



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A FAMÍLIA SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL:
A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS DISCUSSÕES
SOBRE A SUA REVOGABILIDADE**

Por

Karina Potsch Junqueira Xavier

ORIENTADORA: Ana Luiza Maia Nevares

2013.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO - BRASIL

A FAMÍLIA SOB A ÓTICA CIVIL- CONSTITUCIONAL: A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS DISCUSSÕES SOBRE A SUA REVOGABILIDADE

Por

Karina Potsch Junqueira Xavier

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ana Luiza Maia Nevares

2013.1

Agradecimentos

Inicialmente, agradeço à Professora Ana Luiza Maia Nevares, por ter aceitado orientar o presente trabalho e por toda a compreensão e incentivo.

À minha mãe e ao meu irmão pelo apoio incondicional à carreira jurídica.

Ao meu pai e avós, que sem dúvidas torcem muito por mim, para sempre em meu coração. A saudade é eterna.

Às meninas da PUC, que fizeram dessa caminhada sempre um pouco mais simples e alegre.

A todos os profissionais com quem eu tive o enorme prazer de trabalhar e que foram essenciais para construir todo o meu conhecimento e experiência ao longo dos anos, em especial à Dra. Acidália Tymchak, ao Dr. Flávio Nistal e ao Dr. Guilherme Jales Sokal.

Aos meus grandes amigos do Colégio Santo Inácio, por todos os anos de amizade. Ao Daniel, acima de tudo meu amigo, obrigada por toda a motivação e apoio.

À Camilla, amiga incondicional, meu agradecimento pela paciência irrestrita nas diversas vezes em que os assuntos jurídicos surgiram. À minha grande amiga Maria Luísa, obrigada pela inigualável compreensão, atenção e a ajuda inestimável que desprende por toda essa minha caminhada.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo trazer aos leitores um panorama geral sobre a crescente importância que a filiação socioafetiva representa nas relações familiares e as consequências trazidas por ela no âmbito jurídico. São analisadas as principais modalidades desse tipo de relação paterno-filial e toda a controvérsia que pode vir a surgir. Ademais, são apresentados os pressupostos que configuram esse estado de filiação, a chamada posse de estado de filho, e os entendimentos que a doutrina e a jurisprudência compreendem sobre o instituto. Por fim, são explorados a importância do valor jurídico do afeto e o direito da personalidade do filho afetivo envolvido nessa relação. Apresenta-se, finalmente, a discussão sobre a possibilidade de revogação dessa filiação socioafetiva e os entendimentos dos tribunais e da doutrina.

Palavras-chave

Afeto

Discussões

Família

Filiação

Igualdade

Revogabilidade

Socioafetiva

Sumário

<u>Introdução</u>	8
-------------------------	---

Capítulo 1 – A Família no Ordenamento Jurídico e os Modelos de Filiação

<u>1.1. Conceito e histórico</u>	10
<u>1.2. Atual concepção</u>	14
<u>1.3. Filiação biológica</u>	17
<u>1.4. Filiação jurídica</u>	19
<u>1.5. Filiação afetiva</u>	21
<u>1.5.1 Breves considerações</u>	21
<u>1.5.2 Filiação afetiva na adoção e na “adoção à brasileira”</u>	24
<u>1.5.3 Filiação socioafetiva do filho de criação</u>	26
<u>1.6. “Barriga de aluguel”</u>	29
<u>1.7. Outras técnicas de reprodução assistida – a doação de gameta masculino</u>	34

Capítulo 2 - O Estado de Filho Afetivo

<u>2.1. Elementos que caracterizam</u>	37
<u>2.2. Filiação socioafetiva X direito à ascendência genética</u>	42
<u>2.3. Investigação de paternidade ou maternidade</u>	46
<u>2.4. Direito a alimentos</u>	53
<u>2.5. Direitos sucessórios</u>	61

Capítulo 3 – Das discussões sobre a revogabilidade da filiação socioafetiva

<u>3.1. Noções gerais</u>	66
<u>3.2. O valor jurídico do afeto e o direito da personalidade</u>	70
<u>3.3. Da análise das discussões</u>	73

Conclusão 86

Bibliografia 88

Abreviações

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

RE – Recurso Extraordinário

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Introdução

Nos últimos anos, vem se percebendo uma crescente evolução no direito de família, uma vez que a dinâmica da sociedade acaba trazendo consequências a esse instituto, que não pode se deixar estático diante das diversas mudanças que ocorrem. Nesse contexto, vislumbramos os modelos de filiação que existem nos núcleos familiares e que são amplamente assegurados pelo direito. No entanto, como novidade no âmbito jurídico, encontramos a filiação socioafetiva que é a relação entre pais e filhos em que não predomina a existência do elo biológico e sanguíneo entre eles, mas sim um relacionamento com fundamento no amor, carinho, afeto e, principalmente, com base no coração.

Busca-se, através dela, conferir uma filiação juridicamente reconhecida, ou seja, que os familiares sejam amparados pelo ordenamento, possibilitando a eles as mesmas consequências de uma filiação genética ou jurídica, como o direito a alimentos e os direitos sucessórios. Necessário, portanto, a plena configuração do estado de filiação, através da posse de estado de filho.

Não se olvida de que se trata de tema extremamente delicado, uma vez que é relacionado com os mais diversos sentimentos humanos e, como em qualquer situação que envolva o direito de família, requer muita atenção e compreensão dos casos em concreto a fim de evitar contradições e injustiças. Por isso, desde já, insta ressaltar que o presente trabalho não tem como pretensão esgotar o objeto em análise.

O que se pretende é fazer uma exposição consistente sobre as mudanças perceptíveis das famílias em nossa sociedade, trazendo os fundamentos que legitimariam o surgimento de novos laços familiares, no caso do presente trabalho, a filiação socioafetiva, além de apresentar os mecanismos inseridos de modo a conferir força e igualdade jurídica nesse tipo de relação, - como em qualquer outra filiação -, bem como as críticas que lhe são dirigidas no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Desse

modo, visa-se proporcionar a reflexão dos leitores acerca do assunto, levando-se sempre em consideração o contexto civil-constitucional que contorna as entidades familiares.

No primeiro capítulo, trazem-se noções gerais sobre o histórico do direito de família, bem como a atual concepção e inicia-se o assunto dos modelos de filiação. Nesse ponto, são apresentados os três que merecem ser objeto de estudo, como a biológica, jurídica e, finalmente, a socioafetiva. Analisam-se, a partir daí, as espécies de filiação socioafetiva, ou seja, as situações que levam a esse estado de filiação, mencionando as que são reguladas pelo direito e dessa forma não complicam em muitas divergências, bem como as demais que trazem situações muito mais delicadas.

No segundo capítulo, expõe-se sobre a posse de estado de filho, pressuposto fundamental para a construção da filiação socioafetiva, bem como os elementos que o caracterizam. Ademais, diferencia-se a filiação socioafetiva do direito à ascendência genética, mostrando-se as questões pertinentes de cada tema. Além disso, explica-se sobre a investigação da paternidade ou maternidade na relação baseada no afeto e se analisa as consequências jurídicas, como o direito a alimentos e os direitos sucessórios.

Por fim, no terceiro e último capítulo, procura-se trazer os principais pressupostos da constituição da filiação socioafetiva, como o valor jurídico do afeto e o direito da personalidade que envolve um filho, sempre se baseando no melhor interesse do mesmo. Além disso, apresentamos as discussões sobre a possibilidade de revogação dessa filiação, invocando os argumentos encontrados na jurisprudência e na doutrina, além das críticas direcionadas ao assunto. Assim, o objetivo é estimular o pensamento crítico dos leitores, os induzindo a refletir sobre a grande importância que o afeto apresenta dentro da sociedade e no âmbito jurídico.

Capítulo 1

A Família no Ordenamento Jurídico e os Modelos de Filiação

1.1. Conceito e histórico

Apesar de o termo *família* possuir muitos conceitos dependendo do objeto a ser estudado e a sua origem histórica nos remeter a diversas controvérsias, é certo que tal instituto é considerado como um dos mais antigos em nossa sociedade.

O homem surge dentro de um núcleo familiar e é neste berço que inicia a sua estrutura para viver em sociedade e para buscar a sonhada realização pessoal¹ que, entretanto, nem todos alcançam.

Segundo Omar Gama Bem Kauss, sob o ponto de vista jurídico, família representa o que é o indivíduo e qual é a sua posição dentro desse agrupamento. Em sentido lato, representa a família de laços sanguíneos e a família criada através da vontade, da afinidade e da lei. Já em sentido estrito, a família é aquela formada apenas por pais e filhos, configurando uma unicidade de relações pelos mesmos interesses e afins.²

Ao conceituar a entidade familiar em sentido genérico e biológico, Caio Mário da Silva Pereira assim o fez:

“[...] considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.2.

² KAUSS, Omar Gama Bem. *Manual de Direito de Famílias e das Sucessões*. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 4.



filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados).”³

Analisando essa definição juntamente com as demais já abordadas, podemos dizer que família é, de forma universal, o centro de relações interpessoais e de convivência humana a partir das diversas partes formadoras da estrutura familiar.

Conforme se nota, o direito de família é o ramo jurídico pelo qual essas relações pessoais (o casamento, a união estável, o parentesco, divórcio, guarda e etc.) são reguladas em nosso ordenamento, a partir de um emaranhado de normas jurídicas.

As entidades familiares dos séculos passados eram essencialmente constituídas no meio rural, vivendo em uma economia basicamente doméstica e, portanto, eram consideravelmente mais numerosas.

Com o passar dos anos, o efeito da industrialização, das migrações para os grandes centros urbanos, e uma sociedade cada vez mais capitalista fez com que os membros dessas estruturas familiares diminuíssem cada vez mais.

Ao longo dos anos, portanto, o conceito do termo família e a sua própria estrutura em relação à sociedade foram se transformando.

O Estado que antes era ausente, que não intervinha no convívio familiar, alterou a sua posição inerte e, através do direito, passou a interferir nas relações familiares e afetivas a fim de proporcionar uma maior segurança diante das novas realidades sociais.

No plano constitucional, o Estado começou a tutelar os interesses e a definir modelos relacionados à família, pretendendo acompanhar a evolução social. Porém, como se sabe, nem sempre essa tutela se mostra suficiente, já

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*, Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 23.



que a rapidez nas transformações sociais acaba por produzir novas ideias e caminhos que não são acompanhados pelas legislações.⁴

O Brasil, desde os tempos de colônia e de império até o século XX, apresentava um modelo aristocrático baseado na estrutura familiar do patriarcalismo. O núcleo familiar era representado por um *pater* ou chefe, em que o homem exercia o poder e o comando sobre a mulher e os filhos.

O instituto familiar era extremamente baseado em questões como a legitimidade da filiação e o casamento válido e eficaz como única maneira de constituir uma família.

O Código Civil de 1916, elaborado na agonia do século XIX, nasceu para confirmar essa posição. Em seu texto, originalmente, havia o impedimento da dissolução do matrimônio e existia uma visão discriminatória em relação às pessoas que se relacionavam sem o instituto do casamento.

Os filhos nascidos fora dos laços matrimoniais eram reconhecidos como bastardos. O homem, com algumas pequenas alterações, ainda era o chefe da família.

Era obrigatório o regime de comunhão universal dos bens, sendo necessária a autorização do marido para a venda de qualquer bem imóvel.

A família representava um instituto tão importante dentro da sociedade que muitas vezes os direitos individuais eram afastados e suprimidos a fim de prevalecer o direito do grupo familiar.

A evolução da família na sociedade brasileira e mundial ocorre juntamente com a evolução das pessoas individualmente consideradas e tratadas. As guerras mundiais, por exemplo, levaram a mobilização de milhares de homens, fazendo com que as mulheres assumissem posições nunca imaginadas até então.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.



Nesse contexto, a mulher conquistou o direito a participar do processo eleitoral em 1934 e, finalmente, em 1962 foi retirada do rol dos relativamente incapazes previsto na legislação da época.

Durante anos a mulher foi submissa e considerada subalterna em relação ao marido e aos homens de uma maneira geral, logo, os momentos mais efetivos e importantes da evolução histórica do direito foram essas conquistas femininas no decorrer dos anos.

Os filhos, do mesmo modo, sofreram duras diferenciações. Os que nasciam fora do casamento não eram reconhecidos pela sociedade e não lhe eram assegurados os direitos básicos inerentes aos filhos “naturais”, pois representavam uma afronta para a estrutura social da época.

As mudanças e transformações em nossa legislação se deram por etapas, através de leis infraconstitucionais que lentamente foram alterando o papel dos membros e, conseqüentemente, da família na sociedade.

Em 1930 foi promulgado o Decreto-Lei nº 3.200 que normatizava a guarda de filhos menores no chamado desquite judicial.

A Lei nº 883 de 1949 veio para permitir a investigação de paternidade do filho havido fora do casamento, mas apenas depois da dissolução do mesmo, ou seja, havia um critério objetivo para obter a permissão de investigar essa relação paterno-filial.

Já a Lei nº 7.250, publicada apenas de 1984, veio a autorizar o reconhecimento do filho havido fora do casamento pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) surgiu para modificar a situação jurídica das mulheres, acabando com a ideia arcaica e inferiorizada de serem relativamente incapazes no contexto jurídico. Mesmo ainda exaltando o homem como o chefe da família, essa lei acrescentou a importante função de colaboração à mulher e normatizou a



condição das que trabalhavam fora de casa, dando-lhes autonomia financeira.⁵

A própria relação familiar também obteve um importante enriquecimento no plano jurídico pátrio através da Emenda Constitucional nº 9/77 e a Lei nº 6.515/77 que instituíram a possibilidade do divórcio e normatizaram a posição jurídica dessas pessoas divorciadas.

Ocorre que, apesar das mudanças que efetivamente incidiram no modo de pensar e de viver, a família prossegue sendo uma das mais importantes estruturas dentro de todas as sociedades e culturas.

Não importa se cada vez menos as pessoas se casem ou tenham uma quantidade menor de filhos, pois o que realmente interessa é que a instituição familiar é constantemente alterada para se enquadrar aos novos cenários familiares.

Nesse sentido, seja através da adoção, da doação de esperma, da barriga de aluguel e da própria filiação socioafetiva de uma maneira geral, a instituição familiar se mantém sendo respeitada em seus mais fundamentais princípios.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, a família é “[...] cantada e decantada como **base da sociedade** e, por esta razão, recebe especial atenção do Estado (CF 226)”.⁶

1.2. Atual concepção

A grande evolução no papel da família na sociedade e no direito, de fato, ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988. Esse instituto passou a ser protegido pelo Estado “constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade”.⁷

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit., p. 15.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. Op. cit., p. 17.



O conceito de família foi abrangido e diversos princípios foram sendo reconhecidos e intensificados.

A igualdade em sentido amplo⁸, a igualdade entre filhos adotivos e legítimos, a proibição de discriminação entre os filhos havidos na constância do casamento ou fora do mesmo, a supremacia dos interesses dos filhos e, principalmente, a dignidade da pessoa humana⁹ como pilar da República Federativa do Brasil, concorreram para transformar a visão atual da família.

Enquanto antes a família era considerada um fim em si mesmo, com a tutela constitucional atual, tal visão passou a ser de um meio para se atingir um fim, ou seja, a família é o instrumento pelo qual os seus integrantes vão se desenvolver em conjunto, em que todos os membros têm seus direitos, garantias e interesses, não havendo uma sobreposição entre os mesmos.¹⁰

O homem passou a ser o objeto essencial para o direito e não mais o objeto familiar. Assim, podem existir diversas formas de se constituir uma entidade familiar, mas em sua essência sempre haverá na base de sua estrutura o sujeito, com o intuito de desenvolver sua personalidade e seus elementos existenciais.

O ponto primordial da família passou a ser a vontade de seus membros e essa vontade é relacionada essencialmente aos sentimentos de modo geral e ao afeto, sendo este o princípio chave do direito de família. Além do afeto, a família se baseia na solidariedade de seus integrantes, na ética e na preservação da dignidade entre eles.

⁸ CRFB, art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”

⁹ CRFB, art. 1º, III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana.”

¹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Responsabilidade Civil nas Relações Familiares*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 24, p. 86-87, out./nov, 2011.



É dessa forma, com esses princípios norteadores, que a família contemporânea é baseada.

O objeto essencial da família na atual Carta Magna é observado principalmente no artigo 226¹¹. Tal artigo contempla a união estável entre homens e mulheres, as famílias monoparentais, a igualdade entre os pais, o divórcio e o planejamento familiar livre.

Os filhos havidos dentro ou fora da constância do casamento ou através da adoção possuem os mesmos direitos, interesses e obrigações. Aos pais e ao Estado lhes são impostos os mesmos deveres em relação a todos os filhos, como garantir a proteção, educação, saúde, o desenvolvimento, lazer, afeto, contribuir ao sustento, independente do laço sanguíneo ou não entre eles.

Não existe diferenciação em nossas leis para o tratamento dos filhos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002 e as muitas leis infraconstitucionais em nosso ordenamento são aplicáveis a todos irrestritamente, não podendo haver qualquer tipo de discriminação.

O Código Civil de 2002 apesar de já ter nascido atrasado, manteve algumas conquistas já garantidas por leis anteriores e apontou diversas inovações importantes ao direito de família.

Arnoldo Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca¹² discriminam importantes assuntos, como que as resoluções familiares são resolvidas de

¹¹ CRFB, art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

¹² WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. *Direito Civil: Direito de Família*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28-32.



comum acordo entre homens e mulheres e, também, a imposição da essencial colaboração da mulher na constância da união ou do casamento.

O exercício do pátrio poder compete a ambos, assim como a administração dos bens.

Existe a permissão para o casal escolher o regime de bens a ser adotado bem como a previsão da prestação de alimentos recíprocos, não sendo mais avaliado o arcaico e rígido critério de apenas ser possibilitado como meio de subsistência.

Fixou-se o direito da mulher de retomar ou não ao seu nome de solteira após a dissolução do casamento, de ambos contribuírem para as despesas do casal dentre outras diversas inovações.

Em suma, é fácil compreender que a família contemporânea é fruto de um longo desenvolvimento da sociedade e do direito.

Obviamente, como todas as conquistas observadas pelo mundo, a tendência é a continuação progressiva dessas mudanças estruturais familiares, uma vez que questões como o casamento homossexual, por exemplo, estão cada vez mais presentes nas discussões sociais e jurídicas.

Podemos concluir sobre a atual concepção de família através das palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é *igualitária, democrática e plural* (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade.”¹³

1.3. Filiação biológica

A família como base da sociedade, civil e constitucionalmente reconhecida, sofreu profundas alterações em seu contexto a frente do direito. Ocorre que Código Civil encara a filiação ainda com certas

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Op.cit., p. 21.



ponderações ao dividir, através de capítulos, os filhos havidos na constância do casamento e os nascidos fora do matrimônio.

Tais ponderações são refletidas em presunções sobre a filiação feitas pelo legislador infraconstitucional. Ou seja, a partir de certas situações fáticas e jurídicas é possível presumir uma filiação ou não entre descendente e ascendente, como por exemplo, através do próprio casamento.

O objetivo dessas presunções é concretizar as certezas sobre a filiação e, como prescreveu Maria Berenice Dias: “no afã de livrar-se do dever de dar proteção a todos os cidadãos, principalmente a crianças e adolescentes, cria o Estado mecanismos para que os filhos integrem estruturas familiares”.¹⁴

O Código Civil de 2002 consagra uma ideia de entidade familiar indestrutível e inviolável, a fim de que todos os laços parentais sejam reconhecidos pelo direito e pela sociedade, mesmo que isso signifique creditar a filiação a partir dessas presunções que o Código estabelece e não necessariamente a uma verdade real.

Entretanto, tais presunções são relativas, sendo possível a apresentação de provas em sentido contrário, tal como a eficiente técnica da engenharia genética que é o conhecido exame de DNA (identificação do código genético através do ácido desoxirribonucleico).

O referido exame permite um resultado que alcança quase a absoluta presunção de veracidade, ou seja, a resposta sobre o resultado do exame chega perto dos 100% (cem por cento) de probabilidade sobre a existência ou não do vínculo biológico entre ascendentes e descendentes.

A filiação biológica é aquela que sempre foi reconhecida pela sociedade e protegida pelo direito. É o modelo de filiação que foi a base para a construção dos verdadeiros núcleos familiares estabelecidos desde os

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 327.



primórdios dos tempos até hoje e, na ausência dessa conexão biológica, termos discriminatórios eram adotados nas legislações anteriores para diferenciar os filhos nascidos de uma relação desse gênero ou não.

Ela está relacionada com o vínculo da consanguinidade, surge biologicamente com a ideia de que a criança nasce a partir da fecundação do gameta masculino com o óvulo feminino¹⁵, o que pode acontecer através da relação sexual ou não, como mais a frente será exposto.

Convém ressaltar que, apesar de hoje em dia existirem possibilidades viáveis para se conhecer a identidade ou a origem genética, certo é que apesar da mesma ser juridicamente apta para construção de uma filiação, ela pode não ser suficiente para desenvolver os reais sentimentos nessa relação parental. Assim, o fato dela existir não pressupõe um verdadeiro relacionamento baseado no amor, carinho, afeto e na convivência entre pai e filho.

A evolução da nossa sociedade - envolvendo os aspectos científico, social, econômico e jurídico – induziu algumas adaptações e consagrou criações inovadoras nas relações entre os familiares para cada novo contexto, fundamentando as entidades familiares primordialmente na afinidade.

Ao mesmo tempo em que essas relações se consagram e se efetivam exatamente por serem biológicas, ou seja, da mesma maneira que pais e filhos se amam, se respeitam e se admiram em razão desse laço biológico de parentesco, é possível também, com cada vez mais situações concretas, que essas relações sejam totalmente superficiais e insólitas, não se vislumbrando o princípio fundamental que é o afeto.

A partir disso, diversas formas de relações entre pais e filhos existem, podendo ou não decorrer do pressuposto biológico e, ainda que

¹⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas. 2011, p.62.



presente esse vínculo genético, elas podem ou não ter como base o princípio da afetividade.

1.4. Filiação jurídica

A filiação jurídica decorre de um Código Civil ainda de 1916. A realidade biológica poderia ser afastada pela verdade jurídica. Os filhos eram apenas aqueles nascidos na constância do casamento, portanto, eram filhos biológicos e juridicamente reconhecidos.

De maneira oposta, os filhos nascidos fora da relação matrimonial, apesar de serem filhos biológicos na medida em que nasceram da relação sexual entre um homem e uma mulher, ou seja, entre o pai e a mãe, ainda assim não construíam uma filiação jurídica justamente por não serem reconhecidos pelo ordenamento. Nada mais eram do que filhos ilegítimos.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama conceitua a filiação legal (ou jurídica) como sendo aquela modelada no âmbito da filiação matrimonial do lado paterno:

“A filiação jurídica se vinculava obrigatoriamente, portanto, ao casamento como valor absoluto, impondo o estabelecimento da relação de paternidade-filiação independentemente do fator biológico, já que era presumivelmente impossível que o filho da mulher casada tivesse outro pai que não o marido. Ainda que se constatasse a falta de pertinência biológica entre o homem e a criança, a lei imponha a filiação jurídica, somente ressaltando tal vínculo nos casos e nos prazos limitados, e no resguardo dos interesses do homem/marido, sem qualquer atenção à criança gerada e nascida. O grande argumento para a filiação legal era o resguardo à *paz doméstica* que de nenhum modo poderia ser abalada pelo ingresso de um *bastardo*, o que levava o marido a muitas vezes receber como seu, independentemente da certeza biológica.”¹⁶

A filiação jurídica é interpretada a partir das presunções da filiação, segundo as palavras de Dilvanir José da Costa:

¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 346.



“Evoluímos da filiação jurídica ou presumida para a filiação biológica ou comprovada. O Código Civil de 1916, em defesa da honra e da paz absoluta, consagrou a presunção absoluta de filiação legítima do filho concebido na constância do casamento (art. 338), atribuindo ao marido, privativamente, o direito de contestar essa legitimidade (art. 344), no prazo decadência de 2 a 3 meses, contados do nascimento (art. 178, §§3º e 4º)”.¹⁷

Dilvanir José da Costa¹⁸ ainda explica que a doutrina, a jurisprudência e a própria legislação posterior ao supracitado Código Civil de 1916 facilitaram a mudança de paradigma dessa filiação jurídica. Nesse sentido, começaram a surgir e a serem mais eficazes as ações negatórias da paternidade presumida.

O exame de DNA foi uma das grandes descobertas capaz de alterar a ordem civil anteriormente consagrada e baseada nas presunções de paternidade. Assim, a partir dele e de outros meios, foi possível encarar erros e falsidades ideológicas em registros civis além de outros tipos de provas.

Não obstante a isso, hoje a tendência é a valorização da filiação socioafetiva. O referido autor, para confirmar esse posicionamento, trata desse tipo de filiação relacionando-a com o gênero identidade real em que faz parte a identidade cultural ou socioafetiva, nesse sentido:

“Mas a identidade real, embora parta do código genético e da filiação jurídica, não se resume nesses dois aspectos. Predomina hoje a identidade cultural ou socioafetiva, como componente maior da identidade real das pessoas, que não são objetos, mas seres humanos dotados de razão, vontade livre, sentimento, personalidade e dignidade. A identidade é fruto da convivência pessoal, familiar e social, desde que não contrarie, de forma criminosa ou fraudulenta, a identidade jurídica nem a biológica, frustrando legítimos sentimentos, anseios e esperanças. Bem por isso é que a identidade biológica ou genética deixou de constituir panacéia para se tornar instrumento valioso na pesquisa da identidade real da pessoa, como fator de realização e não de desagregação da família.”¹⁹

Portanto, a filiação socioafetiva ou afetiva é aquela envolvida e norteadada pelo amor, carinho, afeto e respeito entre entes queridos de forma

¹⁷ COSTA, Dilvanir José da. *Filiação jurídica, biológica e socioafetiva*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n. 180, p. 98, out./dezembro, 2008.

¹⁸ *Ibid.*, p. 99.

¹⁹ COSTA, Dilvanir José da. *Op. cit.*, p. 99.



a concretizar uma verdadeira entidade familiar, como veremos no decorrer do presente trabalho.

1.5. Filiação afetiva

1.5.1 Breves considerações

A família deixou de ser uma exclusividade decorrente dos casamentos e das filiações legítimas. A entidade familiar do século XXI é fundada ainda no casamento, mas agora também engloba a união estável, as relações entre pais e mães homossexuais, as relações monoparentais e, cada vez mais atual e presente, a filiação socioafetiva.

O entendimento de Rolf Madaleno sintetiza com muita clareza essa mudança de paradigma familiar que se desenrola em nosso país e no mundo Ocidental:

“Respeita em realidade uma mudança verificada ao menos em todo o mundo ocidental, sustentada no devido valor concedido ao afeto e cuja contrapartida valoriza um crescente e natural desapego aos sufocantes valores sociais e culturais que permearam entre as gerações mais distanciadas, e que disseminaram os valores sociofamiliares edificados a partir do matrimônio civil e da filiação biológica.”²⁰

A filiação afetiva ou socioafetiva está diretamente ligada ao afeto. As interações entre os seres humanos nesse tipo de filiação decorrem em razão dos sentimentos, mais precisamente do amor e do carinho.

Surge uma independência em relação aos valores familiares do passado, não importando mais a origem dessa filiação, podendo ser tanto a biológica, como a jurídica ou a afetiva, sem que isso ocasione drásticas distinções no âmbito jurídico e social.

²⁰ MADALENO, Rolf. *Filiação sucessória: parentalidade socioafetiva e biológica*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 6, p. 119, out./nov, 2008.



A Constituição Federal de 1988 teve um papel primordial nessas mudanças estruturais do direito de família. Segundo Heloisa Helena Barboza, a CRFB/88 promoveu alterações “não só para harmonizá-lo com os valores ali consagrados, como também para concluir e sedimentar o processo de recepção da realidade social pelo ordenamento”.²¹

Trata-se, portanto, de um enfrentamento constitucional da ótica familiar em decorrência do contexto social vivido à época. É certo que diversas legislações ao longo dos anos foram sendo editadas a fim de atender as necessidades básicas das estruturas familiares surgidas como, por exemplo, a Lei do Divórcio, que nasceu para acalmar os anseios de uma sociedade que não era mais e nem poderia ser a mesma do início do século XX.

No entanto, nada foi mais forte e pontual do que a nossa CRFB/88. Ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III, houve a consagração direta da necessidade de por fim às discriminações até então vigentes e impostas pelo ordenamento jurídico.

Para comprovar a ideia de que os laços afetivos cada vez mais se inserem em nosso direito, Heloisa Helena Barboza²² traz o instituto da união estável como exemplo. Segundo ela, a união estável é gerada por laços afetivos, e somente após anos de batalhas judiciais é que foi reconhecida como entidade familiar, passando pelo concubinato, companheirismo e finalmente chegando ao instituto consagrado atualmente.

É importante ressaltar ainda, a título de complementação ao exemplo dado pela referida autora, que após decisão relativamente recente do nosso Supremo Tribunal Federal²³, a união estável se consagrou aos laços

²¹ BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Revista do Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 9, p. 25, abr./maio, 2009.

²² Exemplo retirado da obra de Heloisa Helena Barboza. Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Op cit., p. 25-26.

²³ STF, ADI 4277/ DF e ADPF 132/RJ, Rel. Ministro Ayres Britto, Brasília, 05 mai. 2011. Na referida decisão, o Ministro Relator argumentou que o art. 3º, IV da CRFB/88 veda qualquer tipo de discriminação em virtude de sexo, raça, cor e, assim, ninguém pode ser discriminado em razão

homoafetivos, ou seja, conferiu-se uma interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, a fim de garantir uma leitura do artigo de forma a equiparar as relações homossexuais às relações entre homens e mulheres.

Luiz Edson Fachin²⁴ diz que o elemento socioafetivo da filiação é timidamente presente em nosso Código Civil de 2002 no art. 1.593, entretanto, é ele que reflete a verdade jurídica que está para além do caráter biológico, sendo imprescindível para o estabelecimento de uma filiação.

Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama, conceitua a filiação afetiva e discorre sobre seu desenvolvimento no âmbito jurídico:

“[...] a filiação afetiva, fundamentalmente, só era concebida no âmbito da adoção e, em alguns casos limitados, à posse de estado de filho. Trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filhos e pais – ou entre o filho e apenas um deles -, tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles (...). Como vem sendo defendido pela doutrina contemporânea, a verdadeira paternidade – e, conseqüentemente, filiação – somente é possível em razão *de um ato de vontade ou de um desejo*, podendo ou não decorrer do fator biológico, e tal orientação vem merecendo atenção por parte de vários sistemas jurídicos que reformaram suas legislações em matéria de filiação, com a introdução, por exemplo, da noção da posse de estado de filho, como é o caso do direito francês. No direito brasileiro, com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar.”²⁵

Já Rose Melo Vencelau discorre que a falta do laço afetivo na filiação juridicamente baseada no dado biológico mais se apresenta como uma ficção:

“Isto porque a relação paterno-filial, assim como todas as relações familiares, existe em vista de um fim: o pleno desenvolvimento da personalidade de seus

de sua preferência sexual. Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie acompanharam o entendimento do Ministro relator.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.5, n.17, p. 21, abr./maio, 2003.

²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. Op. cit., p. 347-348.



membros. Deste modo, o vínculo entre pai e filho é instrumental. Dito diversamente, volta-se para uma função. O exercício dessa função também tem amparo normativo, sendo o art. 227, *caput*, da Constituição Federal uma síntese da função paterna em face do filho, pois a família, conjuntamente com a sociedade e o Estado, é instrumento garantidor dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.”²⁶

Dessa forma, a verdade afetiva é construída não apenas em razão da descendência ou não entre os familiares, mas também em razão do comportamento dos envolvidos, ou seja, nos cuidados despendidos, carinho, amor, sinceridade dentro do laço familiar e também em público, frente à sociedade. E é isso que se pretende explicar e explorar no decorrer do presente trabalho.

1.5.2 Filiação afetiva na adoção e na “adoção à brasileira”

Trata-se de um modelo de filiação bem antigo em nossa sociedade. Os pais que adotam filhos possuem amplamente a consciência do tipo de filiação que constituem.

Segundo Belmiro Pedro Welter²⁷, a adoção é um ato jurídico decorrente de um ato de vontade, que se prova e se estabelece por meio de um contrato ou de um julgamento. Assim, é necessária a vontade dos pais na instituição da adoção e a do juiz para jurisdicionar essa vontade.

Antes da entrada em vigor da Carta Magna de 1988, no caso de morte do adotante e na ausência de filhos legítimos, o filho regularmente adotado herdava a totalidade da herança legal, sendo considerado um verdadeiro descendente do falecido e participando normalmente da sucessão dos bens.

Entretanto, no caso do adotante já possuir filhos legítimos no momento da adoção, o filho adotado nada recebia. Por fim, na hipótese de

²⁶ VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 232.

²⁷ BELMIRO, Pedro Welter. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 14, p. 117, abr./junho, 2003.

o adotante obter filhos legítimos posteriormente ao ato da adoção, nesse caso o filho adotado receberia apenas a metade da herança cabível ao quinhão hereditário de cada filho.²⁸

No entanto, apenas com a CRFB/88, é que finalmente acabou com a distinção entre esses filhos, inserindo-se o princípio da isonomia e garantindo constitucionalmente os mesmos direitos como a qualquer outro filho. Assim, conforme o §6º do art. 227, ao filho adotado passou a ser reconhecido os direitos sucessórios inerentes a qualquer outro tipo de filiação.

Nessa relação entre pais e filhos decorrentes da adoção, apesar de a vontade primeiramente considerada ser a dos pais que desejam, o real objetivo desse instituto é o bem estar da criança.

Assim, ao decidir sobre a adoção ou não, o juiz deverá analisar se o direito da criança a uma convivência familiar está de acordo com as previsões constitucionais para garantir ao adotado um pleno desenvolvimento mental, físico e educacional.

Já a “adoção à brasileira”²⁹ é uma prática muito recorrente em nosso país. Nesse caso, um pai ou uma mãe reconhecem a filiação mesmo não sendo a verdade real, não obedecendo aos trâmites legais, o que é um crime tipificado no Código Penal.

Entretanto, em razão de ser muito comum esse tipo de adoção, ela é usualmente aceita pelo ordenamento³⁰ e, portanto, é irrevogável em razão

²⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 260.

²⁹ Instituto igual à adoção à brasileira é a filiação eudemonista no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, encontrada na doutrina com o autor, por exemplo, Belmiro Pedro Welter. É aquela típica do reconhecimento voluntário da filiação. Nesse caso, pais registram um filho como se seu fosse, independentemente do vínculo biológico ou não. Nas palavras precisas de Belmiro Pedro Welter: “Quem comparece perante um Cartório de Registro Civil, de forma livre e espontânea, solicitando registro de uma vida como seu filho, não necessita qualquer comprovação genética para ter sua declaração admitida [...]” Cf. BELMIRO, Pedro Welter. Op. cit., p. 117-118.

³⁰ Apesar de essa prática ser tipificada como um crime, ela é na verdade considerada um “crime nobre”. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo: “O declarante ou os declarantes são movidos por

do princípio do melhor interesse da criança e, conseqüentemente, prevalece essa filiação socioafetiva em detrimento de outras situações fático-jurídicas.

Portanto, esses dois tipos de relações paterno-filiais nada mais são do que uma filiação baseada no afeto, decorrente de um ato de amor e carinho. Mesmo sem vínculo sanguíneo, a importância recai sobre o relacionamento entre os genitores e o filho, não havendo qualquer tipo de diferenciação ou discriminação.³¹

Compreender o instituto da adoção de uma maneira geral não é analisar o objetivo jurídico de um ato solene que serve justamente para estabelecer o vínculo da filiação entre pais e filhos. Na verdade, é a partir desse tipo de relação que os laços afetivos se mostram presentes e são nutridos pelo maior sentimento de todos que é o amor entre os familiares.

1.5.3 Filiação socioafetiva do filho de criação

Nesse tipo de filiação, não existe qualquer espécie de vínculo, nem o biológico (sanguíneo), nem o jurídico. É uma liberalidade de pais em criar uma criança sem o devido registro do nascimento da mesma.

Essa relação de filiação comporta o mais amplo princípio decorrente de qualquer entidade familiar que é o afeto. A criança ou o adolescente é

intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família, como se a tivessem gerado. Contrariamente à lei, a sociedade não repele tal conduta. A “adoção à brasileira”, fundada no “crime nobre” da falsificação do registro de nascimento, é um fato social amplamente aprovado, por suas razões solidárias (...). Todavia, a intenção dolosa, tal como o rapto de criança, não pode ser enquadrada nessa espécie, pois o móvel não é a solidariedade e a afetividade, mas a satisfação egoísta.” Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. Op. cit., p. 250.

Segundo Guilherme Couto de Castro, é esse o entendimento dos tribunais. Veja-se: “(...) Porém, os Tribunais, verificando a ausência de qualquer má intenção, e, pelo contrário, reconhecendo que muita vez a conduta atende ao melhor interesse do infante, afastam a caracterização do crime, e, no campo cível, reconhecem a situação como equiparada à adoção, não admitindo a afirmação de nulidade do registro (cf. RT 889/382 e 828/395). Cf. CASTRO, Guilherme Couto de. Op. cit., p. 379.

³¹ Sob essa ótica, Maria Berenice Dias afirma que: “A diferenciação entre parentesco consanguíneo e o civil repercute na classificação dos filhos naturais e civis, fundando-se em distinção que não justifica e é tida como discriminatória. Filhos são filhos, sem adjetivos”. Cf. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 315



criado como um verdadeiro filho, não apenas entre a própria família, ou seja, aos olhos da família que cria, mas também para toda a sociedade que os envolve.

Os filhos criados nessa situação são tratados com amor, carinho, afeto, respeito; são educados, sustentados e levam consigo o aspecto e a figura de filhos como se biológicos fossem.

Esse tipo de filiação socioafetiva é muito comum em nossa sociedade, entretanto não temos uma legislação que proteja o filho de criação, levando a certas problemáticas que os tribunais acabam por resolver através de outros princípios norteadores da filiação.

Segundo Belmiro Pedro Welter³², existe uma divergência na doutrina e na jurisprudência sobre esse tipo de filiação. Segundo o autor, a partir de considerações de dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, encontramos uma posição que é no sentido de não existir esse tipo de adoção de fato, ou seja, o filho não pode ser equiparado ao adotado ou ao filho biológico para os fins legais.

Entretanto, existe outro entendimento no sentido da existência desse instituto, em razão de princípios constitucionais como a proteção à criança (art. 227 da CF), assim como o princípio da proteção integral consagrada na Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, como forma de reforçar a aceitação da filiação socioafetiva nos casos de filhos de criação, vislumbramos a Súmula 116 do Tribunal de Contas da União³³ que aceita esse instituto para fins previdenciários em casos de pensão de militar.

³² WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit., p. 117

³³ SÚMULA 116: “Ainda que não instituídas como beneficiárias, equipara-se a mãe de criação à mãe adotiva, bem como a filha de criação à filha adotiva, para efeito de lhes ser assegurada a pensão militar prevista na Lei nº 3.765, de 04/05/60, desde que comprovadas nos autos essas qualificações e não haja herdeiros prioritários”.

Dessa maneira, é imprescindível a comprovação da posse de estado de filho³⁴ para assegurar direitos patrimoniais, por exemplo, uma vez que não se pode basear em meros indícios. Há um entendimento³⁵ que, para tanto, é necessário haver o reconhecimento dessa filiação como através de um testamento³⁶, ou de uma escritura pública e etc.

Havendo esse reconhecimento, não há razões concretas em negar qualquer tipo de direito aos filhos de criação na medida em que não apenas são tratados como filhos como na verdade eles são considerados de tal maneira.

Não obstante a isso, entretanto, os filhos de criação que não possuem nenhum tipo de registro nesse sentido, ou seja, que não possuem nenhuma prova jurídica desse estado de filiação podem se encaixar em uma realidade excluída do direito.

³⁴ O tema sobre a posse de estado de filho será amplamente analisado no capítulo pertinente sobre o assunto. Entretanto, cumpre salientar que se entende por posse de estado de filho a situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, não importando se essa relação está ou de acordo com a verdade legal. Surge a partir de certos pressupostos que demonstram o vínculo de filiação entre tal pessoa e a família que se entende que ela pertence. “A posse de estado de filho oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação, fazendo ressaltar a verdade socioafetiva”. Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. Op. cit., p. 236.

³⁵ “EMENTA: ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DE VALORES DE CONTA CORRENTE DE FALECIDA. FILIAÇÃO NÃO COMPROVADA. O parentesco constitui relação jurídica que deve ser comprovada documentalmente, e é o vínculo que une duas pessoas ao tronco ancestral comum. A condição de filho de criação, a par do seu significado afetivo, não constitui relação jurídica. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70010943199, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 01/06/2005).”

³⁶ Nesse sentido de reconhecimento da filiação por testamento, segue ementa do TJMG que foi inédita quanto a essa possibilidade: “Ementa: Direito Processual Civil - Direito de Família - Ação de Investigação de Maternidade, cumulada com retificação de registro e declaração de direitos hereditários - impossibilidade jurídica do pedido - art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil - extinção do processo sem resolução do mérito. Dá-se a impossibilidade jurídica do pedido, quando o ordenamento jurídico abstratamente vedar a tutela jurisdicional pretendida, tanto em relação ao pedido mediato quanto à causa de pedir. Direito Civil - Apelação - Maternidade Afetiva - atos inequívocos de reconhecimento mútuo - testamento - depoimento de outros filhos - parentesco reconhecido - recurso desprovido. A partir do momento em que se admite no Direito Pátrio a figura do parentesco socioafetivo, não há como negar, no caso em exame, que a relação ocorrida durante quase dezenove anos entre a autora e a alegada mãe afetiva se revestiu de contornos nítidos de parentesco, maior, mesmo, do que o sanguíneo, o que se confirma pelo conteúdo dos depoimentos dos filhos da alegada mãe afetiva, e do testamento público que esta lavrou, três anos antes de sua morte, reconhecendo a autora como sua filha adotiva. (TJMG, Ap. Cível n. 1.0024.03.186.459-8/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, publicado em 23/03/2007).”



O fato de não haver qualquer tipo de registro não faz com que haja necessariamente uma diferenciação entre o filho de criação dos outros tipos de filiação socioafetiva. Na prática, os mesmos princípios, obrigações, deveres e direitos são opostos a todos esses filhos.

Ora, se o instituto da união estável, mesmo quando não for decorrente de nenhum contrato ou escritura pública, é devidamente resguardado pelo direito, inclusive em razão de direitos patrimoniais, por qual motivo o filho de criação não poderia ser assim protegido?

Não existe qualquer motivo pertinente que possa diferenciá-los dos filhos adotados ou dos filhos biológicos, uma vez que o fato de a criança não ter sido devidamente registrada não a afasta dos princípios inerentes a qualquer família ou filiação, ou seja, essa criança é amada, respeitada, educada da mesma maneira que qualquer outro filho.

Não aceitá-la dessa forma seria contrariar uma função primordial do Estado e da própria sociedade que é dar uma família e um lar para todas as crianças e adolescentes que de alguma forma não mais possuem seus vínculos biológicos. A relação patrimonial nada mais é do que uma consequência desse vínculo socioafetivo e negar esse direito além de diversos outros significa ignorar qualquer direito a esses filhos.

Portanto, cabe a análise nos casos concretos da efetiva posse de estado de filho e não meros indícios de uma filiação, conforme dito anteriormente, para que um filho não seja discriminado na relação socioafetiva ou para que não haja injustiças com relação a outros filhos biológicos ou adotados. Filho tem que ser considerado filho e a ele devem ser garantidos todos os direitos.

1.6. “Barriga de aluguel”

Também conhecida como gestação por substituição ou mãe por substituição, é igualmente uma técnica de reprodução assistida. Nesse procedimento, uma mulher cede temporariamente seu útero para a gestação de um embrião fertilizado com gametas de outras pessoas ou do próprio casal que lhe solicitou.³⁷

Ocorre que tal técnica não possui regulamentação em nosso ordenamento jurídico. Até o ano de 2013, pertencia à Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92 dispor sobre o assunto, entretanto, em maio do mesmo ano foi publicada a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, que apresenta as atuais regras sobre o assunto.

Como primeiro grande evento com repercussão jurídica da chamada “barriga de aluguel”, reconhecemos o episódio do bebê M que envolveu os tribunais americanos e teve grande repercussão mundial em 1986.

No caso em questão, foi firmado um contrato entre o casal contratante com Mary Beth Whitehead em que esta receberia o esperma do Sr. William Stern em seu útero, gestaria a criança e depois do nascimento a entregaria ao casal. Assim, a criança nascida já teria um pai biológico e a esposa do Sr. William Stern a adotaria para os devidos fins legais.

No entanto, com o efetivo nascimento da criança, a Sra. Mary Beth, mãe biológica - já que o bebê possuía seu material genético e foi gerado pela própria - se recusou a cumprir o acordo celebrado e entregar o bebê ao casal contratante que assim desejava e, portanto, contratou com o objetivo de constituir essa filiação.^{38 39}

³⁷ FILHO, José Roberto Moreira. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*. p. 1. Revista JusNavigandi. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 09 de abril de 2013.

³⁸ LUNA, Naara. *Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos*. Disponível em <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

³⁹ Esse caso americano da “barriga de aluguel” chegou aos tribunais. Na primeira instância de Nova Jersey, a decisão foi de cumprimento ao contrato estabelecido, no sentido de entregar a custódia da criança ao casal Stern, deixando o processo de adoção correr como fora combinado. Em segunda instância, a Corte Suprema de Nova Jersey reconheceu a filiação da Sra. Whitehead e do Sr. Stern, cancelando o processo de adoção e concedendo a guarda ao casal contratante, porém,



Como em nosso país não existe regulamentação sobre o assunto, além da Resolução já mencionada que, entretanto, é proveniente da esfera administrativa, esse caso americano evidencia a real dimensão das consequências que podem ser ocasionadas com a gestação por substituição.

Como parte do material genético era da mãe por substituição, sendo que a mesma concebeu a criança, como enfrentar o caso concreto do não cumprimento do contrato? Ou ao invés disso, o casal que receberia a criança não mais a quisesse, como seria solucionada essa situação?

Seria necessária, portanto, uma regulamentação precisa sobre o assunto para evitar esses tipos de questionamentos. O nosso ordenamento jurídico nunca se preocupou com tais questões uma vez sempre houve uma presunção, como será mais adiante analisado, de que *mater semper certa est*. Assim, a situação fática de uma mulher engravidar e ter a criança levaria a uma certeza da filiação biológica e, conseqüentemente, da filiação jurídica.

No Brasil, essa doação temporária do útero só pode ser concretizada quando não houver qualquer tipo de interesse financeiro ou comercial envolvido. Nesse sentido, o instituto da “barriga de aluguel” com valores econômicos é considerado crime pelo nosso ordenamento jurídico.

Em razão dessa vedação anteriormente mencionada é que surgem críticas à expressão “barriga de aluguel”, uma vez que o procedimento brasileiro deve ser absolutamente gratuito, não sendo correto e nem técnico falar na expressão “aluguel” na medida em que esse termo nos remete a ideia de uma atividade de cunho essencialmente econômico.

Além disso, essa Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que analisa a maternidade por substituição, ao prever a doação temporária do útero, condiciona o procedimento à relação de parentesco, ou seja, a doadora do útero deve ter um parentesco de até quarto grau com um

possibilitou o direito de visita à mãe biológica. A decisão foi baseada no melhor interesse da criança.

dos parceiros, além de ter que ser respeitada a idade limite de cinquenta anos para a doadora temporária de útero.

Ainda levando em consideração as indagações feitas anteriormente - agora já sabendo quais são as restrições ao procedimento em nosso país - poderíamos levar a crer que as possíveis consequências elencadas não ocorreriam em nossa sociedade justamente porque o procedimento só pode acontecer quando há um vínculo familiar.

Entretanto, pensar assim não é a forma mais correta e muito menos a forma que está de acordo com a realidade. É sempre relevante lembrar que o vínculo familiar em muitas situações e com muitas pessoas é desconsiderado e ignorado nas atitudes dos outros membros da família, sendo certo que mesmo havendo laços de parentesco essas problemáticas situações são possíveis de ocorrer, podendo até serem mais graves exatamente em razão do elo familiar.

Ainda nessa linha de raciocínio, é possível questionar a maternidade da criança nascida da cessão temporária de útero: seria da cedente do óvulo ou da cedente do útero? Valeria a presunção *mater semper certa est* ou isso não mais seria uma presunção verdadeira?

Sobre essa questão, merece acompanhar o entendimento de Maria Berenice Dias:

“A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é marido da mãe. Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada, na classificação legal (CC 1.593), como “mãe civil”. À vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a *gestatrix é sempre certa*.”⁴⁰

Deve-se prevalecer, portanto, o elemento volitivo em todo esse enquadramento. A vontade é o que consagra o vínculo da filiação, ou seja, o desejo de serem pais juntamente com o desejo de criar vínculos com a criança concebida por esse método. Dessa forma, mãe e pai são aqueles que

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 337

assim desejaram, e em razão disso todos os efeitos legais devem ser a eles opostos.⁴¹

Nesse contexto, o momento mais importante para o estabelecimento e a constituição da filiação decorre da concepção propriamente dita da criança, ou seja, não importa mais se houve a conjunção carnal entre o homem e a mulher com o objetivo da gravidez, tal definição ficou abalada com as atuais técnicas de reprodução assistida.

Resta saber, por conseguinte, se no momento da concepção existia de fato a vontade do casal, principalmente da mulher, em ter a criança. Havendo essa vontade, a verdade biológica é afastada, na medida em que a gravidez e o parto são apenas consequências decorrentes da concepção. Isso porque não haveria gravidez e muito menos o parto se não houvesse previamente a vontade do casal em realizar a concepção da criança, dentro do âmbito do planejamento familiar livre.⁴²

Logo, não restam dúvidas sobre a filiação socioafetiva que engloba o instituto da “barriga de aluguel”. O filho não nasce do ventre da sua verdadeira mãe e ainda assim observamos o estado de filho que envolve todas as outras filiações.

Mesmo em decorrência da doação ou não do óvulo para fins de fecundação, com o nascimento do bebê e a consequente entrega do mesmo aos pais que requereram a gestação por substituição, a questão fica um pouco mais clara.

Parece-me mais prudente e conveniente afirmar que são esses os pais que criarão o filho, que lhe darão amor e carinho e, acima de todo, serão responsáveis por essa criança, portanto, são seus verdadeiros genitores para todos os fins.

⁴¹ SILVA, Flávia Alessandra Naves. *Gestação de substituição: direito a mulher ter um filho*. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais. Disponível em < <http://revistas.ung.br>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. Op. cit., p. 376.



Obviamente que toda essa ideia deve ser balizada com o princípio do melhor interesse da criança, já que é ele que vai nortear não apenas qualquer possível decisão judicial referente a essa técnica de reprodução especificamente, como todo e qualquer tipo de situação envolvendo a filiação.

Isso porque esse princípio vai ser sempre aplicado a todas as situações em que figurarem crianças e adolescentes, em razão da fragilidade que os envolvem, sendo protegidos principalmente pela CRFB/88 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O filho nascido dessa técnica não pode ser um objeto de um contrato para esse fim, ele deve ser respeitado e tratado como um verdadeiro ser humano e seus interesses devem se sobrepôr a qualquer outro, inclusive aos dos pais.

Sobre esse ponto especificamente, Maria Berenice Dias faz uma importante ponderação ao dispor sobre a vedação da “barriga de aluguel” mediante pagamento:

“A gestação por substituição seria um **negócio jurídico** de comportamento, compreendendo para a “mãe de aluguel” obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria nula, por ilicitude de seu objeto (CC 104 II).”⁴³

1.7. Outras técnicas de reprodução assistida – a doação de gameta masculino

A “barriga de aluguel”, – bem como as demais técnicas de reprodução assistida -, segundo Guilherme Couto de Castro, “tem como objetivo viabilizar a gestação em mulheres ou casais com dificuldades de engravidar, ou que necessitem de condições especiais de gravidez”.⁴⁴

⁴³ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 336-337.

⁴⁴ CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: lições*. 5ª. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p. 372.

Dentro desse contexto, encontramos também outras técnicas de reprodução assistida conhecidas como a reprodução assistida homóloga e a reprodução assistida heteróloga.

Tais técnicas decorrem invariavelmente da evolução da medicina científica. O procedimento ocorre independentemente do ato sexual, e há fecundação do espermatozoide masculino com o óvulo feminino.

O nosso Código Civil de 2002, mais precisamente no art. 1.597, menciona superficialmente apenas algumas dessas técnicas. Entretanto, ele não soluciona questões relativas a esses procedimentos que podem gerar consequências problemáticas.

Para começar, encontramos a reprodução homóloga que ocorre quando houver a manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal que deseja o procedimento. É feita a fecundação *in vitro* e após isso o óvulo é implementado no útero da esposa ou companheira com a consequente gestação do feto.

Os problemas com essa fecundação são menores, mas nem por isso são irrelevantes. O que acontece se o homem, após a colheita do esperma, desiste do procedimento e a mulher mesmo assim resolve dar continuidade e engravida? E se após o recolhimento do sêmen o homem falece e mesmo assim a mulher mantém o desejo de engravidar?

Respondendo a essas indagações, assim prescreve Guilherme Couto de Castro:

“Nas duas hipóteses, o companheiro doador é o pai. Para a segunda, existe até a previsão do art. 1.597, III, do CC. Mas o ideal é que não ocorram e, se as clínicas e centros médicos que prestam serviço de reprodução assistida seguirem a Resolução nº 1.957, a possibilidade de esses problemas surgirem é minorada. O *consentimento informado* é um dos princípios reitores da intervenção médica na reprodução assistida, e todas as pessoas que se submetem a essa técnica devem assinar documentos que a Resolução nº 1.957 impõe como obrigatório (os médicos, clínicas e centros que não cumprirem as exigências cometem infração profissional).”⁴⁵

⁴⁵ CASTRO, Guilherme Couto de. Op.cit., p. 373-374.

Nesse tipo de procedimento não há a obrigação de autorização por parte do marido. No entanto, no caso de falecimento do marido ou companheiro, é primordial que haja sua autorização expressa para dar prosseguimento à fertilização, uma vez que não se pode presumir o seu desejo de ser pai após o seu falecimento.

Ademais, não observamos nesse método as mesmas dificuldades que encontramos em outras técnicas de reprodução assistida uma vez que o material genético utilizado é dos próprios pais e a gestação é conduzida no útero da mulher do casal ocorrendo, portanto, a igualdade entre filiação genética, biológica e, invariavelmente, a afetiva.

Já na reprodução heteróloga, o esperma utilizado para a técnica não é daquele que futuramente será o pai da criança, é imperativa a participação de um terceiro. Em razão da infertilidade do homem, o esperma de um doador é utilizado para a fecundação com o óvulo da mulher.

Nesse caso é obrigatório o consentimento informado, já que a filiação biológica não corresponderá à filiação jurídica de uma maneira completa. Isso porque a criança nasce a partir do sêmen de um doador, mas quem na verdade irá registrá-la será outro e será esse homem quem vai registrar a paternidade, não podendo posteriormente negá-la.

No caso, portanto, da reprodução heteróloga, novamente encontramos o instituto da filiação, ou mais especificamente, da paternidade socioafetiva. O pai, conforme dito anteriormente, não é o pai biológico, este é apenas quem forneceu o material genético para a fecundação, logo, não é o mesmo que vai criar a criança, não é o mesmo que vai registrar como filho.

O pai é aquele que, a partir da vontade, do desejo e do consentimento, aceitou o procedimento para que a sua esposa ou companheira engravidasse através da inseminação artificial. Logo, se entende essa situação por uma relação, como outras já analisadas, baseada



no afeto, amor, carinho entre pais e filhos independentemente da relação sanguínea.

Importante concluir o presente capítulo concordando com o importante entendimento da autora Rose Melo Vencelau:

“Desta forma, não se pode aceitar que a paternidade seja submetida a um reducionismo biológico. A consangüinidade ainda é determinante do parentesco, mas não é só ela. A afetividade se apresenta como critério tão relevante quanto o biológico, podendo até prevalecer em alguns casos. exemplo disto é a adoção e a fecundação assistida heteróloga, onde os pais, independentemente de laço de sangue, *adotam* seus filhos, fazendo-os nascer do coração.”⁴⁶

Capítulo 2

O Estado de Filho Afetivo

2.1. Elementos que caracterizam

Ao analisar o direito de família da atualidade constatamos que, conforme já anteriormente exposto, mesmo com a grande importância da filiação biológica, hoje em dia consagramos e convivemos cada vez mais

⁴⁶ VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 119.

com a filiação que tem como pressuposto o afeto e, sempre que se mostrar necessário e imprescindível, ela deve prevalecer sobre a origem genética.⁴⁷

Maria Berenice Dias descreve que “quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não corresponde à verdade, detêm o que se chama de posse de estado”.⁴⁸

A filiação socioafetiva é construída a partir da real posse de estado de filho. Essa situação não decorre do nascimento natural de um filho a partir do material genético dos pais, mas sim a partir da manifestação de vontade em benefício da afetividade, colocando em abalo as outras relações biológicas e jurídicas decorrentes da filiação.

Definindo tal situação fática, assim faz Paulo Luiz Netto Lôbo:

“A posse de estado de filiação refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal. É uma combinação suficiente de fatos indicando um vínculo de parentesco entre uma pessoa e sua família que ela diz pertencer, como estabelece o art. 311-1 do Código Civil francês. A filiação pode ser provada se inexistente ou desconhecido o registro público, quando se construir e se estabilizar na convivência familiar. (...) A posse de estado de filiação é uma situação de fato, uma indicação da relação de parentesco, uma presunção legal. Para constituir-se deve ser contínua e notória. A pretensão é imprescritível.”⁴⁹

⁴⁷ Nesse sentido: “EMENTA: **DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**

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

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido.”

STJ, *DJE*, 12 de março de 2012, REsp 1059214 / RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 337.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. Op.cit., p. 236.

A atual concepção do direito de família consagrou a união estável como uma realidade no contexto de entidade familiar, assim como o casamento, em razão da comunhão, do respeito, da fidelidade entre outros fundamentos que sempre nortearam os dois institutos.

Da mesma maneira, a posse de estado de filho também deve ser considerada, na medida em que é envolvida por uma adoção fática, sendo reconhecida, portanto, a filiação dela decorrente.

É a partir dessa posse de estado de filho que se reconhece juridicamente a socioafetividade nas relações entre pais e filhos. Significa falar em um conjunto de circunstâncias que corroboram para a presunção da existência desse tipo de relação ao ponto de até mesmo preencher a ausência de registro de nascimento de uma criança ou um adolescente.

Normalmente, a prova da filiação ocorre através da certidão de nascimento, mas não raras vezes isso por si só não constitui prova imprescindível desse vínculo familiar, cabendo ao julgador a análise da situação fática em que convivem os familiares para então verificar a existência desse grupo familiar, ou seja, o vínculo entre um pai e um filho, por exemplo.

Muito bem explicitada tal questão nas palavras de Rose Melo Vencelau:

“A posse de estado de filho é utilizada, discretamente, como prova da filiação na falta ou defeito do termo de nascimento (349, CC1916; 1.605, CC2002). Mesmo com a falta de previsão expressa na lei civil nesse sentido, a posse de estado de filho representa a maior expressão do critério sócio-afetivo da paternidade. E esse critério alcançou juridicidade com a Constituição de 1988, sobretudo com a análise dos artigos 226, §7º, 227, *caput* e 229. Pai é aquele que vulgarmente se diz que “botou o filho no mundo”, fato que o Direito atribui responsabilidade. Por conseguinte, pai não é apenas o genitor, ao contrário, é aquele que assume a responsabilidade que o Direito lhe impõe. E essa responsabilidade consiste em cuidar, educar, alimentar, proteger... Enfim, é o exercício contínuo de uma função.”⁵⁰

⁵⁰ VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 118-119.



No século passado, o nosso Código Civil de 1916 apenas aferia esse estado de filiação quando houvesse necessariamente o instituto do casamento nos casos de ausência de registro de nascimento. Entretanto, a CRFB/88 passou a prever outras entidades familiares que juntamente com os requisitos necessários, que serão analisados adiante, passaram a servir como prova do estado de filiação.⁵¹

O estado de filiação se apresenta através de como a convivência familiar se revela para sociedade em que vivem. São pais que amam seus filhos, os respeitam, educam, sustentam, são pais que assumem todas as responsabilidades e obrigações decorrentes de qualquer tipo de filiação.

Paulo Luiz Netto Lôbo relata que a doutrina de uma maneira geral identifica três elementos para a configuração do estado de filiação: a) o *tractatus* - que é o comportamento dos familiares aparentes, assim os pais tratam o filho como realmente filho e este trata aqueles como seus verdadeiros pais; b) *nomen* - que é quando o filho tem o nome da família dos pais em seu sobrenome e c) *fama* - que é como a família, a sociedade e as autoridades reconhecem a entidade, para eles a pessoa é vista como realmente integrante daquele núcleo familiar, como um membro, um filho.

Ainda segundo o autor, esses três elementos não precisam estar em conjunto para a caracterização do estado de posse de filho, uma vez que não há uma exigência legal para tanto e, em caso de dúvidas, esse estado deve prevalecer para a confirmação da existência da filiação.⁵²

Impende ressaltar, portanto, que o nome vem acompanhado do sobrenome dos pais socioafetivos; o tratamento decorre da forma como o filho é criado, amado, educado como qualquer outro filho e a fama ou reputação, como também é chamada, decorre de como é aparentemente a convivência da família perante ela mesma e a sociedade, o filho é visto como tal não gerando dúvidas.

⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. p. 236-237.

⁵² *Ibid.*, p. 237.

É inegável que essa posse de estado de filho se relaciona com a aparência da filiação, uma vez que essa situação faz com todos acreditem em uma relação de família que na realidade não é verdadeira ao se considerar o critério biológico entre os parentes envolvidos. Maria Berenice Dias melhor expressa essa ideia, ao expor esse estado da seguinte maneira: “a tutela da aparência acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe”.⁵³

Para configurar essa posse de estado de filho, qualquer prova pode ser utilizada, desde que admitida pelo direito, uma vez que a lei não impõe qualquer restrição nesse sentido.⁵⁴

Entretanto, essas provas são complementares a dois requisitos impostos de forma alternativa que a lei prevê e Paulo Luiz Netto Lôbo assim expõe e exemplifica:

“[...] a existência de começo de prova por escrito, proveniente dos pais, ou presunções veementes da filiação resultante de fatos já certos. Entendemos que, para alcançar a finalidade da lei, em conformidade com a Constituição, que estabelece a prioridade absoluta da convivência familiar afetiva (art. 227) para criança e o adolescente, basta um dos requisitos na falta do outro. Considera-se começo de prova por escrito, como cartas, autorizações, para atos em benefícios de filhos, declaração de filiação para fins de imposto de renda ou de previdência social, anotações dando conta do nascimento do filho.”⁵⁵

Ressalta-se, todavia, que não basta simplesmente uma situação de carinho por parte dos familiares em prol da criança. Não é suficiente uma família a tratar bem, ou até mesmo amá-la, pois para tanto não é necessário um grupo familiar e, evidentemente, também não se cria uma relação de verdadeira família apenas em razão desses sentimentos.

É imprescindível a intenção, a vontade e o desejo de, - além do que anteriormente mencionado -, criar, cuidar, educar, sustentar como realmente

⁵³ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 337.

⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. Op.cit., p. 237.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 237.

um filho, concretizando o compromisso de estado de filho de forma indestrutível na filiação socioafetiva.

Heloisa Helena Barboza faz uma constatação muito interessante sobre a importância das repercussões sociais para o reconhecimento jurídico da situação de fato existente nas relações familiares:

“O vínculo que surge entre pessoas que convivem como se fossem pais e filhos se inclui nas relações de fato fundadas no afeto aptas a serem juridicamente reconhecidas. O estudo da questão deve levar em conta: (a) o importante papel que o afeto tem nas relações familiares, especialmente na construção de vínculos como o do casamento, da união estável e do parentesco; (b) a expansão do afeto, surgido no espaço eminentemente privado, para o espaço público, assumindo as pessoas funções sociais que autorizam o reconhecimento jurídico das relações assim criadas; (c) a consequente permanência dos efeitos jurídicos dos vínculos gerados pelo exercício dessas funções, atendidos determinados requisitos, ainda que findo o afeto que os originou. Tais aspectos devem ser considerados, visto que as relações familiares *verdadeiras* são afetivas, embora muitas relações familiares *jurídicas* não o sejam.”⁵⁶

Não se pode olvidar, não obstante o posicionamento de Belmiro Pedro Welter⁵⁷, que o fundamento da posse de estado de filho é a proteção da pessoa humana na filiação socioafetiva, logo, importante analisar as respeitáveis palavras de Heloisa Helena Barboza:

“No momento em que se tem como diretrizes a proteção da pessoa humana, em sua dignidade, e a solidariedade, impõe-se rejeitar, principalmente em matéria de família, qualquer afastamento entre a verdade dos fatos e sua significação jurídica. A relação familiar, em especial a de filiação, é gerada pelo afeto e

⁵⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Op.cit., p. 28-29.

⁵⁷ Nessa dogmática da posse de estado de filho, encontramos o posicionamento diverso de Belmiro Pedro Welter sobre o assunto. O autor discorda da doutrina e da jurisprudência que tratam a relação paterno-filial como posse de estado de filho e igualmente não concorda quando fazem analogia entre esta posse de estado e a posse dos direitos reais. Segundo o autor, a relação paterno-filial não é posse de estado de filho, mas sim estado de filho afetivo, cujo vínculo com o advento da CRFB/88 não é mais caracterizado como de posse e de domínio, mas sim de amor, ternura, carinho, sem qualquer tipo de hierarquia. Outrossim, alega que equiparar a posse de estado de filho à posse dos direitos reais significa “coisificar” o filho com o mesmo pensamento e atitude que arcaicamente na história da sociedade era feito, quando o pai detinha a posse e a propriedade do filho, da mulher e dos escravos. Afirma também que a família afetiva tem os mesmos propósitos da família biológica; a família afetiva é “constituída à imagem e semelhança da família genética e vice-versa”. À vista disso, no estado de filho afetivo devem ser cumpridos todos os requisitos desinentes do estado de filho biológico. Cf. WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit., p. 120-121.



construída tanto no espaço privado, quanto público, sendo, por natureza, socioafetiva.”⁵⁸

O direito brasileiro não fez menção em nenhum dispositivo, de forma expressa, da posse de estado de filho. Entretanto, encontramos fundamentos para a filiação socioafetiva em princípios constitucionais, principalmente o princípio referente à afetividade, que possibilitam o reconhecimento desse estado de filiação de forma implícita nos artigos 1.593, 1.605 e 1.606 do Código Civil de 2002.⁵⁹

2.2. Filiação socioafetiva X direito à ascendência genética

Ao se verificar a plena existência da filiação socioafetiva nos núcleos familiares da atualidade, algumas questões se tornam extremamente relevantes, como a que tange o reconhecimento da ascendência genética desses filhos socioafetivos.

Nesse sentido, será que um filho adotado poderá descobrir a sua origem genética? E o filho de criação também pode conhecer seus pais biológicos?

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tal direito à ascendência genética “não se trata de um mero capricho ou curiosidade, mas, sim, o reconhecimento de um direito da personalidade”.⁶⁰

Para os referidos autores, o fato de alguém não conhecer a sua verdade biológica pode trazer consequências devastadoras, como se apaixonar por uma pessoa sem saber que ela é sua irmã. Além do mais, pode ocorrer a necessidade de uma doação de órgãos e para tanto pode ser essencial encontrar algum parente sanguíneo compatível geneticamente por uma questão de “vida ou morte”.

⁵⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Op.cit., p. 30.

⁵⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. Op. cit., p.400.

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 642.

Sobre o direito da personalidade que envolve o estado de filiação, Rose Melo Vencelau assim se pronuncia:

“Todo ser humano tem um pai biológico, de quem herda seus caracteres genéticos. Mas, tem pai que não sabe que é pai e filho que não sabe do pai. Tem, ainda, o filho que tem pai do coração, porém lhe carece o conhecimento das suas origens biológicas. Se com a denominação de direitos da personalidade se pretende discriminar os direitos que visam a tutelar a pessoa humana, não se pode negar que as ações de estado de filiação, bem como as que objetivam o conhecimento da origem biológica, são expressões processuais de tutela.”⁶¹

E assim continua a autora com o seu entendimento:

(...) Uma vez não coincidindo o genitor na pessoa do pai, há de ser tutelado o interesse ao conhecimento da origem biológica, sem que isto implique em alteração do *status* de filho.

Não obstante a descoberta do exame de DNA tenha levado a confluir paternidade e origem biológica, nem sempre se pode inferir uma na outra. O *status* de filho se alcança com o estabelecimento jurídico do vínculo paterno-filial, enquanto a origem genética pode não fazer parte desta relação.”⁶²

Mas esse direito à ascendência genética não é de maneira nenhuma uma forma de afastar a filiação socioafetiva já construída. O que ocorre, conforme os autores mencionados, é apenas o direito ao conhecimento de quem é o material genético que envolve a pessoa nascida como forma de preservar interesses maiores decorrentes dessa pessoa.⁶³

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo⁶⁴, o conhecimento da origem genética está diretamente ligado ao direito da personalidade das pessoas, na medida em que a ciência de uma maneira geral vem ressaltando a relação existente entre as formas de prevenção da saúde com a ocorrência de doenças entre parentes próximos.

Assim, ainda conforme Paulo Luiz Netto Lôbo, não se pode confundir o estado de filiação e o direito à origem genética:

⁶¹ VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 65-66

⁶² Ibid., p. 72.

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 642.

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. Op. cit., p. 227.

“O estado de filiação deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consanguíneos. A verdade em matéria de filiação colhe-se no viver e não em laboratório. Portanto, não se deve confundir o direito da personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja genética ou não.

(...)

Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. O direito dos filhos à convivência familiar, tido como prioridade absoluta pela Constituição Federal (art. 227), construído no dia a dia das relações afetivas, não pode ser prejudicado por razões de origem biológica.”⁶⁵

Em consonância com o acatado, Paulo Luiz Netto Lôbo ressalta a grande e importante diferença entre o direito à ascendência genética e a investigação de paternidade, ou seja, segundo ele esses institutos não se confundem na teoria e nem na prática.

A título de exemplo o autor relata o caso da inseminação artificial heteróloga que, conforme analisado em tópico anterior, há doação do gameta masculino para fins de gravidez de uma mulher, mediante a autorização do marido ou companheiro da mesma. Nesse cenário, a filiação não depende da relação genética entre pai e filho.

Havendo essa técnica de reprodução assistida, o filho interessado poderá conhecer os dados genéticos desse doador anônimo de sêmen que constam nos arquivos da instituição que o armazenou⁶⁶ para fins do direito da personalidade. Entretanto, segundo o autor, essa pessoa não poderá vindicar com o escopo de atribuição de paternidade, ou seja, não é adequado o uso da ação de investigação de paternidade para esse fim.⁶⁷

O objetivo dessa investigação da identidade genética é em razão da busca pela história da pessoa, pela sua ancestralidade, pelo o que ela

⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. Op. cit., p. 228.

⁶⁶ Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina: “5 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.”

⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. p. 8. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br>>. Acesso em 01 de maio de 2013.

realmente é e o que representa como ser humano, o que muitas vezes só se consegue com a verdade biológica. É o reconhecimento de um vínculo biológico entre pai e filho que nunca tiveram qualquer outro tipo de vínculo jurídico.

Nesse sentido, convém ressaltar, que nos casos da filiação socioafetiva, pais com o intuito de solidariedade, a partir da vontade, constroem uma verdadeira relação de filiação. Esse elo, portanto, não pode ser destruído em razão do direito à ascendência genética, de modo que o filho que exerce tal direito o faz apenas para identificar o doador do material genético, ou para saber quem são seus pais biológicos no caso da adoção.

Forçoso reconhecer que o reconhecimento do autêntico genitor não vai desconstituir a verdadeira família decorrente da filiação socioafetiva que foi construída ao longo dos anos a partir dos sentimentos mais sinceros e leais de amor, carinho e afeto.

Encontramos julgados, como o do STJ a seguir exposto, portanto, em que vislumbram a possibilidade de busca da identidade genética, - relativizando a filiação socioafetiva -, a partir da análise do caso concreto a fim considerar o melhor interesse para o filho. Dessa forma, segue a ementa abaixo que apresenta muito bem essa conjuntura:

“EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES.

- A “adoção à brasileira”, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.

- O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

- O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.

- Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercar o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.
- A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registraes, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.
- Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.
- Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido.”⁶⁸

Conforme se pode verificar ainda no âmbito da jurisprudência, constatamos julgados no sentido de reconhecer o direito à ascendência genética, que é um verdadeiro direito da personalidade, mas sem que isso necessariamente ocasione qualquer direito patrimonial decorrente desse reconhecimento do vínculo biológico:

“EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PETIÇÃO DE HERANÇA. EXAME DE DNA. CONTRA O ESPOLIO DO PAI BIOLÓGICO. EXTINÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE ANULAÇÃO DO REGISTRO. O direito da parte em conhecer sua verdade biológica não tem, necessariamente, relação direta com o reconhecimento do direito de herança e alteração do nome. Ao contrário. A livre investigação tão só da verdade biológica decorre da atenção que o Estado deve ter em relação aos direitos de personalidade e do amplo conhecimento da identidade da pessoa. Necessidade. Socioafetividade. Ainda que o exame pericial seja importante para o descobrimento da filiação biológica, não se pode perder de vista que o julgador não está adstrito apenas ao exame genético. A ação envolve possível modificação do registro civil, caso em que a prova não pericial se faz necessária também para a investigação de possível paternidade socioafetiva. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70038310876, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 13/04/2011).”

2.3. Investigação de paternidade ou maternidade

⁶⁸ STJ, DJE, 04 de junho 2007, REsp 833712/RS, rel. Min. Nancy Andrighi.

Conforme já analisado anteriormente, hoje em dia observamos com muita clareza o instituto da filiação socioafetiva no âmbito de diversas famílias, prevalecendo sobre, muitas vezes, os outros tipos de filiações existentes em nosso ordenamento.

Com o avanço da ciência, exames como o do DNA passaram a garantir uma quase certeza da filiação biológica, deixando para trás as antigas presunções de paternidade que permearam diversas famílias.

Muitos familiares interessados, portanto, passaram a recorrer a tais exames para finalmente desvendar ou não a verdade biológica que norteia esses grupos familiares.

Muito bem interpretada essa questão nas palavras de Maria Berenice Dias:

“O direito à **identidade genética** passou a ser reconhecido como **direito fundamental** integrante do direito de personalidade, o que tem levado a jurisprudência a aceitar, cada vez com mais desenvoltura, a busca da identificação da paternidade. Os avanços são significativos, cabendo lembrar a possibilidade do afastamento dos efeitos cristalizantes da **coisa julgada**, quando a anterior ação não foi acolhida por falta de prova do vínculo de filiação. Há a possibilidade de reconhecimento da filiação, mesmo que a demanda não gere **reflexos jurídicos** e sirva tão-só para atender à necessidade psicológica da parte de conhecer sua ascendência biológica.”^{69 70}

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 351.

⁷⁰ No sentido da falta de prova da filiação, que posteriormente possibilita a flexibilização da coisa julgada, encontramos dois recentes julgados do STJ sobre o tema no *informativo* nº 512. No REsp 1.223.610-RS, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 06/12/2012, entendeu-se ser possível a flexibilização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade, na situação em que o pedido foi julgado improcedente por falta de prova. Concluiu-se ser possível o interessado investigar sua ascendência genética mediante a utilização do exame do DNA. Ainda a título de complementação do estudo sobre o caso, no AgRg no REsp 929.773-RS, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 06/12/2012, entendeu-se que flexibilização da coisa julgada material em investigação de paternidade não atinge as decisões judiciais fundadas no conhecimento científico da época, se este ainda for válido nos dias atuais. Assim, se a decisão na ação de investigação de paternidade foi no sentido da impossibilidade do investigado e da genitora gerarem pessoa do mesmo grupo sanguíneo do investigante, essa verdade científica ainda é válida nos dias atuais e, portanto, não pode ser flexibilizada a coisa julgada. Disponível em <www.stj.jus.br>.



Em virtude dessas considerações, Maria Berenice Dias discorre sobre a importância do critério socioafetivo frente à verdade real, jurídica e presumida:

“Cresce o movimento para emprestar maior importância ao critério **socioafetivo**, que se sobrepõe à verdade presumida e também à verdade biológica, pois tem por base um valor maior: o vínculo de afetividade que a constituiu. Tem prevalência até sobre a **coisa julgada**, pois nada deve obstaculizar o estabelecimento do vínculo jurídico para chancelar uma verdade que não existe. Comprovada a posse de estado de filho, não há como destruir o elo consolidado pela convivência, devendo a justiça, na hora de estabelecer a paternidade, sempre respeitar a verdade da vida, constituída ao longo do tempo.”⁷¹

O reconhecimento de um filho pode ocorrer de diversas maneiras, dentre elas encontramos a ação de investigação de paternidade ou maternidade também conhecida como decorrente de decisão judicial.

Em razão do princípio da igualdade da filiação, o filho pode investigar a paternidade contra o pai biológico independentemente de qualquer fator externo relacionado a esse pai, ou seja, é irrelevante se o investigado possui outra família, se é casado, solteiro e etc.

O direito a investigar a filiação é indisponível, sendo relevante o fato de que o filho não pode celebrar negócio jurídico com os pretensos pais que serão investigados com o objetivo de não ter reconhecida essa relação de filiação que os envolve. Ou seja, não pode o filho contratar com os supostos pais para afastar a possibilidade da investigação de paternidade. Além disso, a ação de investigação de paternidade é imprescritível^{72 73}, ou seja, não há perda da proteção jurídica ao direito em razão do decurso do tempo.⁷⁴

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 351.

⁷² Nesse sentido, art. 27 do ECA: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

⁷³ Súmula 149 do STF: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

⁷⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. Op.cit., p. 264.



Paulo Luiz Netto Lôbo explica que a ação de investigação de paternidade não tem mais como fundamento único o objetivo de desvendar e atribuir uma paternidade ou maternidade ao pai ou mãe biológicos. Hoje em dia o que se investiga é o “estado de filiação”, que pode ocorrer ou não em razão da verdade biológica. Caso contrário, segundo o autor, “seria mais fácil e rápido deixar que peritos ditassem sentenças de filiação”.⁷⁵

A investigação de paternidade só é admissível nos casos em que não haja uma paternidade constituída, jamais poderá ser utilizada para desconstituir uma já existente. Nessa linha de pensamento, não é possível a investigação de paternidade, com fulcro na verdade biológica, com o intuito de desfazer uma paternidade socioafetiva anteriormente formada.

Sobre esse entendimento, Paulo Luiz Netto Lôbo faz uma explicação de extrema importância e relevância:

“O estado de filiação supõe a convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança pelo art. 227 da Constituição Federal. É, portanto, situação que se comprova com a estabilidade das relações afetivas desenvolvidas entre pais e filhos. O direito ao conhecimento da origem genética integra o direito da personalidade de qualquer indivíduo, que não se confunde com o direito de família. A investigação do estado de filiação tem por fito seu reconhecimento forçado, por decisão judicial, porque não houve o reconhecimento voluntário. Assim, não é o meio adequado para impugnar paternidade registrada, com intuito de atribuir outra em seu lugar. Para essa finalidade, cabe ao interessado vindicar a invalidação do registro civil, porque não pode haver duplicidade de paternidade, uma registrada e outra reconhecida judicialmente.”⁷⁶

Rolf Madaleno, analisando o tema da investigação de paternidade, diz causar estranheza qualquer oscilação da jurisprudência ou da doutrina no sentido de privilegiar a filiação biológica e registral em detrimento da socioafetiva:

“[...] porquanto não é crível e tampouco ponderável subverter os valores destes princípios que encontram no afeto entre pais e filhos o prenúncio antecedente e prevalente da verdadeira interação familiar.

⁷⁵ Ibid., p. 265.

⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. Op. cit., p. 265.



(...) Apresenta-se realmente inquietante qualquer decisão judicial priorizando a filiação biológica em detrimento da perfilhação socioafetiva, cujos exemplos mais frequentes advém da *adoção à brasileira* que acaba sendo injustamente desconsiderada para dar lugar aos vínculos biológicos para acolher a pedido de herança.”⁷⁷

Maria Berenice Dias discorre que, entretanto, o fato da filiação socioafetiva se sobrepôr a todas as outras, isso não significa que a verdade biológica não pode ser novamente perseguida quando não for apreciada em demanda anterior. Na medida em que é necessário um conjunto probatório para a configuração do estado de posse de filho, nada impede a utilização da ação de investigação ou a negatória de paternidade para esse fim.

Logo, o filho a qualquer tempo pode propor ação de investigação de paternidade, em razão de ausência de provas suficientes à época. Diferentemente ocorre com o pai, que mesmo sendo assim reconhecido sem a devida prova genética, não pode procurar o Poder Judiciário para desvendar a verdade genética, pois em sua situação já foi constituída a coisa julgada.⁷⁸

Dessa forma, assim se pronuncia a referida autora:

“Mesmo que no registro de nascimento conste o nome de alguém como pai, tal não pode impedir a busca da verdade biológica. A existência de **filiação registral** não limita o exercício do direito fundamental à busca da ascendência genética ao lapso decadencial da ação impugnativa de reconhecimento (CC 1.614). No entanto, esse direito é assegurado ao filho, não ao pai biológico, que não pode buscar o reconhecimento da paternidade se o filho entretém vínculo de filiação afetiva com o pai registral.”⁷⁹

A autora diz ser um injustificado paradoxo o fato de que quem não tem registro de pai em sua certidão de nascimento poder buscar a sua verdade biológica ao passo que outra pessoa que foi registrada por um pai

⁷⁷ MADALENO, Rolf. *Filiação sucessória: parentalidade socioafetiva e biológica*. Op. cit., p. 123.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 353-354.

⁷⁹ Ibid., p. 354.

que não é seu genitor teria um prazo decadencial para questionar esse vínculo parental.

Em razão disso, a jurisprudência do STJ⁸⁰ já tem se posicionado no sentido de ser imprescritível a demanda de impugnação de registro (art. 1.614, CC) em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nem mesmo o devido registro do pai em razão da filiação socioafetiva, segundo Maria Berenice Dias, tem o poder de impossibilitar a utilização da ação de investigação de paternidade. Na medida em que é necessário um conjunto probatório para a configuração da posse de estado de filho, pressuposto da filiação socioafetiva, não é possível impedir o uso da ação de investigação de paternidade.⁸¹

Guilherme Calmon Nogueira da Gama diz que atualmente a investigação de paternidade ou maternidade não se pressupõe unicamente do fator biológico para definir o estado de filiação, pois segundo ele é perfeitamente possível a investigação de paternidade em situações relacionadas ao parentesco civil, como nos casos de reprodução heteróloga e da posse de estado de filho.⁸² Além disso, faz a ressalva já explicitada anteriormente sobre o filho já possuir uma paternidade registrada em seu assento civil.⁸³

A doutrina de uma maneira geral, vale ressaltar, sempre apresentou uma importante diferenciação, nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira

⁸⁰ Nesse sentido: “EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILHO REGISTRADO POR QUEM NÃO É O VERDADEIRO PAI. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. IMPRESCRITIBILIDADE. DIREITO PERSONALÍSSIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. É assente nesta Corte que a ação de investigação de paternidade é imprescritível, estando subsumido no pedido principal o cancelamento do registro relativo a paternidade anterior, por isso que não há como se aplicar o prazo quadrienal previsto no artigo 1.614 do Código Civil vigente. 2. Recurso especial provido para afastar a decadência e determinar o prosseguimento da ação de investigação de paternidade.” STJ, *DJE*, 25 de outubro 2010, REsp 939818 / RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 354.

⁸² Esse posicionamento de Guilherme Calmon Nogueira difere do entendimento, já mencionado no item pertinente sobre “Filiação socioafetiva X direito à ascendência genética”, de Paulo Luiz Netto Lôbo, que ressalta não ser possível a ação de investigação de paternidade nos casos de inseminação heteróloga.

⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. Op. cit., p. 397-398.

da Gama, entre a ação de estado de filiação e a investigação de paternidade ou maternidade:

“O direito brasileiro prevê o direito de vindicar o estado de filiação, não havendo limitação quanto à origem e à espécie de entidade familiar, diversamente do que ocorreu no sistema do Código de 1916. A ação de estado de filiação não se sujeita a prazo decadencial ou extintivo, podendo ser ajuizada a qualquer tempo. Não se deve confundir a ação de prova de filiação com a ação de investigação (de paternidade ou maternidade). Enquanto a ação de prova de filiação objetiva a comprovação da situação de fato, como na posse de estado de filho, cuja aparência decorre de presunção veemente ou de início de prova escrita de pais ausentes ou falecidos, a investigação de paternidade visa ao reconhecimento judicial da filiação em razão de omissão ou recusa de investigado, independentemente da existência (ou não) de convivência familiar”.⁸⁴

Ocorre que o STJ em 2011, de maneira inédita, julgou ser possível a utilização da ação de investigação de paternidade ou maternidade para a busca do reconhecimento do vínculo de filiação socioafetiva, desde que provada a posse de estado de filho.

Portanto, é o que se extrai de alguns julgados nos tribunais de justiça e no STJ, forçando a tese da possibilidade de investigação de filiação socioafetiva, conforme ementa que segue de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.

1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.

2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.

3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o

⁸⁴ Ibid., p. 401.



reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.

4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido.”

Conforme se depreende do julgado, segundo o voto da Ministra Relatora, o mecanismo processual adequado para o reconhecimento da filiação socioafetiva deve ser analisado com menos rigidez formal, na medida em que o próprio instituto desse tipo de filiação é uma concepção decorrente do entendimento jurisprudencial e doutrinário, que ainda não está expressamente previsto em nossa legislação, mas que são aplicadas por analogia as normas da filiação biológica no que for pertinente e cabível.

Discorre que essa aplicação, por certo, não pode ser feita de forma literal, pois são tipos de filiações diferentes, não idênticas, que requerem, muitas vezes, ajustes ampliativos ou restritivos, o que impossibilitaria a utilização analogia.⁸⁵

Para finalizar o assunto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama ressalta que com o registro civil da sentença, há produção de efeitos jurídicos do estado de filiação *ex tunc*, ou seja, efeitos que retroagem à data da concepção, uma vez que a relação de filiação se estabeleceu antes da sentença. Na sentença, portanto, apenas ocorreu o reconhecimento judicial da relação jurídica estabelecida.⁸⁶

2.4. Direito a alimentos

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, - como um valor fundamental em nosso direito contemporâneo -, encontramos o pressuposto essencial da nossa sociedade que é o direito das pessoas viverem, entretanto, mais do que isso, as pessoas têm o direito de viver com dignidade.

⁸⁵ STJ, *DJE*, 15 de setembro 2011, REsp 1189663 / RS, rel. Min. Nancy Andrighi.

⁸⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. Op. cit., p. 309.

Surge, portanto, o direito aos alimentos como forma de preservar essa dignidade da pessoa humana decorrente do próprio direito à vida. A dogmática dos alimentos é considerada uma das mais importantes do direito de família, uma vez que envolve diversas relações familiares e é objeto de milhares de demandas judiciais em nosso ordenamento.

Maria Berenice Dias enfatiza que os alimentos têm natureza de direito de personalidade, na medida em que asseguram o direito à vida e o direito à integridade física. Dessa forma, os parentes são os primeiros a serem chamados para prestar os alimentos quando da impossibilidade do alimentado em garantir o próprio sustento. Trata-se de um dever mútuo de auxílio.

Revela dizer que a obrigação de prestar alimentos decorre do princípio da solidariedade, ou seja, essa prestação deriva dos vínculos de parentesco que ligam as pessoas dentro de uma mesma família, como o casamento, a união estável e as relações entre pais e filhos.⁸⁷

Os alimentos, no âmbito do direito de família, tem correlação com valores, bens ou serviços destinados às necessidades básicas e existenciais de uma pessoa, em virtude da relação de parentesco, na medida em que a própria pessoa não é capaz de por si só prover a sua subsistência.

Cumprе assinalar, igualmente, que os alimentos podem ser devidos em razão dos deveres de assistência, quando há ruptura das relações matrimoniais ou da união estável, ou no caso dos idosos que necessitam de tal prestação como forma de subsistência.

Esses alimentos podem ser providos através de dinheiro, chamados de pensão alimentícia, ou *in natura*, também chamados de naturais quando decorrem, por exemplo, da entrega de um bem imóvel para a moradia do alimentado ou de bens para o consumo humano. O adimplemento da obrigação alimentar pode ocorrer de forma direta, quando do pagamento da

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 458.

quantia em dinheiro ou de forma indireta, com o pagamento dos serviços prestados ao alimentado, como colégio, academia, clubes e etc.⁸⁸

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, a obrigação de prestar alimentos provém de diversas legislações em nosso ordenamento jurídico, como a própria Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, conforme as palavras do autor:

“Sob o ponto de vista da Constituição, a obrigação a alimentos funda-se no princípio da solidariedade (art. 3º, I), que se impõe à organização da sociedade brasileira. A família é base da sociedade (art. 226), o que torna seus efeitos jurídicos, notadamente os alimentos, vinculados no direito/dever de solidariedade. A legislação infraconstitucional estabelece seus limites e contornos: o Código Civil (arts. 206, §2º, e 1.694 a 1.710), que deu unidade ao direito material sobre o assunto, além do ECA, art. 22, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003, arts. 11 a 14), as normas residuais de direito material da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68) e outras dispersas. É jurídica, pois, a obrigação alimentar, fundada no princípio normativo da solidariedade, seja na relação com parentes, seja na relação familiar (cônjuges, companheiros). O direito empresta-lhe tanta força que seu descumprimento enseja, inclusive, prisão civil (art. 5º, LXVII, da Constituição).”⁸⁹

O Código Civil regula a questão sobre quem tem o dever de prestar os alimentos e sobre quem tem o direito de receber os mesmos, a partir de uma interpretação do art. 1.695.

Assim, necessário é que o juiz no momento da fixação do valor devido, faça a devida análise do binômio “necessidade - possibilidade”, ou seja, deverá verificar a real necessidade daquele que pleiteia e a verdadeira possibilidade daquele que deve prover.

Cumprido ressaltar que, conforme esclarecimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, encontramos uma doutrina mais moderna exaltando que além da necessidade da configuração do binômio acima apontado, existe um terceiro pressuposto, - evidentemente alterando-

⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. Op. cit., p. 371.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 372-373.



se a relação de binômio para trinômio -, que engloba a justa medida de duas circunstâncias fáticas, quais sejam, a razoabilidade ou a proporcionalidade.

Indubitável é, portanto, que não importa apenas a necessidade do credor e a possibilidade econômica do devedor, mas sim a conjugação dessas duas medidas de maneira adequada. Consoante os doutrinadores, a fixação de alimentos não é um “bilhete premiado de loteria” para o alimentado e nem uma “punição” para o alimentante, mas na verdade é uma justa composição entre a necessidade de quem requer e o recurso financeiro de quem tem o dever de pagar.⁹⁰

Maria Berenice Dias expõe que os alimentos são devidos em razão da origem da obrigação. Os pais têm o dever de sustentar os filhos, logo, a natureza jurídica dessa prestação é de poder familiar, uma vez que a própria Constituição Federal de 1988, no seu art. 229, impõe obrigações aos pais em relação aos filhos.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, os filhos têm a obrigação de amparar, através da prestação de alimentos, os pais na velhice, na carência e na enfermidade em decorrência do princípio da solidariedade entre os parentes em linha reta e colaterais (nesse caso, até o limite do quarto grau de parentesco). Já o encargo alimentar decorrente do casamento e da união estável tem origem no dever de mútua assistência que nasce durante o relacionamento e perdura mesmo depois do fim da união.⁹¹

Uma vez fixado o valor devido a título de alimentos, essa prestação pode sofrer alterações em razão da mudança da capacidade econômica daquele que provém os alimentos ou através de uma modificação da realidade daquele que os recebe como, por exemplo, um colégio mais caro, ou o ingresso em uma faculdade particular.

⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 683.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 459.



Em virtude a todas essas considerações, fica clara a necessidade da observância do requisito “relação de parentesco” para se configurar a possibilidade da fixação de alimentos.

Como se pode notar, entretanto, a nossa legislação em nenhum momento previu a prestação de alimentos no caso da posse de estado de filho, cabendo à doutrina e à jurisprudência a exposição sobre o assunto.

Encontramos julgados, portanto, prevendo essa possibilidade de prestação alimentícia apesar de toda a controvérsia que envolve a matéria.

Como fundamento lógico para tanto, nos casos de pais socioafetivos em relação aos seus filhos, contemplamos o pressuposto da igualdade constitucionalmente considerada entre os filhos. Conforme já foi anteriormente exposto, não existe mais qualquer discriminação em relação a filhos nascidos na constância do casamento ou fora, dos filhos adotados ou não. Ou seja, não importa mais para o nosso ordenamento a origem da filiação (art. 227, §6º da CRFB/88).

O art. 1.593 do CC/02⁹² que dispõe sobre a natureza do parentesco, ao usar a expressão “outra origem”, admitiu um conceito amplo de parentesco, surgindo a possibilidade, sem dúvidas, do reconhecimento da relação socioafetiva como inserida dentro dessa expressão. A filiação socioafetiva, decorrente da posse de estado de filho, portanto, surge a partir dessa brecha que a lei mencionou.

Corroborando como acima exposto, é possível apontar a possibilidade de prestação de alimentos decorrente desse tipo de filiação. Uma vez que é vedado qualquer tipo de discriminação entre filhos em razão da origem dessa relação paterno-filial, se um filho biológico tem direito aos alimentos, seria um ato discriminatório o impedimento desse filho afetivo em ter o seu direito de subsistência garantido.

⁹² Art. 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

Para fins de reforçar a hipótese dos alimentos, encontramos o Enunciado 341 do Conselho da Justiça Federal, que assim dispõe: “Art. 1.696. *Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar*”. Apesar dos enunciados não representarem uma regra ou uma norma, tratam-se de manifestações de pensamentos que servem de orientação para os interessados sobre as matérias que representam.

A jurisprudência também vem aceitando aos poucos tal instituto, no Rio Grande do Sul, como exemplo, existem diversas decisões no sentido da prestação de alimentos decorrente dessa filiação.

Assim, encontramos acórdãos no TJ/RS:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE **ALIMENTOS** E AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE NO REGISTRO CIVIL DO MENOR. EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PARA QUE SEJA POSSÍVEL A ANULAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DEVE SER DEMONSTRADO UM DOS VÍCIOS DO ATO JURÍDICO OU A AUSÊNCIA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ATO JURÍDICO E PELA RELAÇÃO **SOCIOAFETIVA** EXISTENTE ENTRE O MENOR E O PAI REGISTRAL. É CONSABIDO QUE, SEGUNDO O ARTIGO 1.694, §1º, DO CÓDIGO CIVIL, OS **ALIMENTOS** DEVEM SER FIXADOS EM CONFORMIDADE COM AS NECESSIDADES DO RECLAMANTE E OS RECURSOS DA PESSOA OBRIGADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70046812434, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 20/03/2013).”

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E EXONERAÇÃO DE **ALIMENTOS**. AUSÊNCIA DE PROVA DA OCORRÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. EXISTÊNCIA DE VÍCULO AFETIVO ENTRE O PAI REGISTRAL E A MENINA. PARENTALIDADE **SOCIOAFETIVA** CONFIGURADA NOS AUTOS. MANTIDO A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. I - Não é de se conhecer do agravo retido, na forma do parágrafo único do artigo 523 do CPC, quando o apelante não requereu, nas razões do recurso, a apreciação do agravo. II - Embora o laudo de investigação de paternidade tenha excluído o apelante como pai biológico da menor, o parecer social comprova a paternidade **socioafetiva**. III - Devem ser mantidos os **alimentos**, diante do dever de sustento dos genitores. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO, E DESPROVIDA A APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70045309119, Sétima Câmara Cível, Tribunal



de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/03/2012).”

No julgado apresentado a seguir, a Des. Maria Berenice Dias, após a investigação de paternidade ser concluída com a negativa da mesma em relação ao alimentante, - que seria o suposto pai da criança -, decidiu manter os alimentos fixados até que ficasse provado o vínculo da filiação socioafetiva ou não:

“EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C EXONERAÇÃO ALIMENTOS. MANUTENÇÃO DO PENSIONAMENTO. Embora ausente o vínculo biológico entre as partes, provado por exame de DNA, remanesce o dever de pensionamento à filha, à minguia de prova acerca da inexistência de filiação socioafetiva. Necessidades presumidas e crescentes da criança, a qual não pode ser privada in limine e inaudita altera pars dos alimentos. Quantum fixado é mínimo e o alimentante não demonstra impossibilidade de pagá-lo. NEGADO PROVIMENTO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº **70018751651**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007).”

Em decisão recente, o STJ⁹³ com a relatoria do Ministro Raul Araújo, apesar de não dar provimento ao Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, - em razão da incidência da Súmula 7 do STJ -, demonstrou a possibilidade da questão dos alimentos na filiação socioafetiva ser analisada pelo Tribunal Superior:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. ACÓRDÃO A QUO QUE ENFRENTOU OS TEMAS TRAZIDOS A DEBATE EM DECISÕES DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO POSTA NO APELO NOBRE QUE DEPENDE DE DISCUSSÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE SOCIOAFETIVIDADE NA RELAÇÃO ENTRE PAI E FILHO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste violação ao art. 535, II, do CPC no acórdão a quo, uma vez que as questões submetidas à Corte Estadual foram suficiente e adequadamente examinadas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível. Os aclaratórios apresentados na instância ordinária visavam à rediscussão de matéria já decidida, pretensão inadmissível nesse recurso de natureza integrativa.

⁹³ STJ, DJE, 24 de abril de 2013, AgRg no AREsp 244510 / RJ, rel. Min. Raul Araújo.

2. O acórdão a quo afirmou inexistir relação socioafetiva entre o pai registral e o ora agravado. A desconstituição dessas conclusões, como se pretende no apelo nobre, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inadmissível na estreita via do recurso especial, consoante o enunciado da Súmula 7/STJ. **A pretensão posta no apelo nobre requer o exame da existência de relação socioafetiva entre o agravado e o pai registral, para, em seguida, analisar as alegações jurídicas quanto à subsistência do dever do ora agravante de prestar os alimentos ao ora agravado.**

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (grifo nosso)

Regina Beatriz Tavares da Silva⁹⁴ traz uma importante reflexão quanto à filiação socioafetiva e a possibilidade de fixação de alimentos. Segundo a autora, a análise da relação afetiva deve ser feita da forma mais minuciosa possível a fim de evitar a banalização do instituto baseado no afeto.

No caso de padrasto, por exemplo, apenas pelo fato de que ele tratou bem o filho da esposa, que proporcionou bons momentos, - mesmo que financeiramente falando -, e não teve a função de substituir o pai biológico, não é admissível que ele seja obrigado a prestar alimentos ao enteado após o fim do relacionamento com a mãe. Segundo a autora, poderia representar comodismo para mãe e pai biológicos, no sentido de menos trabalho e talvez melhores recursos econômicos, obrigar esse padrasto a prover o que é da obrigação deles, pais biológicos da criança.

Diferentemente seria, conforme exemplo dado pela referida autora, o caso da criança criada por uma mãe desde o nascimento, mas que manteve a maternidade biológica da mãe consanguínea falecida no parto. Trata-se de uma maternidade socioafetiva, uma vez que essa criança foi criada desde o nascimento como filho dessa mãe por afetividade.

Com essa linha de pensamento, a autora demonstra a sua opinião em relação à decisão pioneira proferida pela 1ª Vara de Família da Comarca de São José do Estado de Santa Catarina que fixou o dever de alimentos pelo

⁹⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Obrigação de alimentar decorrente de paternidade socioafetiva: posição contrária*. Disponível em <<http://www.cartafortense.com.br>>. Acesso em 08 de maio de 2013.

padrasto em favor da enteada, por força de um vínculo perdurado por mais de dez anos.⁹⁵

Não há dúvidas que esse tipo de decisão envolva uma grande controvérsia no tocante aos doutrinadores.

É muito mais fácil imaginar os alimentos devidos aos filhos nos casos de adoção simples, adoção à brasileira e nos outros casos, do que na situação de relacionamento entre enteados e padrastos.

Por conta disso, deve-se analisar o caso concreto para poder verificar se realmente houve a configuração da posse de estado de filho. De uma maneira mais prática, a análise deve ocorrer no entorno da vontade desse padrasto em ser o pai da criança, e no desejo desse filho em considerar o marido da mãe como o seu pai. O simples fato do casamento entre a mãe e o padrasto, por si só, não deve ser indício da relação baseada na afetividade para fins de alimentos. Deve haver, sobretudo, amor, carinho, afeto de maneira mútua entre os familiares.

Apesar de ser um entendimento minoritário, acredito que é possível essa prestação de alimentos pelo padrasto, desde que presente verdadeiramente a filiação socioafetiva e desde que outros parentes próximos, como o pai biológico, não tenham condições suficientes de garantir a subsistência dessa criança. A ideia, de uma maneira geral, é que uma criança ou adolescente não podem ficar desprotegidos, sem amparo financeiro, na medida em que isso desrespeitaria todos os preceitos constitucionais de apoio aos menores.

⁹⁵ “a relação afetiva restou demonstrada, posto que é o requerido quem representa a adolescente junto à instituição de ensino que a mesma estuda. Ademais, o requerido declarou ser a dependente, além de arcar com o custeio de sua viagem aos Estados Unidos. Não há nos autos notícia acerca de eventual contribuição financeira percebida pela adolescente de seu pai biológico. Contudo, mesmo que a menor receba tal auxílio, nada impede que pelo elo afetivo existente entre ela e o requerido, este continue a contribuir financeiramente para as suas necessidades básicas. Portanto, primando pela proteção integral da menor e com base na relação de afetividade existente entre a adolescente e o requerido, defiro os alimentos provisórios pleiteados” (TJ/SC, processo em segredo de justiça, Comarca de São José, 1ª Vara de Família). Trecho do acórdão retirado da obra: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5ª. Ed. Bahia: JusPODIVM, 2013. p. 628.

Ora, se o escopo dos alimentos é garantir a dignidade das pessoas que os necessitam, como excluir os filhos socioafetivos desse enquadramento? A lógica de serem tratados como filhos biológicos é para lhes garantir todo e qualquer direito desde que possível. Eles não podem e não devem ser marginalizados no tocante ao direito dos alimentos.

Cumprir observar, portanto, que não existem regras absolutas no caso da filiação socioafetiva, de modo que cada situação deve ser analisada diante das circunstâncias apresentadas.

Para finalizar essa questão toda, encontramos a posição de Maria Berenice Dias, alegando que a concepção gera o dever de alimentar, logo, os alimentos devidos pelo pai socioafetivo podem ser afastados diante da situação financeira do mesmo em relação ao pai biológico, conforme o entendimento abaixo apontado:

“Como vem, cada vez mais, sendo prestigiada a **filiação socioafetiva** – que, inclusive, prevalece sobre o vínculo jurídico e o genético –, essa mudança também se reflete no dever de prestar alimentos. Assim, deve alimentar quem desempenha as funções parentais. No entanto, sob o fundamento de que a responsabilidade alimentar antecede o reconhecimento civil ou judicial da paternidade, moderna corrente doutrinária – sob o nome de **paternidade alimentar** – sustenta que a concepção gera o dever de prestar alimentos, ainda que o pai biológico não saiba da existência do filho nem de seu nascimento e mesmo que a paternidade tenha sido assumida por terceiros. Daí ser de todo defensável a possibilidade de serem reivindicados alimentos do genitor biológico, diante da impossibilidade econômico-financeira, ou seja, diante da menor capacidade alimentar do genitor socioafetivo, que não está em condições de cumprir satisfatoriamente com a real necessidade alimentar do filho que acolheu por afeição, em que o pai socioafetivo tem amor, mas não tem dinheiro.”⁹⁶

2.5. Direitos sucessórios

Os direitos patrimoniais decorrentes da filiação socioafetiva seguem o mesmo raciocínio do instituto da prestação de alimentos resultante desse tipo de relação. Como há uma vedação expressa na CRFB/88 em relação a atos de discriminação dos filhos em razão da origem da filiação, da mesma

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 477-478.



maneira todos os filhos, inclusive os afetivos, têm direitos sucessórios em relação aos pais.

Uma vez estabelecida a igualdade entre os filhos, encontramos a necessidade de adaptação da legislação a fim de ter a possibilidade de resolver os conflitos, principalmente na esfera patrimonial, ou seja, em razão dos direitos sucessórios, decorrentes do predomínio da filiação socioafetiva sob a verdade biológica.

Em conformidade com a fundamentação do direito aos alimentos, o art. 1.593 do CC/02 abriu a possibilidade do parentesco resultar de outra origem que não a partir dos laços sanguíneos, portanto, doutrina e jurisprudência evidenciam a filiação socioafetiva dentro desse contexto.

Com relação à adoção, não existem maiores dúvidas quanto à questão patrimonial, uma vez que o instituto da adoção rompe com qualquer vínculo do filho em relação aos pais e parentes biológicos.

Em virtude disso, na filiação decorrente da adoção propriamente dita e da “adoção à brasileira”, não há o que se falar na possibilidade de retorno à filiação biológica após a morte do pai adotivo, ficando os pais biológicos completamente afastados da herança.⁹⁷

Aceitável, logo, o ajuizamento de demanda declaratória de paternidade ou maternidade socioafetiva, para comprovar a posse de estado de filho e garantir todos os efeitos da filiação, inclusive os direitos sucessórios. Caso isso não fosse assim entendido, haveria uma aversão ao tratamento igualitário entre os filhos.

Assim como no caso dos alimentos provenientes desse tipo de filiação, para fins de direitos sucessórios, deve-se analisar cada caso concreto para se configurar a plenitude da posse de estado de filho a fim de não serem concretizadas injustiças em relação ao próprio filho afetivo ou em relação a outros parentes. Esse tipo de filiação não pode se basear em

⁹⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 483.

meros indícios ou presunções, deve haver um real e verdadeiro relacionamento baseado no afeto.

Muito bem explicitada essa ponderação e a necessidade de uma repercussão social, conforme Heloisa Helena Barboza que diz ser indispensável a ponderação dos interesses de todos os envolvidos e, também, a análise da questão deve levar em consideração “não só os laços afetivos, mas, principalmente, as repercussões sociais (*sócio*) geradas por esses laços (*afetividade*)”.⁹⁸

É de ser revelado que, entretanto, ao passo que autores defendem a paternidade alimentar, conforme no item acima exposto nas palavras de Maria Berenice Dias, no que tange a possibilidade de alimentos por parte dos pais biológicos em detrimento da relação socioafetiva anteriormente constituída, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁹⁹, - que não concordam com essa tese a não ser em casos absolutamente extraordinários¹⁰⁰ -, destacam outra perspectiva quanto aos direitos sucessórios.

Alegam tais autores que no tocante ao direito sucessório, não seria cabível o seu reconhecimento em relação ao genitor biológico em detrimento da relação socioafetiva em hipótese nenhuma, uma vez que isso romperia a igualdade constitucionalmente assegurada aos filhos, ao permitir, por via indireta, que uma pessoa pudesse suceder duas vezes.

⁹⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Op.cit., p. 25.

⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Op. cit., p. 697.

¹⁰⁰ Para argumentar esse posicionamento, os autores admitem esse caráter excepcional da paternidade alimentar, com a intenção de impedir que venha a ameaçar a dignidade do filho, nesse sentido: “Ou seja, não parece possível cobrar alimentos do pai biológico (*rectius*, genitor) pelo simples fato de ter uma capacidade contributiva melhor do que o *pai* (afetivo). Somente em casos excepcionais, quando visivelmente o pai não tiver condições de prestar os alimentos e *desde que não possam ser pleiteados de outra pessoa da família socioafetiva* (os avós afetivos, por exemplo) é que entendemos cabível a tese da paternidade alimentar. Fora disso, não parece razoável, até porque estaria implicando em enfraquecimento da filiação sócio-afetiva, não rompendo, em definitivo, os vínculos genéticos.” Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Op. cit., p. 697.

Entretanto, ressaltam ser sempre possível ao filho afetivo ajuizar uma ação de investigação de origem genética a qualquer tempo, para ver reconhecida a sua ancestralidade, sem que isso gere qualquer efeito patrimonial. Segundo os autores, é dizer: “terá o direito da personalidade de reconhecer a sua origem genética, (...). Terá direito à determinação judicial do seu *genitor*, sem que isso afete a sua relação com o seu *pai*”.¹⁰¹

Uma questão muito interessante que Rolf Madaleno¹⁰² assinala é em relação ao pedido de desconstituição da filiação socioafetiva em razão dos direitos sucessórios do pai biológico.

Aponta o autor sobre se é ético ou não desconstituir essa relação baseada no afeto construída durante anos com o genitor registral que sabia não ser seu filho biológico, sob a tardia alegação do registro de nascimento ser ideologicamente falso, para assim prevalecer um reconhecimento da relação biológica com um pai que nunca conviveu e nunca conviverá por estar falecido.

Em suma, afastadas todas as questões técnicas e processuais referentes à decadência entre outras coisas, importa trazer à discussão o exame ético e jurídico da filiação afetiva:

“Interesse e legitimidade são pressupostos indissociáveis, premissas inafastáveis à prestação jurisdicional, porque pode haver o interesse econômico e, no entanto, estar afastado o interesse moral na ação de desconstituição da paternidade socioafetiva de longa duração, cuja convivência em se movimentar judicialmente para buscar um *segundo pai*, falecido, está tão só no propósito de retirar os efeitos econômicos do vínculo parental, tendo em conta ser totalmente inviável qualquer outra interação, nunca exercida e tampouco procurada, não obstante o investigador há muito tempo soubesse da existência de seu pai biológico.”¹⁰³

Segundo o autor, portanto, razões éticas orientam para o afastamento desse reconhecimento de filiação biológica com efeitos primordialmente

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Op. cit., p. 697-698.

¹⁰² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Op. cit., p. 480.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 481.



patrimoniais quando da existência da filiação socioafetiva, dentre as quais assim enumera o referido doutrinador:

“[...] a uma, porque o tardio vínculo biológico não deve prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar, obra de intensa relação socioafetiva, erguida pelo afeto desenvolvido ao longo dos anos entre pai e filho registrais; a duas, porque negar esse precioso e puro elo de vínculos originados do afeto apenas por dinheiro os bens materiais seria desconsiderar a nova ordem jurídica da dignificação da pessoa justamente em detrimento da matéria; a três, porque o filho socioafetivo, ao investigar a sua ascendência genética depois da morte do pai biológico, geralmente está desconstituindo a sua ascendência registral e socioafetiva, por vezes de pai registral já falecido, habilitando-se então em duas heranças, de dois pais, o registral, socioafetivo e o biológico, de quem a busca a compensação econômica; e a quatro, porque na ponderação dos valores deverá, e sempre, prevalecer como *princípio* do sistema jurídico brasileiro o respeito constitucional à dignidade da pessoa humana e digno será preservar os vínculos nascidos do amor.”¹⁰⁴

Oportuno tornar-se dizer, novamente, que configurada a posse de estado de filho, a esse relacionamento entre pais e filhos devem ser aplicados todos os direitos e deveres plenamente garantidos pelo direito brasileiro.

Na medida em que foi o pai, por exemplo, afetivo que ajudou na construção da identidade, do caráter e da personalidade do filho, não seria razoável excluir o mesmo do direito sucessório nascido a partir desse elo baseado no afeto.

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Op. cit., p. 482.

Capítulo 3

Das discussões sobre a revogabilidade da filiação socioafetiva

3.1. Noções gerais

Considerações acerca da filiação socioafetiva foram abordadas durante o presente trabalho, entretanto, sobre o tema da revogabilidade que a envolve, poucas explicações foram apontadas. Dessa maneira, compreende-se ser imprescindível o presente capítulo a fim de reforçar teses que foram anteriormente explicitadas e expor mais informações essenciais sobre o tema em questão.

O instituto da filiação socioafetiva é cada vez mais presente em nossa sociedade e cada vez mais estudado e analisado pelo direito de uma maneira geral. Como forma de corroborar com tal amplitude de situações que abarcam essa relação sociológica, recentemente o STF¹⁰⁵ reconheceu a

¹⁰⁵ A discussão chegou ao STF por meio do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 692186, interposto contra decisão do STJ que não admitiu a remessa do Recurso Extraordinário para a Suprema Corte. No caso em questão, foi pedida a anulação de registro de nascimento feito pelos avós paternos, que o fizeram como se pais realmente fossem, e o reconhecimento da paternidade do pai biológico. No julgamento em primeira instância, a ação foi julgada procedente, decisão essa mantida em segunda instância e também pelo STJ. Foi interposto, portanto, um recurso para o STF

repercussão geral sobre o tema que envolve a prevalência ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica.

Em diversas oportunidades o conceito de filiação socioafetiva foi explicitado. O elo afetivo, ressalta-se, não decorre do nascimento como critério de parentesco, mas sim a partir da manifestação de vontade e do desejo construído ao longo dos anos, com base no tratamento recíproco entre pais e filhos de modo a ser possível o afastamento da verdade biológica e as presunções que poderiam nortear tal relação, em favor do relacionamento baseado no afeto.

Para substanciar a filiação socioafetiva no tocante à Carta Magna, encontramos nas palavras do Desembargador Antônio Carlos Mathias Coltro, uma melhor explicação sobre a essência da nossa Constituição, o que nos remete aos pressupostos de aceitação para esse modelo de relação:

“Nem poderia ser diferente, em uma Constituição cujo preâmbulo alude ao exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, segurança, ao bem-estar e desenvolvimento, à igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade **fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e cujo art. 1º afirma, dentre outros, serem **fundamentos republicanos**, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, dispondo o art. 3º, como um dos objetivos fundamentais da República, a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, acentuando o art. 226, § 7º, como direito fundamental disperso e alicerçado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, ser o planejamento familiar livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas, sem olvidar, no art. 227, e na mesma condição, ser 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 (...), além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”¹⁰⁶

Ainda segundo o referido autor, com a promulgação da CRFB/88, foi possível levar em consideração, no âmbito do direito de família, sobre o

no qual os herdeiros do pai biológico alegaram que a decisão do STJ, dando preferência à relação biológica em detrimento da socioafetiva, afrontava o art. 226 da CRFB/88.

Disponível em < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 de maio de 2013.

¹⁰⁶ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *O fundamento constitucional da filiação socioafetiva*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 32, n. 117, p. 8, out., 2012.

quanto de destaque foi conferido à instituição familiar, seja no aspecto legislativo, seja no judicial e, especialmente, no que diz respeito à filiação decorrente da socioafetividade, que sem maiores dúvidas possui um viés constitucional.¹⁰⁷

Muitas vezes pode haver o conflito entre a filiação socioafetiva e a biológica. Sobre isso, por exemplo, podemos encontrar situações em que uma criança foi registrada de acordo com o procedimento envolvendo a “adoção à brasileira” e em certo momento de sua vida resolve desvendar a sua verdade genética para fins patrimoniais, desconsiderando a relação afetiva perdurada durante toda a sua vida.

Sobre isso, fica clara a necessidade da análise da situação meticulosamente. Um filho nascido biologicamente de seus pais pode ter advindo de um “descuido”, de um “fato isolado”, ao passo que o elo afetivo, em razão da vontade e do desejo que norteiam a relação, pode ser muito mais importante e verdadeiro em razão da dinâmica que envolve o relacionamento.

Insta salientar o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo sobre a importância da relação afetiva, - que em seu texto é especificado através da paternidade socioafetiva -, quanto a sua natureza no direito de família. Segundo o referido autor, essa espécie de paternidade não é acrescida, excepcional ou supletiva da paternidade biológica. Assim, toda a paternidade na verdade é socioafetiva independentemente da origem, podendo ocorrer ou não concomitantemente a relação biológica entre pais e filhos.¹⁰⁸

Seguem as palavras do doutrinador:

“Sua complexidade radica no fato de não ser um simples dado da natureza, mas uma construção jurídica que leva em conta vários fatores sociais e afetivos

¹⁰⁷ Ibid., p. 11.

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ*. p. 2. Revista JusNavigandi. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 01 de junho de 2013.

reconfigurados como direitos e deveres. Superou-se a equação simplista entre origem genética, de um lado, e deveres alimentares e participação hereditária, de outro. A paternidade é múnus assumido voluntariamente ou imposto por lei no interesse da formação integral da criança e do adolescente e que se consolida na convivência familiar duradoura.”¹⁰⁹

No decorrer do Capítulo 1 do presente trabalho, analisamos os tipos de filiações que podemos encontrar nos núcleos familiares, independentemente do elo sanguíneo que se constate. Através da prova da filiação, ou seja, da configuração da posse de estado de filho, é possível compreender a relação afetiva e as naturais consequências jurídicas que dela decorrem.

Sobre a posse de estado de filho, existem os três requisitos analisados no tópico pertinente sobre o assunto que, entretanto, não devem ser apreciados com excessivo formalismo e rigidez, uma vez que a finalidade é delinear o exercício fático, por exemplo, da paternidade, o que é realmente relevante para o melhor interesse da criança.¹¹⁰

Partindo desse esclarecimento, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior faz a seguinte indagação: no caso do desaparecimento posterior desses elementos da base fática, ou seja, com o fim da convivência, do afeto, cessando a relação paterno-filial, como permanece a função do direito de família? Assim, depois da construção da filiação socioafetiva e com a alteração das condições fáticas que possibilitaram a existência dessa relação, é possível a revogação desse instituto face ao direito?¹¹¹

Como as relações familiares são extremamente complexas uma vez que representam a interação entre seres humanos inseridos em um mesmo núcleo de convivência, não restam dúvidas de que conflitos podem vir a surgir entre os membros. Dessa forma, não diferentemente encontramos situações envolvendo pais e filhos, o que no caso de uma relação

¹⁰⁹ Ibid., p. 2.

¹¹⁰ JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.8, n.39, p. 67, dez./janeiro, 2007.

¹¹¹ Ibid., p. 68.



socioafetiva, diversos problemas podem vir a eclodir, como a possibilidade ou não da desconstituição dessa filiação.

Certo é que o afeto¹¹² decorre de uma liberalidade que envolve pais e filhos no que tange aos sentimentos recíprocos. Ninguém pode ser obrigado a amar outra pessoa, mas quando isso ocorre por livre e espontânea vontade, consequências práticas surgem.

Com base em todas essas noções expostas, se apresenta importante mencionar sobre o valor jurídico do afeto e o envolvimento do direito da personalidade nas relações de filiação. Além disso, essencial se torna a discussão sobre a revogabilidade do relacionamento socioafetivo, temas esses que serão analisados nos itens que se seguem.

3.2. O valor jurídico do afeto e o direito da personalidade

Se em um sistema jurídico anterior havia prevalência da defesa dos direitos patrimoniais como um todo, a nova ordem jurídica atende amplamente o princípio da dignidade da pessoa humana e os alcances que ele propõe. O homem deve ter seus direitos respeitados como uma pessoa humana, e não mais apenas o seu patrimônio deve ser defendido.

Nesse caminho de discussão, o afeto adquire tamanha importância nas relações atuais que o direito de família não pode esquecê-lo, na medida em que os tribunais vêm baseando as suas decisões levando em consideração esse princípio ou sentimento que decorre de valores muito maiores.

Luiz Edson Fachin afirma que a Constituição de 1988 dispõe sobre a vedação do tratamento discriminatório entre os filhos, levando em

¹¹² No momento do presente trabalho, se mostra oportuno ressaltar o conceito da palavra afeto: “A palavra *afeto* provém do latim *affectus*, que se origina da justaposição dos termos latinos *ad* (para) e *fectum* (feito), que significa “feito um para o outro”, estado ou disposição do espírito, sentimento, afeição, paixão, ternura de uma pessoa para outra.” Cf. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 105.



consideração princípios da igualdade e da inocência, surgindo para consolidar o afeto como o elemento de maior relevância no que diz respeito à definição de uma paternidade.¹¹³

O autor continua sua argumentação discorrendo sobre o importante fato da jurisprudência brasileira admitir o valor jurídico do afeto. Os tribunais, portanto, reconhecem uma circunstância que se coloca como alicerce das relações familiares. Ressalta que não restam dúvidas sobre a importância da verdade biológica da filiação, porém, o que determina a relação entre pais e filhos, - e em razão disso faz com que assim sejam chamados -, é mais abrangente do que a carga genética que os une:

“[...] diz respeito às relações concretas entre eles, o carinho dispensado, o tratamento afetuoso, a vontade paterna em se projetar em outra pessoa, a quem reconhece como filho, não só em virtude do sangue, mas em virtude do afeto, construído nas relações intersubjetivas concretas.”¹¹⁴

Ainda em se referindo ao pressuposto do real valor jurídico, Rolf Madaleno nos relembra que o mesmo deve estar na verdade afetiva e jamais alimentada na ascendência genética:

“[...] porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação.”¹¹⁵

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior ressalta a consequência do reconhecimento por parte do direito da relação fática de paternidade baseada no afeto e no serviço. Veja-se:

“Temos que esta é a constituição plena da relação de filiação. Quando ocorre a concretização, no mundo dos fatos, dos elementos integrativos do suporte fático da paternidade socioafetiva, gerada está a relação complexa de filiação, com a

¹¹³ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 22.

¹¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 23.

¹¹⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Op. cit., p. 472.



vinculação do filho aos pais, a instalação dos respectivos poderes-deveres inerentes à autoridade parental e todos os demais efeitos típicos da parentalidade.”¹¹⁶

Ainda sobre as indagações feitas no fim do item anterior, - sobre uma possível desconstituição da relação afetiva -, o mencionado autor articula dizendo que a resposta mais óbvia seria no sentido do obstáculo de uma relação de filiação amplamente configurada. Entretanto, segundo ele, essa situação não é convincente para impossibilitar a revogação desse tipo de filiação.

No entendimento do autor, a resposta aparenta estar nos reflexos que a formação da posse de estado de filho representa na personalidade do filho, “formatando-a e dando-lhe uma identidade própria tutelada em sede de direitos de personalidade”.¹¹⁷

Sob o paradigma do direito da personalidade, compreendemos que a construção de um laço paterno-filial, - que no caso da relação afetiva se estrutura ao longo dos anos -, se reflete na identidade tanto de um pai como de um filho.

O caráter, a imagem e o perfil dos membros da família se desenvolvem a partir da relação que os mantém unidos. Da mesma maneira isso se mostra pertinente, como visto anteriormente, no que tange ao direito à ascendência genética, que não apenas pode colaborar, como na verdade pode ser essencial para o desenvolvimento da personalidade do filho.

Nesse sentido, os filhos são os mais afetados pelas transformações familiares uma vez que são eles que estão em desenvolvimento físico e psíquico, sendo certo que tais alterações nas estruturas familiares, como a revogação da filiação com o pai ou a mãe, podem ser prejudiciais para a personalidade dos mesmos.

¹¹⁶ JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. Op. cit., p. 68.

¹¹⁷ Ibid., p. 69.

Importante ressaltar que o art. 27 do ECA¹¹⁸ prevê o direito personalíssimo do reconhecimento do estado de filiação. Não obstante a isso, entendemos que tal disposição não deve ser usada como forma de desconstituir uma filiação já perdurada, mas sim para reconhecer o direito do filho em buscar a sua identidade genética.

É de ser revelado, segundo o autor Renato Maia, que esse dispositivo veio a assegurar, além de outros, também o princípio constitucional da isonomia dos filhos. Veja-se:

“A igualdade constitucional da filiação (art. 227, §6o da Constituição Federal) considerou o estabelecimento da filiação um *direito* de todo filho, seja ele legítimo, espúrio ou natural, possibilitando a toda criança conhecer sua origem e crescer em um ambiente familiar. Teoria comprovada através dos tribunais que têm entendido que os filhos podem a qualquer tempo, pleitear a paternidade que imputam a alguém, derrubando qualquer presunção e até mesmo o registro público de nascimento. (Resp. n. 4.987 – RJ – 4ª turma – STJ).”¹¹⁹

O doutrinador acima mencionado continua sua explanação sobre o direito personalíssimo que envolve o reconhecimento da filiação:

“A expressão “personalíssimo”, além de significar a individualidade no que tange a sua legitimidade, também, sob outro prisma, indica que a filiação é um direito

¹¹⁸ Sobre o artigo em questão, merece expor a indagação feita por Maria Berenice Dias no que concerne ao prazo decadencial de quatro anos, a partir da maioridade, para um filho impugnar o seu reconhecimento (art. 1.614 do CC). Segundo a autora, esse é um dos dispositivos que mais gera polêmica em sede doutrinária levando a decisões desiguais nos tribunais pátrios. Veja-se: “Nitidamente, a limitação temporal – quatro anos – entra em rota de colisão com o que dispõe o art. 27 (...). O fato de ter havido o **reconhecimento voluntário** da paternidade não pode afetar o direito de investigação da verdade biológica. Não cabe manutenção da distinção que sustenta boa parte da doutrina e consegue adeptos nos tribunais. Não há por que limitar o direito de investigar a paternidade ao exíguo **prazo** da impugnação da filiação. Modernamente, não se pode admitir prazo para uma ação que é tão **imprescritível** quanto o é a negatória de paternidade (CC 1.601). O lapso decadencial não se amolda ao novo direito de filiação e não pode subsistir.” Cf. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 348-349. Diferentemente indagam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que alegam não haver conflito entre tal artigo e o prazo de quatro anos: “Essa possibilidade de impugnar o reconhecimento feito pelo pai, no prazo de quatro anos, não conflita com a regra do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece a imprescritibilidade do direito ao reconhecimento forçado da paternidade. Ou seja, não há prazo para que um filho procure obter o seu reconhecimento filiatório. Mas, há prazo decadencial para impugnar o ato pelo qual foi reconhecida a sua ancestralidade.” Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Op. cit., p. 708.

¹¹⁹ MAIA, Renato. *Filiação Paternal e seus efeitos*. 1ª. Ed. São Paulo: SRS Editora, 2008, p.57.



diretamente vinculado à personalidade jurídica de seu detentor ou melhor dizendo, do filho.

A capacidade do homem (pessoa natural), como sujeito apto a adquirir direitos e assumir obrigações, para satisfazer suas necessidades nas relações sociais lhe é outorgada pela sua personalidade jurídica, a qual adquire com o nascimento com vida.

A personalidade é o conjunto de caracteres próprios da pessoa. Sem se consubstanciar em um direito, é ela que apoia os direitos e deveres que dela nascem. (...) Os direitos da personalidade são direitos da existência.”¹²⁰

Indubitável é, portanto, que qualquer discussão sobre a revogabilidade de uma filiação socioafetiva também deve ser analisada à luz dessas questões indagadas, ou seja, levando-se em consideração o valor jurídico do afeto e as consequências que essa possibilidade de desconstituição pode acarretar ao direito da personalidade de um filho. Além disso, outros pontos se mostram pertinentes sobre o assunto, e é o que se apresenta no item que segue o presente trabalho.

3.3. Da análise das discussões

Dentre os modelos de filiação existentes, em alguns encontramos regulamentação, como a adoção e a inseminação artificial que possuem a Resolução do Conselho Federal de Medicina, e por isso não geram muitas dúvidas quanto à existência jurídica do afeto nesses vínculos. Doutrina e jurisprudência, assim sendo, já consolidaram o entendimento sobre a impossibilidade de desconstituição dessas relações.

Em contrapartida, existem laços baseados no afeto que não são regularizados pelos institutos jurídicos, na medida em que surgem com a convivência, em meio às ligações de amor, carinho e afeto. Entretanto, não podem ser desprezadas as suas ocorrências na sociedade e nem no âmbito do direito, sendo certo que para serem plenamente configuradas, deve ser provada a posse de estado de filho.

¹²⁰ Ibid., p. 57-58.



Revela dizer que, em relação a essas situações, encontramos discussões sobre a possibilidade de revogação uma vez que é preciso configurar a situação fática que deu ensejo a esses relacionamentos, o que pode levar a diversas incertezas. Para tanto, o afeto, o direito da personalidade e o melhor interesse da criança e do adolescente são essenciais para a análise das discussões.

A proteção da criança e do adolescente está plenamente prevista em diversos dispositivos, tanto constitucionais como infraconstitucionais. O art. 1º do ECA, por exemplo, exalta a incidência dos princípios da proteção integral à criança e ao adolescente. O art. 6º da mesma lei, referenda que na interpretação dessa legislação, deve-se levar em consideração, além de outras situações, a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Já o art. 15 dispõe que sobre os direitos das crianças e dos adolescentes como pessoas humanas em processo de desenvolvimento.¹²¹

Com base nessas considerações feitas a partir do desígnio do Estatuto da Criança e do Adolescente, é de fácil percepção o interesse do legislador atualmente em proteger integralmente o menor e lhe garantir todos os direitos que a Constituição de 1988 possibilita e assegura.

O registro de nascimento, na seara das discussões, pode ser realizado por livre e espontânea vontade, no sentido do declarante saber que o filho nascido não é biologicamente seu. Ainda sim, dispõe conscientemente a sua vontade e resolve por registrar o filho com o seu nome e com a sua paternidade.

Nessas situações, apesar de julgados em sentido contrário, como abaixo podemos verificar, doutrina e jurisprudência ponderam em favor da

¹²¹ WELTER, Pedro Belmiro. Op. cit., p. 137-138.

irrevogabilidade dessa filiação, inclusive com decisões no âmbito do STJ¹²², uma vez que a filiação socioafetiva está plenamente configurada.

Além disso, como fundamento para essa não desconstituição, preceitua na doutrina a autora Rose Melo Vencelau, que no caso da falsidade do registro feita pelo pai que registrou a criança, se deve aplicar a vedação ao *venire contra factum proprium*. Trata-se do princípio que impõe que a ninguém é permitido agir contra seus próprios atos. Portanto, segue a explicação da mesma:

“Caracteriza-se pela existência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, sendo que o segundo é contrário ao primeiro. Se o comportamento contraditório provoca danos em virtude da expectativa ou da aparência jurídica que o primeiro causou, não poderá ser tutelado. Preserva-se, assim, o comportamento anterior.

(...)

Mais evidente se apresenta para restringir o exercício do direito do perfilhante de impugnar o registro inverídico, se ele sabia que não era o pai biológico do perfilhado no momento do reconhecimento.”¹²³

Nesse sentido, não deve haver procedência do pedido de um pai para desconstituir a filiação quando sabia que o filho não era seu. Mesmo que o registro não retrate a realidade biológica, essa falsidade do mesmo não legitima esse pai registral, que compactuou com a mesma, a agir contra os seus próprios atos.¹²⁴

A título de exemplo de como pode haver controvérsia no tema da desconstituição da filiação socioafetiva, merece apontar o julgamento de uma apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.¹²⁵

¹²² “EMENTA: RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.”

STJ, DJE, 04 de agosto de 2009, REsp 1088157 / PB, rel. Min. Massami Uyeda.

¹²³ VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 202.

¹²⁴ VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 205-206.

¹²⁵ “EMENTA: PATERNIDADE - ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO DO MENOR - HIPÓTESES - ACOLHIMENTO. - A anulação de registro civil por pessoa (que não é o pai biológico) merece exame pelo que se chama de ato consciente e livre.” (Apelação Cível nº

No caso em questão, um homem que começou a namorar uma mulher grávida, sabendo que o bebê não era seu, resolveu reconhecer a paternidade e o registrou como filho. Nesse sentido, o desembargador relator Francisco Figueiredo argumenta a sua decisão dizendo que sempre entendeu que um ato voluntário de reconhecimento deveria ser mantido, uma vez que é da responsabilidade da pessoa a prática do mesmo.

Não obstante a isso, pondera que três condições devem ser analisadas antes de configurar essa impossibilidade de desconstituição. A primeira tem relação com a questão volitiva e emocional do ato tido por “consciente”. Segundo o desembargador, isso significa que o homem ao registrar a criança assim o faz para conquistar a mulher amada, ou seja, o reconhecimento é para o agrado da mãe da criança, ao passo que o filho propriamente dito é apenas a consequência desse sentimento.

A segunda questão é em relação à criança envolvida. Diz o julgador que entende-se não poder haver a revogação dessa paternidade, pois como o ato foi consciente e sem vício, o filho teria direito às consequências patrimoniais, como alimentos e herança. Considera, entretanto, que o sentimento pela mulher amada também pode ser considerado um vício para a prática do ato e, além disso, ressalta que caso assim se entendesse, a mulher também deveria ser responsabilizada, pois compactou com o marido ou companheiro para registrar a criança.

Por fim, como terceira condição, alega a questão jurídica do ato de vontade que teria sido expresso sem qualquer tipo de vício, como acima analisado. Segundo o relator, o sentimento de amor pela mulher seria um vício que acabou resultando em seu consentimento.



Assim, o julgador reitera a falta da verdade real dessa relação de filiação. Para ele, uma criança não merece ter um pai que a renega, que não a quer como sua.¹²⁶

Revela-se dizer, entretanto, que não convém concordar com essa posição do desembargador e tampouco com a decisão desse julgado.

Em decisão comentada sobre o acórdão acima exposto, Leila Maria Torraca de Brito diz concordar com o referido desembargador que o tema sobre os critérios que devem definir a filiação não é pacífico. Segundo ela, existem decisões judiciais que determinam a paternidade por meio do critério biológico e aceitam a desconstituição dessa filiação sob os argumentos da necessidade de busca da verdade real, que os registros de nascimentos devem retratar a verdade genética e em razão das modernas técnicas que aferem a paternidade com grande precisão, como o exame do DNA. Assim, compreende-se o entendimento:

“Com esta visão equipara-se o reconhecimento jurídico da paternidade à origem genética, admitindo-se nos pronunciamentos jurisprudenciais que quando não há essa equivalência existiria erro ou falsidade no registro, além de se considerar irrelevante ter havido reconhecimento por vontade própria de quem registrou a criança.”¹²⁷

Por outro lado, afirma a autora, encontramos outras decisões em que o entendimento é no sentido de que o reconhecimento jurídico da paternidade não deve ser feito levando em consideração a genética envolvida, sendo que os argumentos utilizados são em razão da comprovação da posse de estado de filho, a definição do parentesco pela verdade social e a análise da presença ou não da paternidade socioafetiva.

Ocorre que, conforme a própria autora reitera, existem consequências jurídicas ao laço da filiação constituída, uma vez que é

¹²⁶ Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 01 de junho de 2013.

¹²⁷ BRITO, Leila Maria Torraca de. *Paternidade socioafetiva e anulação de registro civil*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 4, p. 116, jun./julho, 2008.

atribuído um nome de família a uma criança, o que vai determinar também a formação da identidade da mesma. Veja-se:

“Compreende-se que a filiação não deve ser entendida como eletiva, bem como famílias não podem inventar sistemas de parentescos, sendo indicado observar a responsabilidade do Estado quanto à preservação dos vínculos de filiação. Regras de parentesco são de ordem pública, sendo contra-indicado que haja incertezas quando aos critérios que a definem (...).

Observa-se, portanto, que tanto as disposições legais como as interpretações dispostas nos julgamentos podem trazer repercussões ao exercício e à definição da paternidade, sendo que muitos processos judiciais podem acarretar o que alguns estudiosos qualificam como violências contra a criança (George, 1998), apesar das boas intenções expressas como justificativas.”¹²⁸

O que se compreende da referida decisão, é que o desembargador relator em nenhum momento cogitou sobre as possíveis consequências que tal desconstituição acarretaria da vida do filho e, como anteriormente exposto, na sua personalidade e identidade como ser humano.

Importante ressaltar, como crítica a tal decisão, a ideia Rose Melo Vencelau, que defende o reconhecimento do *status* de filho como um direito da personalidade e, dessa maneira, é imprescindível para a formação da dignidade da pessoa merecendo, portanto, ser amplamente tutelado. Mas, entretanto, faz uma importante ressalva:

“Porém, observa-se que o estado que pode vir a ser alterado em razão de dados biológicos é do filho. Não há *status* de paternidade. Em virtude disso, entende-se o problema da filiação sob supremacia do interesse do filho, devendo ser sempre analisado sob essa ótica.”¹²⁹

Ainda no que tange ao reconhecimento de um filho, por outro lado, encontramos registros de nascimento que são feitos a partir do erro, do vício de consentimento do declarante. Assim, como exemplo, um homem pode ser levado ao erro pela mulher que alega ser ele pai do filho que ela está esperando, o que faz com que ele registre a criança com o seu nome.

¹²⁸ BRITO, Leila Maria Torraca de. Op. cit., p. 118.

¹²⁹ VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 72.



Rose Melo Vencelau diz que na situação do pai registral impugnar o registro de nascimento em caso de vício da vontade, não se aplica o princípio que veda o *venire contra factum proprium*, uma vez que a conduta contraditória só se apresenta quando o comportamento desse pai não sofre de nenhum vício de vontade.¹³⁰

Descoberto o erro que envolveu tal registro, poderia o pai enganado propor a anulação desse registro de nascimento por não apresentar a verdade real sobre a filiação e por ter sido levado ao erro. Ocorre que, ao analisar essa situação, não podemos ignorar os direitos do filho que foi registrado por um pai que não era o seu, mas que não teve nenhuma culpa nessa conjuntura.

A situação não deve ser analisada apenas sob a ótica do direito do pai, mas também em favor dos interesses do filho, uma vez que é essa a essência da nossa CRFB de 1988 e da legislação infraconstitucional.

Sobre o melhor interesse do filho, Rose Melo Vencelau assim ressalta a sua opinião:

“[...] em matéria de filiação o elo perdido está no *melhor interesse do filho*, por analogia ao princípio do *melhor interesse da criança*. (...) Assim, por se tratar de *status* de filiação o interesse do filho ganha relevo, uma vez que também por meio desse *status* a pessoa busca o melhor desenvolvimento da sua personalidade e afetividade.”¹³¹

Também se deve mencionar a grande importância que se apresenta com a relação propriamente construída entre pai e filho. Ou seja, a configuração da posse de estado de filho é pressuposto para a presença da filiação socioafetiva, que uma vez plenamente constituída, difícil é a sua revogação. Sobre isso, seguem importantes e esclarecedoras decisões:

“EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PROVA PERICIAL FRUSTRADA. LIAME SOCIOAFETIVO. 1. O ato

¹³⁰ VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 207.

¹³¹ Ibid., p. 239-240.

de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Em que pese o possível distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando evidenciada a existência do liame socioafetivo. 4. Inexistência de prova do vício induz à improcedência da ação. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 700158777, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/09/2006).”

Nesse mesmo sentido, apresentamos o caso em que a paternidade socioafetiva não foi configurada:

“EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA NÃO CONFIGURADA. A paternidade não é apenas um mero fato, um dado biológico, e sim, uma relação construída na vida pelos vínculos que se formam entre o filho e seu genitor. Caso em que as evidências levam à conclusão de que o reconhecimento da paternidade foi decorrente de erro, e não de decisão consciente do autor, o que o levou a afastar-se da criança, tão logo soube que não era seu filho, entre ambos não se formando a relação socioafetiva que deve ser preservada. Negaram provimento, por maioria, vencido o Relator. (Apelação Cível Nº 70000849349, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 20/08/2003).”

Esse é o entendimento de Rose Melo Vencelau. Veja-se:

“Ainda que o pai registral demonstre por exame de DNA que não há vínculo biológico, não deve prosperar o cancelamento do registro nessa hipótese. Há na doutrina o pensamento de que a lei deve prestigiar a paternidade biológica, independentemente dos motivos que levaram os pais registrais a fazer declarações falsas, razão pela qual devem ser revistos os conceitos sobre a irrevogabilidade do ato de reconhecimento, a partir da vigência das Leis 8.069/90 e 8.560/92. Não obstante essa posição, é preciso analisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no art. 27 o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do filho, não do pai. Já a Lei nº 8.560/92 reza a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário dos filhos. Entender que a revogabilidade do reconhecimento da paternidade fica ao livre alvedrio do pai registral com base apenas no exame de DNA é uma afronta à estabilidade das relações de filiação.”¹³²

Assim, - ainda que encontremos divergências -, compreendemos que mesmo havendo erro sobre o consentimento no momento do registro de nascimento da criança, caracterizada a filiação socioafetiva, não pode ela

¹³² VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 201.



ser revogada em razão do melhor interesse desse filho, levando em consideração ainda o valor jurídico do afeto, pressuposto dessa relação e o direito da personalidade que prevalece para o filho.

Diferentemente ocorre se, havendo vício de consentimento, não se apresenta o vínculo da filiação socioafetiva, sendo possível a desconstituição do registro de nascimento. Isso porque uma vez que não encontramos o elo genético entre duas pessoas, a única situação que faz com que eles sejam considerados pai e filho é justamente a configuração do vínculo afetivo, assim, não apresentada tal situação, não há o que se falar em relação paterno-filial.

É de ser revelada a posição da doutrina sobre a desconstituição de uma filiação socioafetiva, conforme encontramos em Zeno Veloso, que repudia tal possibilidade, consoante suas palavras:

“Extrema injustiça seria permitir que o pai pudesse desfazer o estabelecimento da paternidade de um filho, a seu bel-prazer, a todo e qualquer tempo alegando que o ato não corresponde à verdade. Este gesto é reprovável, imoral, sobretudo se o objetivo é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo.”¹³³

Nesse mesmo sentido, assim preceitua Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade:

“A vinculação estabelecida entre pais e filhos pelo afeto não está subordinada à duração do mesmo, pois diferentemente das relações conjugais, as relações filiais necessitam de continuidade e estabilidade, em respeito ao melhor interesse da criança, que não pode ficar à mercê dos humores humanos. Assim, o vínculo formal surgido da socioafetividade na filiação é indissolúvel, razão porque se deve falar em afetividade e não apenas em afeto.”¹³⁴

¹³³ VELOSO, Zeno. *Negatória de paternidade – Vício de consentimento*. Disponível em <<http://www.iob.com.br>>. Acesso em 23 de maio de 2013.

¹³⁴ ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. Aplicabilidade do princípio da afetividade às relações paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: *Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Coord. Fabíola Santos Albuquerque, Marcos Ehrhardt Jr. e Catarina Almeida de Oliveira. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 74.



Rolf Madaleno sintetiza esse entendimento dizendo que quando um casal adota uma criança, se cria um laço parental de coração e não de sangue, estabelece-se vínculo jurídico e não biológico entre pais e filhos e nem por isso essa relação é menos forte e intensa.

Da mesma maneira, essa relação nasce quando uma pessoa de forma voluntária comparece ao Ofício Civil e registra um filho como se seu fosse, sabendo ou não da falsidade ideológica que envolve esse registro. Normalmente, mesmo esse ato decorre de uma relação de amor, de afeto, ou até mesmo quando a pessoa acreditar ser o filho realmente seu. Sobre isso, dispõe o autor que esse erro poderia ser corrigido de maneira a invalidar o erro da declaração de nascimento.¹³⁵ Entretanto, indaga uma importante ressalva:

“Mas se nada faz, ficando e forjando com o considerável passar dos tempos irreversíveis laços de afeição, quando então já lhe será extremamente penoso descaracterizar a sociológica filiação, sobre o fato deita forte tendência de ser julgada improcedente a então serôdia ação negatória de paternidade e pretensão à anulação judicial do registro civil.

Seria traumático retirar a identidade civil do filho perfilhado voluntariamente, e pouco importa se por erro involuntário do registrante, quando este filho já gozou da posse do estado de filiação durante considerável espaço tempo, não havendo como desfazer com outra incorreção de maiores proporções um erro registral de há muito compensado pelo afeto que se criou entre *pai e filho* aproximados pelo coração.”¹³⁶

Em entendimento similar, Maria Berenice Dias ainda relata as características do reconhecimento voluntário de um filho que não depende da prova da origem genética:

“É um ato **espontâneo, solene, público e incondicional**. Como gera o estado de filiação, não pode estar sujeito a termo, sendo descabido o estabelecimento de qualquer **condição** (CC 1.613). É ato livre, **pessoal, irrevogável** e de **eficácia erga omnes**. Não é um negócio jurídico, é um ato jurídico *stricto sensu*. O ato do reconhecimento é **irretratável e indisponível**, pois gera o **estado de filiação**. Assim, inadmissível **arrependimento**. Não pode, ainda, o reconhecimento ser

¹³⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Op. cit., p. 526.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 526.



impugnado, a não ser na hipótese de erro ou falsidade do registro. O pai é livre para manifestar sua vontade, mas seus efeitos são os estabelecidos na lei.”¹³⁷

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald relembram que o pressuposto socioafetivo, assim como os demais, pode ser aplicado em todas as ações que versem sobre a filiação. Para os doutrinadores, pode ser usada a ação investigatória de parentalidade, promovida pelo filho para o reconhecimento do pai ou da mãe; a ação de impugnação de filiação, proposta pelo filho, pai, mãe ou mesmo por um terceiro interessado para provar a inexistência de uma relação paterno-filial já reconhecida e até mesmo a ação negatória de filiação ajuizada pelo pai, mãe ou filho para negar a existência do vínculo.

Nesse sentido, no que tange ao estado de filho, o critério da afetividade pode ser discutido em qualquer uma das demandas apresentadas, com o escopo de analisar a presença ou não desse princípio. Ponderam os autores, entretanto, que o julgamento da presença da afetividade só pode ser feito para determinar o estado de filiação, jamais para negá-lo. O juiz não pode se valer de uma tese de “desafetividade” para negar o vínculo, cabendo ao interessado utilizar outros critérios que não o afetivo.¹³⁸

Forçoso reconhecer, após tudo que foi analisado, que o direito não pode desconstituir algo que o amor, o carinho, afeto e os demais sentimentos construíram ao longo dos anos. Uma relação paterno-filial não é igual a um casamento ou a uma união estável que podem ser destituídos a qualquer momento.

O direito deve proporcionar e garantir que as filiações sejam formadas e mantidas, deve criar os limites necessários para evitar que essas relações filiais se extinguem ou se alterem na mesma proporção e

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 343.

¹³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Op. cit., p. 695-696.



velocidade que ocorre com as relações entre homens e mulheres, como o casamento e a união estável.

Ora, para tanto se levanta a bandeira sobre a igualdade jurídica entre filhos, da não discriminação, da impossibilidade de aceitação que um pai biológico fuja das suas responsabilidades, ou seja, não poder se afastar da filiação que o envolve com seu filho por mero capricho, como aceitar a desconstituição da filiação socioafetiva?

Pai é pai e filho é filho independentemente de fatos posteriores quando realmente configurado esse estado de filiação. Se o pai aceitou e registrou tal criança como se seu filho realmente fosse, como poderá mudar de ideia e deixá-la de amar, cuidar e até mesmo sustentar? Seria um retrocesso sem igual na esfera jurídica e na própria sociedade.

Para consolidar esse entendimento, insta ressaltar o brilhante voto da Ministra Nancy Andrighi do STJ no Recurso Especial 1.000.356/SP julgado em 2010.¹³⁹

Em suma, no caso em questão havia o pedido de anulação do registro de nascimento de uma irmã em face da outra sob a alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que registrou a criança como sua filha.

Alega a Ministra que apesar do disposto no art. 348 do CC/16 que dispõe sobre a possibilidade de vindicar o estado contrário ao que se mostra no registro nos casos de falsidade ideológica ou erro do registro, não se verificou qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe, que sabia que a criança não era sua filha e mesmo assim a reconheceu em razão do afeto que as unia.

Merece destaque as palavras da Ministra Relatora:

¹³⁹ “Ementa: Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar.” Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03 de junho de 2013.

“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.

O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação.

(...)

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.”

Dessa forma, corroboro com o entendimento da Ministra no sentido de que configurada a posse de estado de filho da filiação socioafetiva, não se pode questionar, sob o argumento da não ocorrência da filiação biológica, o registro de nascimento do filho que foi criado com base no afeto e no amor, uma vez que nos deparamos com o princípio da proteção integral à criança.

Ressalta ainda, como anteriormente exposto, que a busca da origem genética deve ser analisada de forma correlata às circunstâncias inerentes às ações de investigação de paternidade e jamais em relação às negatórias da filiação, pois isso poderia prejudicar a ordem e a segurança para aqueles que querem investigar a sua identidade biológica.

Por fim, assim determina a irrevogabilidade da filiação socioafetiva no acórdão do caso concreto:

“Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se 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.”

Portanto, para finalizar tais constatações, merece ressalva o entendimento de entende Roberto Paulino de Albuquerque Júnior:

“[...] a cláusula geral de tutela da personalidade humana proíbe tal dissolução, que significaria retirar ao indivíduo, por vontade de outrem (e por vezes visando a um interesse meramente patrimonial), um dos mais relevantes fatores de construção de sua identidade própria e de definição de sua personalidade. Constitui-se, pois, para todos os efeitos, uma relação plena de filiação, a qual, para adequada proteção da pessoa pelo ordenamento, não pode se sujeitar a incertezas ou a instabilidades emocionais dos sujeitos envolvidos.”¹⁴⁰

Conclusão

Ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar o crescente movimento e a dinâmica do direito de família com a promulgação da CRFB/88, o novo CC/02, além das outras legislações infraconstitucionais. A partir de todo esse movimento, surge a filiação socioafetiva como um novo modelo de relação entre pais e filhos.

É certo que encontramos atualmente uma tendência cada vez maior de aproximação desse novo modelo de filiação às relações paterno-filiais. Assim, não obstante a importância do vínculo biológico ou genético e a presença ainda de presunções jurídicas, hoje em dia eles podem não se mostrar mais suficientes para efetivar um verdadeiro laço de filiação.

Dentre os modelos de filiação socioafetiva apresentados e explicitados, forçoso reconhecer que todos surgem com a configuração da posse de estado de filho. Ou seja, a partir da construção dos elementos que

¹⁴⁰ JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. Op. cit., p. 72.



caracterizam esse estado de filiação, além dos sentimentos recíprocos de amor, carinho, respeito, responsabilidade entre outros, encontramos representada a relação baseada no afeto.

Nesse sentido, ao configurar plenamente a filiação socioafetiva, entendemos que todas as consequências jurídicas de qualquer outra filiação se tornam pertinentes a esse modelo. A força e a intensidade de tal instituto se mostram tão relevantes, que é possível afastar a verdade biológica em favor da sociológica.

Outrossim, configurada a relação afetiva, o filho que tiver interesse ainda assim pode buscar a sua identidade genética uma vez que é parte integrante do seu direito da personalidade, entretanto, não poderá ele negar o vínculo afetivo construído ao longo dos anos. O pai com quem nunca teve contato, que nunca lhe deu amor ou jamais lhe prestou qualquer sentimento, é apenas o seu genitor, para fins genéticos, ao passo que aquele que garantiu tudo com os mais profundos sentimentos, esse sim é o verdadeiro pai. Nesse sentido, apesar de ser possível a busca pela ascendência genética, a filiação socioafetiva não pode ser destituída, ou seja, o filho não pode perder esse *status* nessa relação com seu real pai, o afetivo.

Seguindo a mesma linha de pensamento, esse filho não pode propor ação de investigação de paternidade em face do pai biológico, uma vez que não se mostra adequado sobrepôr a filiação genética em detrimento da socioafetiva, baseada na convivência e nos mais sinceros sentimentos que podem decorrer de uma relação paterno-filial.

Ainda assim, a relação socioafetiva acaba por garantir a esses filhos e aos pais os direitos decorrentes de qualquer tipo de filiação, como o direito a alimentos e os direitos patrimoniais. A partir da análise do caso concreto, configurada plenamente tal relação, não se tem um motivo para se negar tais direitos uma vez que a vedação ao tratamento diferenciado dos filhos é um fundamento civil e constitucional.



Em razão do valor jurídico do afeto, do direito da personalidade e ainda do melhor interesse da criança e do adolescente, é possível que a discussão sobre a revogabilidade da filiação socioafetiva seja concluída com o fundamento da impossibilidade de tal desconstituição. Não pode um filho viver na incerteza do seu verdadeiro pai um dia se cansar de ser assim chamado, ou ficar na incerteza se a briga de seus pais resultará no fim da relação paterno-filial.

Se o valor jurídico do afeto e o direito da personalidade além de outros pressupostos se mostram essenciais na constituição de uma filiação socioafetiva, da mesma maneira eles devem se mostrar imperiosos para impedir a sua revogação sem nenhum justo motivo.

De certo, o tema ainda não está plenamente pacificado. Encontramos julgados muito interessantes e inéditos sobre a questão, como o caso do dever de alimentos por parte do padrasto, e debates travados em sede doutrinária. Entretanto, isso se mostra extremamente pertinente, para que se evite, ao máximo, decisões equivocadas e por muitas vezes injustas por parte dos julgadores.

Bibliografia

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. Aplicabilidade do princípio da afetividade às relações paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: *Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Coord. Fabíola Santos Albuquerque, Marcos Ehrhardt Jr. e Catarina Almeida de Oliveira. Salvador: Juspodivm, 2010.



BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Revista do Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 9, abr./maio, 2009.

BELMIRO, Pedro Walter. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 14, abr./junho, 2003.

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Paternidade socioafetiva e anulação de registro civil*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 4, jun./julho, 2008.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: lições*. 5ª. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *O fundamento constitucional da filiação socioafetiva*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 32, n. 117, out., 2012

COSTA, Dilvanir José da. *Filiação jurídica, biológica e socioafetiva*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n. 180, out./dezembro, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



FACHIN, Luiz Edson. *Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.5, n.17, abr./maio, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5ª. Ed. Bahia: JusPODIVM, 2013.

_____. *Direito das Famílias*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, José Roberto Moreira. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*. Revista JusNavigandi. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 09 de abril de 2013.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Responsabilidade Civil nas Relações Familiares*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 24, out./nov, 2011.

JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*.



Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.8, n.39, dez./janeiro, 2007.

KAUSS, Omar Gama Bem. *Manual de Direito de Famílias e das Sucessões*. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. p. 8. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br>>. Acesso em 01 de maio de 2013.

_____. *Direito Civil: Famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ*. Revista JusNavigandi. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 01 de junho de 2013.

LUNA, Naara. *Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos*. Disponível em <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Filiação sucessória: parentalidade socioafetiva e biológica*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 6, out./nov, 2008.



MAIA, Renato. *Filiação Paternal e seus efeitos*. 1ª. Ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*, Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. *Gestação de substituição: direito a mulher ter um filho*. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais. Disponível em <<http://revistas.ung.br>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Obrigação de alimentar decorrente de paternidade socioafetiva: posição contrária*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em 08 de maio de 2013.

VELOSO, Zeno. *Negatória de paternidade – Vício de consentimento*. Disponível em <<http://www.iob.com.br>>. Acesso em 23 de maio de 2013.

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

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. *Direito Civil: Direito de Família*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.