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 21/09/2009.

o suposto pai a realizar o exame de DNA, com muito mais sentido não é permitido obrigar o filho a fazê-lo.  
Ante o exposto, não conheço do recurso especial.<sup>91</sup>

O Ministro Fernando Gonçalves apresentou argumentos distintos aos do Relator e proferiu voto pelo conhecimento e provimento do recurso especial para julgar procedente o pedido negatório de paternidade nos seguintes termos:

Esse panorama fático, enfeixado pela persistente recusa ao exame pericial perpetrada pela mãe da criança, conjugado à existência de um laudo nos autos atestando a ausência de vínculo de parentesco entre as partes, somado, ainda, à conduta do autor, se dispondo a realizar por diversas vezes novo teste genético em juízo e à ausência de prova testemunhal em sentido diverso, dá ensejo, salvo melhor juízo, a que seja consolidado o quanto previsto no art. 232 do Código Civil.

Outra advertência não pode deixar de ficar aqui registrada. Por certo, não se está a dizer que a simples recusa à realização do exame de DNA faz presumir a inexistência de vínculo filial, mas sim que a recusa, analisada juntamente com o exame de DNA acostado aos autos, bem como confrontada com a conduta do recorrente e com as provas orais é suficiente para dar supedâneo à tese de malferimento ao art. 232 do Código Civil.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para julgar procedente o pedido negatório de paternidade, anulando, por conseguinte, o registro de nascimento do recorrido no que respeita ao pai e respectivos ascendentes ali declarados.<sup>92</sup>

Ao final, no caso em comento, a Quarta Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento.

Percebe-se que, embora o pai tenha obtido a autorização para desconstituir o vínculo jurídico, esta permissão não foi baseada somente na simples recusa da mãe, mas no somatório desta atitude, com o contexto geral dos fatos e outros argumentos trazidos pela parte.<sup>93</sup>

#### **PROPOSIÇÃO JURÍDICA 4: Quando há o reconhecimento espontâneo e consciente da paternidade ou maternidade não há o que se falar em vício de consentimento.**

Primeiramente cumpre esclarecer que:

Por erro, como vício de consentimento, deve-se compreender "*a falsa representação da realidade*", ou "*a idéia falsa da realidade*" (ut Gonçalves, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, Vol. I, Parte Geral, Ed. Saraiva, 2003, p. 356, São Paulo), situação em que a vontade declarada, embasada num equivocado conhecimento da realidade, não seria assim expressada caso houvesse por parte do declarante o total

<sup>91</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 786.312/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 21/09/2009.

<sup>92</sup>BRASIL. *Loc. cit.*

<sup>93</sup> No mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.115.428-SP, Rel. Luis Felipe Salomão, DJe 27/09/2013.

conhecimento da realidade.

Porém, somente o erro escusável, este subentendido como sendo aquele no qual uma pessoa dotada de normal diligência (*homo medius*) e consideradas as circunstâncias do caso em concreto, incidiria, tem o condão de infirmar a validade da declaração de vontade exarada. É, aliás, o que preceitua o art. 138 do CC, *in verbis*: “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

No ponto, anota-se, ainda, que o erro essencial, apto a anular a filiação assentada no registro civil deve restar evidenciado nos autos, de forma clara e robusta.<sup>94</sup>

O Recurso Especial nº 1.003.628 diz respeito à ação negatória de paternidade proposta por J.N. que registrou F.L.E. de S.N. (filha de sua esposa à época), com três anos de idade, sabendo que ela não era sua filha biológica. Em primeira instância o pedido foi julgado procedente. Em segunda instância foi mantida a decisão, sob o fundamento de que houve vício insanável (a falsidade do registro), pois o reconhecimento da paternidade foi simulado e, portanto, impunha-se a anulação do reconhecimento.

F.L.E. de S.N. recorreu ao STJ alegando ofensa ao art. 1.604, do CC/02, argumentando que o registro somente poderia ser anulado na existência de vício de consentimento, o que não se configurou, uma vez que o pai registral tinha plena consciência de seu ato e não demonstrou ter havido vício do consentimento ou coação.

(...) verifica-se, no processo em julgamento, que o recorrido reconheceu espontaneamente paternidade extramatrimonial, cujo ato somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento. **Isto é, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento da menor, é necessária prova robusta no sentido de que o pai registral foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto.**

Não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, como ocorreu na hipótese dos autos, em que o próprio recorrido manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico com a menina e, mesmo assim, reconheceu-a como sua filha. Se o fez com o intuito de agradar sua então mulher, tal motivação não caracteriza coação, como alegou de início. Somente demonstra a peculiar fraqueza espiritual da natureza humana que muito deve ainda evoluir para alcançar um nível de vivência digna.

Ressalte-se, ademais, que o recorrido jamais poderia valer-se de falsidade por ele mesmo perpetrada, o que corresponderia a utilizar-se de sua própria torpeza para benefício próprio, o que realmente lhe seria muito conveniente, em prejuízo direto à criança envolvida.<sup>95</sup>(grifo nosso)

Entendimento este confirmado em outros julgados<sup>96</sup>, mesmo quando havia mera

<sup>94</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.078. 285/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe. 18/08/2010.

<sup>95</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.003.628/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 10/12/2008.

<sup>96</sup> Neste sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.022.763/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 03/02/2009. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.059.214/RS, Rel. Ministro

dúvida em relação ao vínculo biológico.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO. MERA DÚVIDA ACERCA DO VÍNCULO BIOLÓGICO. EXAME DE DNA NÃO REALIZADO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO.

A peculiaridade deste processo consiste em definir se mera dúvida a respeito da paternidade biológica é fator suficiente para desencadear o ajuizamento de negatória de paternidade, destituída de qualquer alegação de vício de consentimento quando do registro de nascimento da criança, fenômeno que vem ocorrendo com surpreendente frequência no Judiciário brasileiro.(...)

O recorrente pretende que tenha curso ação negatória de paternidade para o fim de sanar a dúvida que tem acerca da paternidade do menor que reconheceu voluntariamente como filho e, por essa razão, pretende verificar a existência ou não do vínculo biológico.(...)

Contudo, conforme dicção do acórdão recorrido, nada nos autos permite concluir que tenha o recorrente sido induzido em erro, nem que tenha ocorrido qualquer vício de consentimento quando do registro da criança.(...)

**O recorrente reconheceu espontaneamente a paternidade extramatrimonial, cujo ato somente poderia ser desfeito se demonstrado vício de consentimento, o que sequer foi alegado na inicial da negatória.**

**Ora, o ajuizar de uma ação negatória de paternidade com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco nos autos, conforme demonstrado no acórdão impugnado, que o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de se alegar a existência de vício de consentimento, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito.**

Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, consciente no momento do reconhecimento voluntário da paternidade, leva para o universo do infante os conflitos que devem permanecer hermeticamente adstritos ao mundo adulto. Devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado.<sup>97</sup>(grifo nosso)

Merece destaque, ainda, decisão proferida no REsp. nº 1.000.356/SP no qual uma irmã ingressou com Ação anulatória do registro de nascimento em face da outra, fundamentando seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

Dentre os diversos aspectos analisados neste julgado, no tocante ao vício do consentimento, valendo-se dos argumentos trazidos pelo acórdão recorrido, ficou definido que:

É dos autos que se vê que a mãe da recorrente (Sra. A. F. V.), aos cinquenta e seis anos de idade, registrou a recorrida como se sua filha fosse, quando na verdade não

---

Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 12/03/2012.

<sup>97</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.067.438/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe. 20/05/2009. Em igual entendimento: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.244.957/SC, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe. 27/09/2012.

era.

A declaração contida, assim, no assento de nascimento da menor, não corresponde à verdade, mas era expressão da vontade da parte. Como ato jurídico, não há prova do vício no consentimento ou na emissão da declaração de vontade.(...)

Ora, é exatamente a ausência de prova do erro no estado atribuído ao filho, na declaração de vontade emitida por aquela que acabou figurando no assento de nascimento da menor, como sua genitora, que justifica a manutenção da r. sentença recorrida.

O assento como lavrado não contém qualquer vício. Ao contrário, a prova dos autos permite fazer segura a conclusão de que o que está ali aperfeiçoado é ato jurídico perfeito, porquanto espelhou a manifestação de vontade livre e consciente da declarante, não havendo prova que possa afirmar a configuração de vício capaz de nulificar o assento lavrado” (fl. 722).

(...) Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta – de que a mãe teria sido

induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.<sup>98</sup>

## **PROPOSIÇÃO JURÍDICA 5: Vício de consentimento alegado em ação negatória de paternidade não se comprova com exame de DNA.**

Interessante notar que em alguns julgamentos foi negada a realização de exame de DNA para servir como prova de vício de consentimento, o qual deveria ser demonstrado de outra forma.

Cinge-se a controvérsia a estabelecer se o indeferimento da realização de exame pelo método DNA, em negatória de paternidade cuja causa de pedir é o vício de consentimento quando do registro de nascimento da criança, configura cerceamento de defesa.(...)

A tese de que teria havido cerceamento de seu direito de defesa, ao ser-lhe negada a prova pericial de exame genético pelo método de DNA, não subsiste, porquanto a causa de pedir deduzida pelo recorrente em sua inicial consiste no “*medo e pressão, ou seja, erro ou coação*” (fl. 3) a que teria sido submetido quando do registro do nascimento do menor, o que, repita-se, não foi capaz de comprovar para que então o i. Juiz pudesse cogitar na admissão de provas outras para a instrução da demanda em seu prosseguimento.(...)

Por fim, acrescenta-se que, ainda que o Juízo permitisse a produção da prova tal como requerida pelo recorrente, de nada serviria o resultado do exame pericial para a elucidação do processo, porquanto não teria a aludida perícia o condão de fazer surgir o vício de consentimento não comprovado pelo pai *relutante*.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.000.356/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 07/06/2010.

<sup>99</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.022.763/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 03/02/2009. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.067.438/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 20/05/2009.

## PROPOSIÇÃO JURÍDICA 6: A filiação socioafetiva recebe amparo jurídico

No REsp. nº. 878.941/DF a Ministra Relatora expôs de forma esclarecedora sobre o amparo jurídico conferido à filiação socioafetiva:

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

É importante observar que o próprio ordenamento reconhece, em algumas hipóteses, a existência de vínculo jurídico de filiação mesmo quando ausentes quaisquer laços biológicos ou sangüíneos. Tome-se, por exemplo, a hipótese do art. 1.597, V, CC/2002. Foi estabelecido ali que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tal fato tenha contado com a expressa anuência do marido. O mesmo fenômeno ocorre quando o filho havido na constância do casamento e o marido de sua mãe aceitam, conjuntamente, a presunção legal do *pater is est* cientes da inexistência de vínculo biológico entre ambos.<sup>100</sup>

Ao apreciar pedido de desconstituição da maternidade por inexistência de vínculo biológico entre mãe e filha, o STJ se posicionou da seguinte forma no tocante à filiação socioafetiva:

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 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. (...)

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.<sup>101</sup>

Ainda em defesa do vínculo socioafetivo, destacou o Ministro Massami Uyeda:

Nesse ínterim, oportuno assinalar que a paternidade fundada no vínculo sócio-

<sup>100</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 878.941/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 17/09/2007.

<sup>101</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.000.356/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 07/06/2010.

afetivo não consubstancia, simplesmente, uma construção doutrinária e ou jurisprudencial, na medida em que encontra proteção jurídica, tanto na Constituição Federal (§ 6º, do artigo 227), em que veda expressamente a diferenciação entre filhos havidos ou não da relação do casamento, como na legislação infraconstitucional, esta mais específica, em que se reconhece o parentesco civil resultante de qualquer outra origem que não a consanguínea (artigo 1595 do Código Civil).<sup>102</sup>

## **PROPOSIÇÃO JURÍDICA 7: A ausência de vínculo biológico por si só não é suficiente para deconstituir a paternidade, sobretudo quando comprovada a existência de vínculo afetivo**

Conforme vem sendo demonstrado ao longo do estudo, há uma tendência para a prevalência da paternidade socioafetiva em contraposição à paternidade biológica.

De acordo com a Ministra Nancy Andrighi:

Não se pode olvidar que a relação *construída* ao longo dos anos entre pais e filhos permanece na psique individual, perpetuando valores compartilhados por aquele núcleo familiar. Na esfera social, são os amores, dissabores e experiências diariamente compartilhados que constroem a família e a filiação. Na família sócio-afetiva o homem realiza-se com dignidade e plenamente.

Por isso, se a existência da filiação sócio-afetiva é trazida ao mundo jurídico por declaração de vontades, cumpre ao julgador reconhecer validade e eficácia nesse ato. Tomar como falsa a declaração de paternidade que não coincide com testes biológicos, sem maiores ponderações, é ver a realidade sob o prisma estritamente tecnicista, voltando-se as costas ao que interessa de fato para que as pessoas existam dignamente.<sup>103</sup>

Do REsp. nº 1.059.214/RS, citado em diversos outros julgados, extrai-se:

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

Hoje é muito clara a diferença entre o vínculo parental fundado na hereditariedade biológica - que constitui, é verdade, atributo pertencente aos direitos da personalidade -, e o estado de filiação derivado da relação socioafetiva construída entre pais e filhos - biológicos ou não -, dia a dia na convivência familiar.

Com efeito, a paternidade atualmente deve ser considerada gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a socioafetiva. Assim, em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica, e também de que não tenha sido constituído o

---

<sup>102</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.078. 285/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe. 18/08/2010. E ainda: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. nº. 1.244.957/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 27/09/2012. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.115.428, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 27/09/2013. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.274.240/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 15/10/2013.

<sup>103</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 878.941/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 17/09/2007.

estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar.

Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.<sup>104</sup>

## **PROPOSIÇÃO JURÍDICA 8: O tempo de convivência entre pai e filho influencia na constituição do vínculo socioafetivo**

A questão sobre o tempo de convivência é algo bastante intrigante, pois, se a filiação socioafetiva se constitui de uma relação definida pela estabilidade dos laços de afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, então como estabelecer um limite seguro que permita afirmar que tantos meses ou anos de convivência são suficientes para constituição e perpetuação do vínculo, ainda que contra a vontade de uma das partes?

No Recurso Especial nº 1.328.306 ficou assim decidido:

Além disso, o acórdão merece ser mantido integralmente à luz do princípio da supremacia do interesse do menor, que à época do reconhecimento da real paternidade (sua verdadeira origem biológica) contava apenas 2 anos de idade. O reconhecimento em questão influenciará toda história de vida da criança, que praticamente se inicia, bem como seus direitos e deveres familiares e sucessórios, com reflexos, inclusive, nos direitos de personalidade, sendo inerente à dignidade humana a necessidade que os documentos oficiais de identificação reflitam a veracidade dos fatos da vida, desde que a retificação não atente contra a ordem pública.<sup>105</sup>

No Resp. nº. 1.244.957/SC a Ministra Nancy Andrihgi foi além ao atribuir vínculo afetivo o mero reconhecimento de paternidade de forma consciente quanto à inexistência do vínculo biológico.

Mesmo na ausência de ascendência genética, **o registro** da recorrida como filha, realizado de forma consciente, **consolidou a filiação socioafetiva** –relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.<sup>106</sup> (grifo nosso)

---

<sup>104</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.059.214/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 12/03/2012. No mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.078. 285/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe. 18/08/2010.

<sup>105</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.328.306, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe. 20/05/2013). No mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 786.312/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 21/09/2009.

<sup>106</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.244.957/SC, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, DJe. 27/09/2012.

## **PROPOSIÇÃO JURÍDICA 9: Os casos de adoção à brasileira devem ser analisados de acordo com a particularidade de cada situação**

Nos dizeres do Ministro Massumi Uyeda,

É consabido que a *adoção à brasileira*, diversamente, dá-se quando alguém, ciente da inexistência de vínculo biológico, sem observar o regular procedimento de adoção imposto pela Lei Civil e, eventualmente assumindo o risco de responder criminalmente pelo ato (artigo 242 do Código Penal), apenas registra o infante como filho.<sup>107</sup>

O Código Penal tipifica como crime, previsto no art. 242, registrar como seu o filho de outrem. Tal conduta é a mesma observada na denominada “adoção à brasileira”, acima definida.

Embora corresponda a um ato ilegal, ela deve ser apreciada com cautela, pois para além da inadequação da conduta de quem registrou pode estar a formação da identidade e da constituição de família daquele que foi registrado.

Assim defendeu a Ministra Nancy em um caso típico de adoção à brasileira em que terceiro requeria a nulidade do registro sob o argumento de falsidade do mesmo, mas que se verificava a inquestionável constituição do vínculo filial fundado na socioafetividade:

Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 *usque* 52-D e 165 *usque* 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a em julgamento – consideradas as especificidades de cada caso –, a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida nomeio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida.<sup>108</sup>

O mesmo se demonstrou na situação em que o recorrente pleiteava a anulação do registro de nascimento das filhas por ele perfilhadas e que explicitamente reconhecia o vínculo social e afetivo entre eles e as recorridas. Registra-se que o perfilhamento aconteceu quando ele se casou com a mãe das meninas, tendo convivido e exercido a paternidade por doze anos.

---

<sup>107</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.078. 285/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe. 18/08/2010. No mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 878.954/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe. 28/05/2007.

<sup>108</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.000.356/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe. 07/06/2010.

As instâncias ordinárias julgaram corretamente improcedente a pretensão do autor em ver retificado o registro de nascimento das filhas registrais, diante da negatória da paternidade biológica, em procedimento comumente denominado "adoção à brasileira".

Isso porque, não obstante o exame laboratorial tenha oferecido resultado negativo para a paternidade de Janaina e não ter a requerida Jacinta rechaçado o pedido do autor - o que é de todo irrelevante, diante da envergadura dos direitos envolvidos, que não admitem os efeitos da revelia (art. 320, CPC) -, foi reconhecida a paternidade socioafetiva.

O juízo sentenciante, com base no interrogatório do autor, na colheita de depoimentos testemunhais e em laudo psicossocial, vislumbrou com clareza o estado de filiação existente entre o autor e as requeridas, pretendendo aquele, inclusive, continuar sendo "o pai do coração" das ora recorridas.<sup>109</sup>

Importante destacar, ainda, o entendimento segundo o qual a “adoção à brasileira” não tem aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e seus pais biológicos irrevogavelmente, tal como a adoção regular e, por isso, quando a desconstituição for do interesse do filho, mesmo existindo vínculo afetivo entre ele e os pais registrais, prevalece o seu interesse.

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS.

A chamada "adoção à brasileira" - ao contrário da adoção legal - não tem aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e pai biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico nascido do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais resultantes da paternidade biológica, como os registraes, patrimoniais e hereditários.

O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética - o qual, aliás, é conferido também aos filhos legalmente adotados - insere-se nos atributos da própria personalidade; é segura manifestação da predileção do Ordenamento Constitucional pela dignidade humana em detrimento de todos os óbices que eventualmente possam ser opostos à realização da pessoa em sua plenitude.

Muito embora no mais das vezes a chamada "adoção à brasileira" não denote torpeza de quem a pratica - na verdade, não raro é movida por sentimentos de elevada nobreza -, pode ser instrumental de diversos ilícitos, como aqueles relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor, que é o guia a ser seguido em matéria de adoção.

Bem por isso o ordenamento jurídico tipificou como crime "dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil" (art. 242 do Código Penal).

Em suma, a paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira".<sup>110</sup>

<sup>109</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.059.214/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 12/03/2012.

<sup>110</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.167.993/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 15/03/2013.

**PROPOSIÇÃO JURÍDICA 10: A manutenção forçada do pai registral nesta condição, quando comprovada a exclusão da paternidade biológica, pode não atender ao melhor interesse do filho.**

Em várias decisões foi observado que quando há o reconhecimento voluntário da paternidade e tendo existido o vínculo socioafetivo, não foi permitida a retificação do registro.

No entanto, quando comprovado que, de fato, o pai registral foi levado a erro, o entendimento tem sido outro.

Nos casos em que o STJ autorizou a desconstituição do vínculo jurídico foi argumentado que:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ORDINÁRIA ATIVA. AÇÃO DE ESTADO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDISPONÍVEL DO GENITOR (ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). SUB-ROGAÇÃO DOS AVÓS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE DNA. RESULTADO DIVERSO DA PATERNIDADE REGISTRAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES. **FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA. ESTADO DE FILIAÇÃO RECONHECIDO VOLUNTARIAMENTE PELO PAI BIOLÓGICO.** SUPREMACIA DO INTERESSE DO MENOR. VERDADE REAL QUE SE SOBREPÕE À FICTÍCIA. ART. 511, § 2º, DO CPC. AUSÊNCIA DE NULIDADE. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULAS Nº 83, 211, 7/STJ E284/STF. INCIDÊNCIA.

No caso dos autos, o autor desconhecia não ser o pai biológico do menor, tendo sido induzido em erro pela genitora. Por outro lado, ficou devidamente demonstrado não ter firmado com o filho afetividade suficiente para que desfrutasse da paternidade socioafetiva.

Assim, quem nunca foi pai, nem afetivo, nem biológico, simplesmente não é pai, não havendo como manter um vínculo jurídico estabelecido de forma presumida ou por indícios, sem nenhum respaldo probatório.(...)

De todo modo, o estado de filiação decorre da estabilidade dos laços construídos no cotidiano do pai e do filho (afetividade) ou da consanguinidade. A relação de parentesco se estabelece entre os referidos sujeitos aos quais são atribuídos, reciprocamente, direitos e deveres. Assim, estando ausentes tais vínculos, não há como estabelecer à força a paternidade.<sup>111</sup>

Em outro caso, no qual foi mantida a paternidade sob reconhecimento do vínculo socioafetivo, ponderou a Ministra Nancy Andrichi:

---

<sup>111</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.328.306, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe. 20/05/2013. Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 786.312/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 21/09/2009.

Como visto, o STJ vem dando prioridade ao critério biológico naquelas circunstâncias em que a paternidade sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. *A contrario sensu*, se **o afeto persiste** de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Essa, me parece, foi a conclusão a que chegou o Min. Ruy Rosado de Aguiar, ao relatar o REsp. 440.394/RS, Quarta Turma, DJ 10.02.2003:

*“Talvez mais importante do que esclarecer a verdade biológica da paternidade seja manter a legitimidade da pessoa que exerce a função social de pai. No caso dos autos, porém, segundo reconhecido nas instâncias ordinárias, isso não acontece porque há muito os laços entre as partes estão rompidos”.*<sup>112</sup> (grifo nosso).

## PROPOSIÇÃO JURÍDICA 11: A prevalência do direito do filho sobre o dos pais

Observa-se, por fim, que o conflito entre a paternidade biológica e a socioafetiva é antes de tudo um conflito de interesses entre aquilo que é melhor para o filho em detrimento ao que é conveniente para o pai.

Coaduna com este entendimento a conclusão trazida pela Ministra Nancy Andriahi:

De toda forma, tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, **o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo**, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento. Isso porque a fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto.<sup>113</sup> (grifo nosso)

Ainda que haja uma tendência à prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico, aquele não deve se impor quando não for do interesse do filho. Tal é o entendimento que se extrai da análise do REsp. nº. 1.167.993/RS, no qual a filha requereu aos 47 anos de idade a retificação do registro de nascimento para fazer constar o nome de seus pais biológicos, apesar de sua história anterior de filiação jurídica e afetiva.

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA

<sup>112</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 878.941/DF, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, DJe. 17/09/2007.

<sup>113</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça REsp nº 1.003.628/DF, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, DJe. 10/12/2008.

DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS.

1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira".

2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. (...)

4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente.<sup>114</sup>

O mesmo se verifica no REsp. nº. 1.274.240/SC:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92.

2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica.

3. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.

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

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

6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.<sup>115</sup>

<sup>114</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.167.993/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 15/03/2013.

<sup>115</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 1.274.240/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 15/10/2013.

Merece destaque também o REsp. nº 1.203.874/PB no qual prevaleceu o vínculo biológico, sendo autorizado ao filho, em um caso de “adoção à brasileira”, anular o registro de nascimento no qual figurava o nome de seus pais afetivos para reconhecer a paternidade do pai biológico. Foi a partir deste Recurso Especial que o Supremo Tribunal Federal considerou o conflito entre a paternidade socioafetiva e a biológica como um tema relevante e de repercussão geral.

## CONCLUSÃO

O estudo do tema proposto, filiação e paternidade socioafetiva, objetivou responder às inquietações trazidas pela prática profissional de uma década, no Judiciário Fluminense, onde, dezenas de vezes, famílias desconstituídas buscavam também o rompimento dos vínculos jurídicos construídos por elas, na maioria das vezes, de forma consciente e se deparavam com um questionamento paradoxalmente simples e complexo: há vínculo socioafetivo?

Inúmeras são as justificativas apresentadas pelo pai, mãe ou terceiro que requer a desconstituição do vínculo jurídico. De modo geral, estão relacionadas à inexistência do vínculo biológico, à mágoa em relação ao cônjuge “traidor”, o início de um novo relacionamento no qual a (o) companheira (o) exige o rompimento do vínculo jurídico, o entendimento de que a criança tem o direito de saber quem é o seu “verdadeiro pai”, a obrigação de pagar pensão alimentícia para “o filho do outro” ou o desejo de que o filho não biológico não tenha direito à partilha de bens.

Nota-se, portanto, que embora muito se tenha avançado em relação a não discriminação entre os filhos existem situações que ainda estão arraigadas nas velhas amarras do passado.

Fato é que estas demandas chegam ao Judiciário que se vê diante da seguinte situação: o registro que atribui a paternidade ou maternidade a alguém e não está fundamentado em um vínculo biológico pode ser desfeito? Em que circunstâncias? A partir da adoção de quais critérios?

A legislação é clara ao permitir que o marido conteste, a qualquer tempo, a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, tal como previsto no art. 1.601, CC/02. E adiante, estabelece a condição de que seja comprovada a existência de erro ou a falsidade do registro (art. 1.604, CC/02).

A doutrina é uníssona em afirmar que se deve buscar a todo instante defender o interesse do filho.

E grande contribuição a essas indagações foi encontrada na análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, na última década, período este que corresponde à vigência do ‘novo’ Código Civil, elaborado a partir das garantias constitucionais.

As decisões do STJ deixam claro que as situações vivenciadas em família não seguem um padrão rígido e, como tal, devem ser analisadas à luz dos princípios constitucionais, respeitadas as particularidades de cada caso concreto.

É a partir das situações individualizadas que as peculiaridades se revelam e impõe aos pesquisadores e julgadores um estudo mais aprofundado sobre o tema, a fim de que as decisões sejam tomadas com fundamento consistente, capaz de levar à construção de posicionamentos que mesclam o saber acadêmico com a vivência jurídica.

Este estudo permitiu descobrir que a presunção *pater is est* não é absoluta, que o exame de DNA não é soberano e que a ausência de vínculo biológico por si só não é suficiente para desconstituir a paternidade, sobretudo quando comprovada a existência de vínculo afetivo. Ficou evidente que não se trata de sobrepor a paternidade socioafetiva à biológica, a todo custo, mas de ponderar o que melhor atende ao interesse do filho, entendendo que este não pode em nome dos desprazeres conjugais de seus pais ver rompido seus laços jurídicos, sociais e, às vezes, afetivos.

A análise jurisprudencial demonstrou o amparo jurídico conferido à filiação socioafetiva e problematizou o impasse existente diante da busca de um pai em ver modificado um registro de nascimento que não condiz com a verdade biológica e o direito do filho de ter preservada sua identidade e os vínculos construídos ao longo do tempo. E, diante, deste confronto, a ponderação de interesses tem se mostrado como a solução possível, sempre privilegiando, como observado, as particularidades do caso concreto.

Ficou evidente que se a inexistência de vínculo biológico não é determinante para a desconstituição do registro, tampouco o vínculo socioafetivo por si só tem a capacidade para mantê-lo.

Quanto à indagação sobre a força que a socioafetividade tem para manter o pai ou mãe registral em uma posição que não é mais desejada por eles, chegasse à velha máxima “*cada caso é um caso*”, sendo certo que o tempo de convivência, os benefícios ou prejuízos que esta manutenção pode gerar e o melhor interesse do filho serão sempre parâmetros para qualquer decisão.

Conclui-se, desta forma, que a socioafetividade presente na relação paterno-filial representa um limite muito tênue entre aquilo que é um direito ou um dever. Não há soluções prontas e o assunto ainda está em construção tanto para doutrina quanto para os aplicadores de direito, haja vista os posicionamentos encontrados no Superior Tribunal de Justiça durante o período analisado.

Resta, portanto, a continuação do debate, o aprofundamento do estudo e a contribuição de observadores, pesquisadores e julgadores atentos para esta questão, trazendo sempre elementos novos que possam cooperar com a construção de fundamentos coerentes e condizentes com o contexto social no qual vivemos, o qual revela as feições da família brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Priscilla Araújo de. *Efeitos da paternidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/864>. Acesso em 24/01/2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. D.O.U. de 16 de julho de 1990.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF. D.O.U. de 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. *Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011*. D.O.U. de 28 de março de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 199.308-MS. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 03 de outubro de 2012. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 939.657-RS. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 14 de dezembro de 2009. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 139.590-SP. Relator: Castro Filho. Brasília, 03 de fevereiro de 2003. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 224.912-PR. Relator: Jorge Scartezzini. Brasília, 17 de dezembro de 2004. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 576.185-SP. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, 08 de junho de 2009. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 592.991-RS. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, 31 de maio de 2004. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 786.312-RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de setembro de 2009. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 878.941-DF. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 17 de setembro de 2007. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 878.954-RS. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 28 de maio de 2007. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 886.124-DF. Relator: Carlos Alberto

Menezes Direito. Brasília, 19 de novembro de 2007. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.000.356-SP. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 07 de junho de 2010. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.003.628-DF. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 10 de dezembro de 2008. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.022.763. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 03 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.059.214-RS. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 12 de março de 2012. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.067.438-RS. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 20 de maio de 2009. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.078.285. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 18 de agosto de 2010. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.098.036-GO. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 01 de março de 2012. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.115.428-SP. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de setembro de 2013. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.167.993-RS. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 de março de 2013. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.188.280-SC. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 de setembro de 2013. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.203.874-PB. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 08 de abril de 2011. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.244.957-SC. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 27 de setembro de 2012. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.274.240-SC. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2013. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.328.306-DF. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 20 de maio de 2013. Disponível em <http://stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.401.719-MG. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2013. Disponível em <http://stj.jus.br>.

BRUNO, Denise Duarte. *Posse do estado de filho*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 3, 2001, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, Livia Ronconi. *O reconhecimento da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/826>. Acesso em 24/01/2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias* 3.ed.rev., ampl. e atual. . Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A investigação da paternidade socioafetiva*. IBDFAM, Artigo, 2007. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/304>. Acesso em 18/10/2013

LÔBO, Paulo. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 27, p-47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>. Acesso em 18 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5 (/revista/edicoes/2000), n. 41(/revista/edicoes/2000/5/1),1 (/revista/edicoes/2000/5/1) maio (/revista/edicoes/2000/5) 2000 (/revista/edicoes/2000). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 18 out. 2013.

OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Disponível em: <http://www.ibdffam.org.br/novosite/artigos/detalhes/680>. Acesso em 24/01/2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. V. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PINHO, Leda. *A mulher no Direito Romano: Noções históricas a cerca de seu papel na constituição da entidade familiar*. Disponível em: [www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewPDFInterstitial/428/347](http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewPDFInterstitial/428/347). Acesso em: 01/04/2009.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_princfam.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc). Acesso em 06 out.2013.p.6

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro : Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Multiparentalidade como fenômeno jurídico contemporâneo*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 11, n. 14, p. 89-106, fev./mar. 2010.

VALLADÃO, Luiz Fernando. *Paternidade socioafetiva*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/811>. Acesso em 24/01/2013.

VERSIANI, Tátilla Gomes. *Relação paterno-filial* : reflexões jurídicas. In: Revista Jurídica Consulex, ano XVI, nº 373, 1º de agosto/2012.