

VIVIAN MARIA BENTO GARCIA

**O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO
SOCIOAFETIVA**

**Monografia Jurídica apresentada como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Faculdade de
Jussara. Orientador: Esp. João Paulo de
Oliveira.**

**JUSSARA - GO
2015**

VIVIAN MARIA BENTO GARCIA

**O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO
SOCIOAFETIVA**

**Monografia Jurídica apresentada como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Faculdade de
Jussara. Orientador: Esp. João Paulo de
Oliveira**

Aprovada em: _____ de _____ de 2015

**JUSSARA - GO
2015**

RESUMO

Diante da evolução sócio-cultural e da evolução tecnológica, conceitos precisaram ser reinventados, a família, a paternidade, as relações interpessoais tomaram nova forma. O Estado tornando-se independente das instituições religiosas acabou por significar juntamente com outros elementos, uma efemeridade nas relações. A durabilidade substituída pela intensidade alterou o modo de ver as relações conjugais e paritais. Família deixou de ser imposição religiosa para ser desejo de união e fraternidade. O Poder Judiciário e Legislativo precisaram se adaptar e acompanhar as mudanças, o que pode ser sentido na Lei Maria da Penha, por exemplo, que traz um conceito novo de família ou as jurisprudências mais atualizadas dos tribunais, inclusive Superior Tribunal de Justiça ao admitir essas novas famílias e também as novas formas de parentalidade, determinando que a vontade de estabelecer uma relação parental é, por vezes, mais significativa que os laços consanguíneos. Partindo dessa premissa não são isolados os casos de determinação de registro de pais não biológicos nos assentamentos civis de filhos, menores ou não. O trabalho trará, sob uma perspectiva jurisprudencial e doutrinária, as novas formas de família, bem como a importância da afetividade no registro e conhecimento de famílias, sobretudo da parentalidade, apresentando como o afeto tem tido maior ou igual relevância que a consanguinidade. A pesquisa é bibliográfica e documental, realizada pela junção dos métodos dedutivo e indutivo.

Palavras-chave: Família. Parentalidade. Afeto. Paternidade Socioafetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
CAPÍTULO I – FAMÍLIA	07
1.1 OS NOVOS CONCEITOS DE FAMÍLIA – A FAMÍLIA MODERNA	07
1.2 CASAMENTO	11
1.3 UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO	12
1.4 DISSOLUÇÃO CONJUGAL E A RUPTURA DO CONCEITO DE FAMÍLIA	16
CAPÍTULO II – FILIAÇÃO	20
2.1 FILIAÇÃO FORA DO CASAMENTO	23
2.2 O PODER FAMILIAR E OS FILHOS	26
2.3 A GUARDA COMPARTILHADA	29
CAPÍTULO III – A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E AS RECENTES DECISÕES DO STJ	33
3.1 RECONHECIMENTO DOS FILHOS	33
3.1.1 Adoção	36
3.2 DECLARAÇÃO DE PARENTALIDADE	41
3.2.1 A Paternidade Socioafetiva	43
3.2.1.1 <i>Ação declaratória de paternidade socioafetiva</i>	46
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Com a Revolução Industrial e as revoluções culturais e ideológicas, a família tem criado novo perfil. A democracia, o desapego do Estado com a Igreja, as mudanças estruturais políticas e econômicas, a difusão de ideais liberais, de igualdade e humanismo têm contribuído sobremaneira para a mudança do ser humano que, mais livre e expressivo, tem tido maior necessidade de satisfazer-se, deixando de seguir imposições externas.

Família deixou de ser imposição religiosa para ser desejo de união e fraternidade. A vontade de estar junto, a afetividade, passaram a ter mais valor que a construção patrimonial. A mulher que sai para o trabalho, o marido que auxilia na educação dos filhos não mais apenas financeiramente, mas psicologicamente.

O afeto tornou-se valor jurídico. A ruptura com os conceitos tradicionais e ortodoxos de família, fez com que o Judiciário começasse a aceitar as novas relações interpessoais, deixando o casamento de ser a única forma de unir pessoas e construir laços. Institucionalizou-se a união estável e a família monoparental. A Jurisprudência passou a decidir sobre as famílias mosaico; pais divorciados que se casam novamente, assumem os filhos do cônjuge como seus, adotam crianças sem laço sanguíneos, criando laços afetivos. Tais mudanças comportamentais trazem várias benesses como a não discriminação do que é diferente do tradicional.

O Poder Judiciário e Legislativo precisaram se adaptar e acompanhar as mudanças, o que pode ser sentido na Lei Maria da Penha, por exemplo, que traz um conceito novo de família ou as jurisprudências mais atualizadas dos tribunais, inclusive Superior Tribunal de Justiça ao admitir essas novas famílias e também as novas formas de parentalidade, determinando que a vontade de estabelecer uma relação parental é, por vezes, mais significativa que os laços consanguíneos. Partindo dessa premissa não são isolados os casos de determinação de registro de pais não biológicos nos assentamentos civis de filhos, menores ou não.

A paternidade socioafetiva é uma vitória da família brasileira e um grande avanço do direito material que precisa se consolidar para adentrar ao legislativo e ter conquistar força de lei, sendo essa a relevância e atualidade do tema.

As formulações discutidas foram desenvolvidas por meio do método dedutivo-bibliográfico, tendo em vista o uso de teses já existentes coadunadas com

jurisprudências e doutrinas. Ao mesmo tempo, utilizou-se o método indutivo, o estudo se baseará em constatações particulares, observações e formulações baseadas em estudos doutrinários realizados, bem como nos julgados dos tribunais.

A pesquisa se molda ao perfil metodológico e explicativo, sendo o intuito construir o saber com base na observação do fenômeno.

Buscou-se realizar um estudo sobre Direito de Família para se chegar ao tema específico da paternidade socioafetiva mediante análise de jurisprudências atualizadas. Tentou-se explicar de forma breve sobre a família, o casamento, a filiação e parentalidade, temas centrais e relevantes para o estudo realizado.

CAPÍTULO I – FAMÍLIA

1.1 OS NOVOS CONCEITOS DE FAMÍLIA – A FAMÍLIA MODERNA

A Família é construção cultural, motivo pelo qual o conceito é tão flexível e adaptável ao tempo e lugar. Na sociedade conservadora de décadas, talvez séculos atrás, o matrimônio surgiu como uma necessidade, sendo a forma mais eficaz de conter a liberdade sexual a instituição da monogamia.

Nesse ínterim, foi também ganhando importância as instituições religiosas e os regramentos de Deus, que intervindo na vida do ser humano, determinou como deveriam ser as relações humanas e o que seria moral: o matrimônio e a família heterossexual e patriarcal.

Diante do surgimento de tais conceitos, a família surge como uma junção de pessoas em um mesmo ambiente, traçando perfil hierarquizado. Contudo, esse perfil familiar passou a sofrer novas mudanças com a Revolução Industrial. A mulher foi gradativamente inserida no mercado de trabalho, passando a contribuir também financeiramente na renda familiar. O homem, que antes sustentava a casa sozinho, passou a contar com o auxílio da esposa, assumindo ela uma condição quase paritária no ambiente doméstico. Tal situação marcou, surgindo uma nova sociedade e uma nova família: a nuclear.

Sobre a mudança no perfil da família, Lazzarini traz importante explicação:

A família passa de hierárquica à democrática: a autoridade patriarcal marcada pela posição privilegiada com que o marido e pai ocupava a chefia da casa é substituída pela igualdade entre o homem e a mulher – assim como entre os filhos -, pela expressa atribuição constitucional de dever aos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores” bem como aos filhos maiores de “ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” e pela colocação da criança no centro das preocupações da família, pois seus interesses são tutelados com prioridade absoluta. (2009, p. 15)

Após a aquisição de espaço pela mulher, novas mudanças culturais marcaram a família, a liberdade sexual, o desenvolvimento tecnológico, a globalização e também o afastamento do indivíduo das instituições religiosas em decorrência da laicização do Estado, foram impulsos para novas alterações na estrutura familiar.

Porém, ainda hoje quando se fala em família, o primeiro pensamento ainda é o de um homem e uma mulher e os filhos decorrentes dessa união. Contudo, cada vez mais é possível identificar famílias distintas desse perfil tradicional, famílias compostas por pessoas do mesmo sexo formando um casal e, algumas vezes com filhos provenientes de adoção.

Sobre essa flexibilização do conceito de família, trouxe a seguinte explicação, a brilhante doutrinadora Maria Berenice Dias:

A vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana. [...] nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade – que não se alterou – de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem. No contexto do mundo globalizado, ainda que continue ela a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do conceito de família. (DIAS, 2011, p. 40)

Em complementação às explicações doutrinárias, o STF se posicionou sobre o conceito de família, entendendo ser esse carregado de carga afetiva:

O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.
(RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220- PP-00572)

Além disso, estudiosos afirmam que muda também o sentido real da família, e não apenas seu conceito jurídico. Esta, não mais prioriza o patrimônio, mas sim a satisfação pessoal de cada membro, sendo mais relevante o afeto que a construção patrimonial. O indivíduo que primeiro se realiza em casa para procurar outras realizações na sociedade (LAZZARINI, 2009).

Consequentemente, a Constituição Federal de 1988 acabou por institucionalizar a figura da união estável e da chamada família monoparental¹, que é a família formada por apenas um dos pais e os seus descendentes.

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

[...]

§ 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.

O conceito de família, nunca antes inserido em nenhum regramento jurídico brasileiro, foi trazido pela Lei Maria da Penha, n. 11.340/2006, sendo qualquer relação íntima de afeto, que sejam ou se considerem aparentados, unidos por laços naturais ou por vontade, independentemente de orientação sexual (artigo 5º). Diante de tamanha evolução, a lei acabou por delimitar e tirar da marginalidade qualquer espécie de família que foge do padrão tradicional.

Foi também a partir da criação e imposição desse conceito que desapareceu a necessidade de manutenção das relações por aparência, por medo de rejeição social e preconceito. Maria Berenice Dias chamou essa evolução de “democratização dos sentimentos”, diante do respeito estabelecido aos diversos meios de relacionamento.

Formadas pelo vínculo, essa é a regra, existem hoje diversas espécies de família, as mais tradicionais, como a matrimonial e a parental, mas também as originadas de novos conceitos, como a homoafetiva, em que o casal é formado por pessoas do mesmo sexo, a monoparental, em que apenas um indivíduo cria os descendentes ou os filhos derivados de adoção, a pluriparental. Essa última tornou-se clássica com a instituição do divórcio. O casal se une após uniões passadas que geraram ou não filhos, sendo estes criados por um dos pais de sangue e outro pelo simples vínculo afetivo.

A união homoafetiva, por tanto tempo marginalizada foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo cada vez mais recorrentes julgados que a oficializam. O STF regularizou a liberdade sexual e reprovou expressamente o preconceito decorrente de orientação sexual, reconhecendo “o direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’”².

Tratando especificamente de união homoafetiva, assim se posicionou o STF por meio da ADPF 132:

INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme a Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre

2 ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001

pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Sobre família, assim estabeleceu em sua ementa:

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

(ADPF 132, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001).

Destarte, diante de tais mudanças, social, econômica e consequentemente cultural, verificou-se ainda mudanças na forma de pensar dos componentes de uma família. O homem passou a se importar mais com seu papel de pai e de marido, deixando de ser apenas o provedor para ser parte da família de forma afetiva. Assim sendo, novos conceitos precisaram ser criados, como a guarda compartilhada, sendo que, numa possível ação de divórcio, deixou de ser regra a concessão da guarda automaticamente à mãe.

1.2 CASAMENTO

Casamento como instituição legal surgiu no Brasil no século XIX, mais precisamente em 1891, institucionalizado pelo Código Civil de 1916. O divórcio é figura nova, surgindo apenas em 1977. Até então, não existia a dissolução do matrimônio, sendo que o que era conhecido como desquite, posterior separação judicial, não permitia nova união conjugal, desfazendo a sociedade conjugal sem, contudo desfazer o vínculo.

No conceito Romano, casamento era “a união para toda a vida do homem e da mulher, uma relação de direito divino e humano”³. Já nos primórdios do direito e do conceito de matrimônio já existia a figura da eternidade e a resistência ao divórcio. O casamento do período romano era integrado por dois conceitos básicos: o *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*.

O primeiro é o que une o casal, ou seja, a intenção de que se estabeleça o amor eterno e recíproco. O segundo requisito é de cunho objetivo, e consiste na série de fatores que culminam na ideia externa de casamento, como a coabitação. Em resumo, o primeiro elemento é o que existe entre o casal, o segundo é o que existe para as pessoas de fora. Caso falte um dos elementos, sai a figura do casamento e se estabelece o concubinato.

No direito civil tradicional, casamento, é “convenção social para organizar os vínculos interpessoais” (DIAS, 2011), tendo sido, em determinado momento da história, regra de conduta, forma de impor limites ao homem e restringir sua liberdade.

Com a Constituição Federal de 1988 e algumas emendas, o casamento deixou de ser a única forma de criação da família. Em razão das constantes mudanças ideológicas e culturais, dos novos conceitos de família, hoje em dia o mais importante e o que define a união das pessoas não é mais a formalidade legal ou o ritual religioso, mas sim o afeto.

Algumas regras devem ser preenchidas para que se valide o ato do casamento, que gera deveres para ambos os cônjuges segundo o Código Civil vigente. Primeiramente, devem o homem e a mulher contar com mais de dezesseis anos ou com autorização de ambos os pais ou representantes legais se não atingida

3 Tradução do vernáculo *nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consrtium omnis divini et humani juris communicatio*. (LUIZ, 1999, p. 67)

a maioria civil. A exceção a tal regra está prevista no artigo 1.519 da Lei Civil, podendo a denegação do consentimento de um dos pais ser suprida pelo juiz se houver motivo justificável.

Não podem casar, segundo o artigo 1.521 do mesmo diploma legal, os ascendentes com descendentes mesmo que o parentesco não seja natural, os afins em linha reta, o adotante com o cônjuge do adotado ou o contrário, os irmãos e demais colaterais até o terceiro grau, o adotado com o filho do adotante, aquele que já for casado. Existem ainda regras que suspendem o poder da contração do matrimônio, previstas no artigo 1.523 e 1.524.

Ainda, existem deveres impostos com o casamento:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

Apesar de não ser mais crime o adultério, a fidelidade recíproca ainda é norma dentro do Código Civil, e, assim como todas as demais, tidas como deveres dos cônjuges têm ligação direta com os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Quanto à finalidade do casamento, GONÇALVES alega que são muitas, a depender da visão como é encarado. Para ele, adotante da corrente majoritária, o objetivo maior do matrimônio é a comunhão plena de vida, “impulsionada pelo amor e afeição existente entre o casal e baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência” (2011, p. 46).

Se por muitos longos anos o casamento foi único fator originador da família e esta tinha sua definição ligada àquele, de fato, o casamento só poderia ter sentido se ocorrido por afeto. Assim sendo, todos os outros objetivos que podem ser suscitados, de cunho religioso, sociológico, são secundários, como procriação.

1.3 UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

“O fato é que a família é um fenômeno social preexistente ao casamento, um fato natural” (VENOSA, 2011, p. 37). O casamento foi instituído com regra de

conduta em determinado momento histórico-cultural, mas antes dele já existia a família em si, bem como uniões não convencionais.

VENOSA (2011, p. 37) ao discorrer sobre o casamento e as uniões de fato explica que houve uma “oposição dogmática” no Brasil por longos anos, mesmo sendo ele “um país no qual largo percentual da população é historicamente formado de uniões sem casamento”, persistiu a ideia de casamento como única forma de constituir-se uma família em razão da “inescondível influência da Igreja católica” no fazimento das leis.

Diante da discriminação com as sociedades de fato, incompatíveis com o momento histórico (século XX), a doutrina começou a tecer críticas ao modelo tradicional, dando certo apoio a uniões que deveriam deixar de ser relegadas, abrindo espaço e preparando terreno para uma mudança jurisprudencial e legislativa.

A união estável é reconhecida nos dias atuais como entidade familiar e é definida pelo Código Civil no artigo 1.723 como convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de uma família.

Em razão do crescente número de relações extramatrimoniais que foram surgindo, o legislador verificou a necessidade de regulamentar essas relações e desmarginalizá-las. A Constituição Federal sofreu alteração em 2006 com a Lei 9.278/96, dando novo sentido para parte do artigo 226⁴. Essa lei previu também a conversão da união estável para o casamento através do pedido dos companheiros ao juiz e posterior assento no Registro Civil.

O STF também já destacou a existência da união estável por meio da já mencionada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, definindo ser ela também um originador de entidade familiar:

UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um

⁴ Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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.

mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tamanha foi a importância adquirida por esse instituto que foi criada também uma lei para regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. A lei 8.971 sancionada em dezembro de 1994 pelo Presidente Itamar Franco, determinou que a companheira que viveu mais de cinco anos com um homem e que dele tenha filhos, enquanto não constituir nova união e comprove a necessidade, poderá dele receber alimentos. O mesmo vale para companheiros de mulheres solteiras, viúvas ou divorciadas.

Tal lei regulamentou ainda o direito à herança em alguns casos, como quando na falta de descendentes ou de ascendentes.

Os mesmos impedimentos previstos para o casamento são também óbices na união estável. Porém, as causas suspensivas não impedirão a caracterização. Tais disposições legais comprovam as semelhanças entre a união estável e o casamento.

Contudo, no tocante à adoção, é preciso que se comprove a estabilidade da família:

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

[...]

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Atualmente, os efeitos do casamento atingem a união estável e as consequências daquele, também são vistas nesse. O direito a alimentos, a pensão,

a partilha de bens, ocorre como no casamento em regime de comunhão parcial de bens. Além disso, a legislação prevê a conversão da união estável em casamento, como facilitador das relações afetivas geradoras do que se denomina de família.

Contudo, apesar de grandes alterações já existentes, persiste a ideia de uma união de segunda classe, chamada concubinato, expressão esta carregada de carga pejorativa ainda nos dias atuais.

Antes do surgimento da figura da união estável, toda e qualquer relação tida entre homem e mulher fora do matrimônio era concubinato. Nos dias atuais, apenas as relações eventuais ou existentes com impedimentos.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

No entanto, o STJ reconheceu o direito de alimentos de uma mulher que por longos anos manteve relação de concubinato com um homem, alegando que os serviços domésticos por ela prestados mereciam ser remunerados. Tal relação, no caso concreto, é anterior à legislação atual vigente:

Concubinato. Indenização por serviços domésticos. Reconhecimento do direito da mulher. Fatos anteriores à Lei da União Estável e à Constituição Federal.

Negando o acórdão recorrido que a mulher tenha contribuído para a formação do patrimônio, rever tal assertiva importaria reexame dos fatos, vedado pela Súmula 7/STJ.

Defere-se, no entanto, conforme orientação pacífica das Turmas da Segunda Seção, indenização por serviços domésticos.

(REsp 132826/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/09/1999, DJ 06/12/1999, p. 81)

Essa decisão foi basilar. Posteriormente, o STF sumulou tal entendimento, entendendo ser o concubinato uma sociedade de fato, de modo que, havendo constituição de patrimônio com comprovação do esforço comum, deve haver a partilha:

Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

A criação dessa Súmula abriu precedentes para pedidos no judiciário de indenização pelo tempo de convivência em concubinato. Contudo, é preciso que haja a comprovação da condição. O TJSP possui vários julgamentos, sendo a maioria no sentido de que deve a concubina perceber indenização:

União estável – reconhecimento e dissolução – existência, na verdade, de sociedade de fato – relacionamento com homem casado – não comprovação da participação da concubina na formação do patrimônio ou a convivência com intuito de constituir família – direito da autora evidenciado, no entanto, ao ressarcimento pelos longos anos de relacionamento em que buscou a felicidade, da qual o falecido era parte integrante – fixação da indenização no importe de meio salário mínimo, por mês de convivência – Recurso da autora provido para este fim.
(TJSP – Ap. Cível 428.109-4/3. 4-4-2006, 3ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Caetano Lagrasta).

Contudo, em razão da não aceitação do concubinato, ainda visto de forma negativa pela sociedade, decisões como a acima transcrita não são regra. O TJPR, por exemplo, entendeu não ser devido nenhum tipo de indenização a mulher que mantinha concubinato:

Concubinato. Ausência de caráter de permanência e estabilidade. União estável protegida pelo art. 226 da Constituição Federal, § 3º. Não configuração. Inocorrência de sociedade de fato. Partilha ou pagamento de indenização por serviços domésticos. Impossibilidade. A união livre estável, em regra, acarreta efeitos jurídicos positivos ou negativos, já a união livre não estável ou irregular produz efeitos sempre negativos, porquanto não justifica qualquer pretensão da concubina, em face da ilicitude do amparo jurídico ou *pretium stupri*.
(TJPR – Ap. Cível 15.272, 19-4-99, Rel. Ivan Bortoleto).

A aceitação do concubinato ainda é permeada de uma grande carga cultural e religiosa, envolvendo questões morais. Mas, é preciso a análise carregada ao bom senso. Assim como ainda existe, em alguns casos e regiões brasileiras, a resistência ao divórcio, deve-se ponderar o porquê de ainda existir relações de concubinato e, diante de tal análise, deve o julgador dos casos analisar de maneira individualizada, reduzindo os riscos de injustiça.

1.4 DISSOLUÇÃO CONJUGAL E A RUPTURA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O casamento pode ser extinto por várias formas. A natural, que é a morte de um dos cônjuges e as legais, pela nulidade ou anulação do casamento e o divórcio. Malgrado ainda exista a separação judicial como forma de dissolução conjugal, é figura em extinção.

A dissolução conjugal por meio do divórcio é figura conhecida em Roma, mas em termos distintos ao conceito atual. Até a época de Augusto, o casamento poderia ser dissolvido por simples consenso do casal: se ambos resolvessem separar-se, estava feito o divórcio, sem a interferência do Estado.

No ordenamento jurídico brasileiro o divórcio foi introduzido pela Emenda Constitucional nº. 66, que alterou o parágrafo 6º do artigo 226:

Art. 226 [...]

§6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

O divórcio veio como uma forma de resolver a desinteligência entre os casais no âmbito do matrimônio, assim como o fim dos bons sentimentos que o nutriam. Diante dos casos cada vez mais comuns de casais que não mais se gostavam e que muitas das vezes se separavam, deixando a vida em comum, deixando o lar conjugal, a Constituição Federal e o Código Civil decidiram regulamentar e legalizar a separação dos casais.

VENOSA (2011, p. 159) ilustra:

Em qualquer situação, a separação ou o divórcio deve traduzir essencialmente um remédio ou solução para o casal e a família, e não propriamente uma sanção para o conflito conjugal, buscando evitar maiores danos não só quanto à pessoa dos cônjuges, mas principalmente no interesse dos filhos menores.

É preciso então que haja consciência de que a vida em comum não é mais uma boa opção para os integrantes da família. O lar, que deve ser local de amparo e conforto, deixa de sê-lo, tornando-se ambiente insalubre e negativo para os que o habitam. Esse é o momento de separação dos corpos e das relações entre os cônjuges, tendo eles a consciência do melhor caminho para os dois, é importante que saibam que o fim do relacionamento conjugal não possui nenhuma relação com o relacionamento parital, sendo de interesse da criança, caso exista, permanecer convivendo com ambos os pais, de maneira saudável.

Sobre o divórcio o CC/02 assim se pronuncia:

Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Nessa esteira, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, no tocante à separação dos pais, traz de forma expressa que:

A criança tem o direito de viver com os seus pais a menos que tal seja considerado incompatível com o seu interesse superior. A criança tem também o direito de manter contato com ambos os pais se estiver separada de um ou de ambos.

Tal convenção ainda acrescenta que o Estado deve garantir que a criança não será separada dos seus pais sem a vontade deles ou salvo determinação judicial. Impondo ainda que o interesse da criança se sobrepõe ao dos genitores, independentemente do poder familiar, de modo que cabe também ao Estado a tutela dos menores. A título de exemplo, interessante a transcrição do julgado abaixo, onde o relator do recurso pondera sobre essa questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. FAMÍLIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REGIME DE VISITAS. RESTRIÇÃO DE VISITAS DO PAI. QUADRO TANGÍVEL DE ALIENAÇÃO PARENTAL. PROMOÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. FAMÍLIA MOSAICO. CONVIVÊNCIA FAMILIAR. CANAIS DE DIÁLOGO. CRESCIMENTO SADIO DO ADOLESCENTE. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DAS VISITAS DO PAI ATÉ A REALIZAÇÃO DO ESTUDO PSICOSSOCIAL.

[...]

2. Diante do desenho moderno de famílias mosaico, formadas por núcleo familiar integrado por genitores que já constituíram outros laços familiares, devem os genitores evitar posturas que robusteçam o tom conflituoso, sob pena de tornar ainda mais tensa a criança, a qual se vê cada vez mais vulnerável em razão do tom e da falta de diálogo entre os pais. Os contornos da guarda de um filho não podem refletir desajustes de relacionamentos anteriores desfeitos, devendo ilustrar, ao revés, o empenho e a maturidades do par parental em vista de viabilizar uma realidade saudável para o crescimento do filho.

3. A preservação do melhor interesse da criança dá ensejo à restrição do direito de visitas do genitor, até que, com esteio em elementos de prova a serem produzidos na ação principal, sejam definidas diretrizes para uma melhor convivência da criança, o que recomendará a redução do conflito entre os genitores, bem como a criação de novos canais que viabilizem o crescimento sadio da criança.

4. Ambos os genitores devem empreender esforços no sentido de conservar os laços de afeto do filho, razão pela qual a aplicação de medida de proteção pelo juízo de primeiro grau (determinação de que o adolescente e os genitores passassem a participar de acompanhamento psicológico) reúne sensibilidade e precisão em relação à necessidade de nova postura dos genitores.

5. Agravo de instrumento conhecido a que se nega provimento.

(TJDFT, Acórdão n.709574, 20130020107887AGI, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/09/2013, Publicado no DJE: 10/09/2013. Pág.: 74).

Dessa forma, ainda que haja o divórcio, a criança tem garantida constitucionalmente a convivência com ambos os pais, não podendo ela ser privada disto, salvo por determinação judicial, quando verificada que a convivência com um dos genitores não é saudável para o infante.

A proteção dos filhos após o desfazimento do matrimônio é tutelada pelo Código Civil nos artigos 1.583 a 1.590. O capítulo XI – “Da proteção da pessoa dos filhos” determina questões relacionadas à guarda da criança e outras medidas essenciais à garantia de bem estar da criança.

Apesar de expressa tal regra, o crescimento da modalidade de famílias pluriparentais tem, por diversas vezes, causado problemas e conflitos nos relacionamentos entre um dos pais e os filhos criados pelo outro, tendo ou não casado novamente.

CAPÍTULO II – FILIAÇÃO

Filiação é a relação jurídica que liga o filho aos pais. Durante muitos anos o conceito não era esse. O Código Civil de 1916 tinha a filiação como a relação biológica, genética entre pai e filho. Além disso, ligado a esse conceito estava o conceito do matrimônio, sendo marginalizado o filho havido fora do casamento, em relações incestuosas ou adúlteras⁵.

Diante da disseminação da adoção e das ideias de direitos humanos, dignidade da pessoa humana, os filhos tidos como ilegítimos pela legislação anterior começaram a ter os mesmos direitos que os filhos tidos na constância do casamento.

A Constituição Federal de 1988, desmarginalizou os conceitos preconceituosos existentes dentro da questão da filiação:

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

[...]

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

Esse conceito foi reprisado no Código Civil de 2002, atualmente vigente, no artigo 1.596. Contudo, ainda existe a divisão legal entre filhos fora do casamento e filiação fora do casamento, em razão de uma carga cultural e ortodoxa ainda existente no ordenamento civil.

Essa divisão justifica-se também por outras questões. VENOSA, por exemplo, acredita ser questão didática:

A partir de meados do século XX, nossa legislação, embarcando em tendência universal, foi sendo alterada para, timidamente a princípio, serem introduzidos direitos familiares e sucessórios aos filhos provindos de relações extramatrimoniais. A Constituição de 1988 culminou por vedar qualquer qualificação relativa à filiação. Desse modo, a terminologia do Código de 1916, filiação legítima, ilegítima e adotiva, de vital importância para o conhecimento do fenômeno, passa a ter conotação e compreensão didática e textual e não mais essencialmente jurídica. (2011, p. 224)

⁵ CC 1916: Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos.

De fato, há didática na separação, existindo regras específicas para cada modo de filiação.

Os filhos que procedem do casamento podem intentar ação de presunção da paternidade ou podem impugná-la, procedimento que não se encaixa nos filhos havidos fora do casamento. Os filhos fora do casamento possuem direito de ter a paternidade reconhecida e, quanto aos filhos adotados, existem procedimentos específicos que devem ser observados. Entretanto, foram banidas todas as expressões de cunho preconceituoso, como filhos adulterinos, legitimados, ilegítimos ou espúrios.

A Lei civil traz ainda a presunção de paternidade e presunção de filiação, sendo considerados filhos concebidos na constância do casamento aqueles nascidos com no mínimo cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal, os “nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”, os “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, os “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” e os “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”⁶. A exceção da presunção é a prova da impotência sexual do cônjuge, conforme preleção 1.599 do referido diploma legal.

Para que se declare a não filiação é preciso que se comprove. Não bastam acusações ou mesmo confissões para que a paternidade do marido seja ilidida. Diante disso, verifica-se certa obsolescência da legislação civil em razão dos avanços tecnológicos. A data da concepção pode ser identificada mediante exames e a paternidade comprovada pelo teste de DNA, tendo sido facilitada a identificação do pai, não havendo mais que se falar em presunção pelo tempo gestacional e pela existência de matrimônio.

Pode-se dizer que hoje a filiação biológica é menos importante que a filiação socioafetiva, que é aquela desprovida de vínculos genéticos. O STF entende que o vínculo afetivo é mais relevante que o biológico pelo princípio do maior interesse do menor. No julgamento do REsp 1167993 / RS, o ministro Luís Felipe

6 Expressões transcritas do artigo 1.597 do CC/2002

Salomão, teceu algumas considerações a respeito da impugnação do registro de nascimento.

De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. (REsp 1167993/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 15/03/2013).

Com o avanço da tecnologia, é preciso ainda analisar a questão da reprodução assistida, que pode ocorrer na constância do casamento. Apesar de não ser matéria regulamentada pelo CC/02, é questão que merece importância.

Essa forma de procriação pode ser homóloga ou heteróloga, a depender do sêmen introduzido. No primeiro caso é do próprio marido ou companheiro enquanto no segundo é de um estranho. O reconhecimento da paternidade nesses casos é de difícil prova, razão pela qual a legislação tende a admitir todos os recursos existentes e possíveis. No entanto, deve-se dizer que é questão irrelevante, já que o maior laço é o afetivo e não o biológico. Quando desse tipo de fecundação, o laço que se estreita é o de amor e não sangue.

A paternidade decorrente de vínculo afetivo é matéria comum na jurisprudência, sendo ela a maior arma para solucionar conflitos, tendo em vista que o CC/02 mostra-se bastante lacunoso.

Negatória de paternidade. Exame de DNA. Desnecessidade. Concepção por meio de inseminação artificial heteróloga. Alegação de falsidade da autorização para a realização da inseminação artificial. Pleito de perícia grafotécnica. Desnecessidade em razão da conduta adotada pelo autor após ter ciência da gravidez de sua ex-esposa e por ter reconhecido o requerido como filho. Paternidade decorrente de vínculo de afetividade. Persistência do dever de prestar alimentos em favor do menor. Reconhecimento. Ação improcedente. Recurso improvido. (TJSP – Ap. Cível 488.467-5-00, 25-4-29007, 10ª Câmara “D” Direito Privado, Rel. Lucas Tambor Bueno).

A regra é que se facilite ao máximo o reconhecimento da paternidade, sendo possível o reconhecimento da filiação a qualquer tempo, sem qualquer

restrição, sendo polemica maior o reconhecimento de filhos ilegítimos ou havidos fora do casamento.

2.1 FILIAÇÃO FORA DO CASAMENTO

A filiação de pais casados dispensa comprovação, pois a presunção de paternidade decorre do matrimônio. Porém, quando a filiação ocorre alheia ao casamento, é preciso que haja comprovação.

Foi sancionada pelo presidente da república, Luiz Inácio Lula da Silva, em 29 de julho de 2009, a lei 12.004, com a finalidade de regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Essa lei regulamenta, em verdade, a presunção da paternidade, nos casos em que o suposto pai se nega a realizar o exame de DNA.

O parágrafo único do artigo 2º A preleciona:

Art. 2º - A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Note-se que ainda que não seja realizado o exame para reconhecimento da paternidade, é possível a sua presunção ainda que não tenha havido casamento entre os pais.

O STJ sumulou tal entendimento por meio do enunciado 301:

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

Ante a ausência de DNA, prova técnica para o reconhecimento, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios se pronunciou no sentido de que indícios e presunções robustos podem acarretar na presunção da paternidade:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DA PROVA TÉCNICA. PROVA INDICIÁRIA ROBUSTA E CONVINCENTE. ACOLHIMENTO DO PEDIDO. ALIMENTOS. DEVER DE SUSTENTO. TERMO A QUO DA OBRIGAÇÃO. CITAÇÃO.

Inexistindo nos autos a prova pericial capaz de propiciar certeza quase absoluta do vínculo de parentesco (exame de impressões do DNA), firme a jurisprudência no sentido de admitir indícios e presunções, desde que robustos, fortes e convincentes, para comprovar a paternidade.

Os critérios para a fixação dos alimentos estão estabelecidos na Lei - art. 400 do Código Civil revogado - possibilidade de quem presta e necessidade de quem pede, sendo certo que quando fixados na sentença que julga

procedente Ação de Investigação de Paternidade, são eles devidos a partir da citação. Precedentes.

(Acórdão n.181761, 20010110648388APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Relator Designado: CARMELITA BRASIL, Revisor: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27/03/2003, Publicado no DJU SECAO 3: 19/11/2003. Pág.: 37).

Há também o entendimento do STJ no mesmo sentido:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME PERICIAL (TESTE DE DNA) EM CONFRONTO COM AS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

- Diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, a valoração da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; (b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.

Recurso especial provido.

(REsp 397.013/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 09/12/2003, p. 279)

Em contrapartida, o reconhecimento voluntário é previsto pelo próprio Código Civil, segundo a inteligência do artigo 1.609:

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

I - no registro do nascimento;

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

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

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

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

Tal reconhecimento gera efeitos. Carlos Roberto Gonçalves traz uma lição muito pertinente sobre as consequências do reconhecimento da paternidade.

O reconhecimento produz efeitos de natureza patrimonial e de cunho moral. O principal deles é estabelecer a relação jurídica de parentesco entre pai e filho. (2011, p. 372)

Maria Berenice Dias traz uma análise jurídica sobre os efeitos do reconhecimento voluntário:

É um ato espontâneo, solene, público e incondicional. Como gera o estado de filiação, é irretratável e indisponível. Não pode estar sujeito a termo, sendo descabido o estabelecimento de qualquer condição (CC 1.613). É ato livre, pessoal e irrevogável e de eficácia *erga omnes*. (2011, p. 379)

Não obstante, pode ainda haver oposição ao reconhecimento. O filho maior somente pode ser reconhecido com seu consentimento e o menor de idade pode impugnar a paternidade nos quatro anos seguintes à maioridade.

No entanto, o reconhecimento da paternidade, se já registrado civilmente, não pode ser revogado, sob pena de relativização da coisa julgada. Após o registro civil, os efeitos da filiação são imediatos, não cabendo retratação, salvo vício de consentimento.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE PARENTESCO PROPOSTA POR IRMÃO CUMULADA COM NULIDADE DE REGISTRO DE NASCIMENTO E INVALIDADE DE CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA. EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EXAME DE DNA. POSSIBILIDADE DE RECUSA DA FILHA SEM O ÔNUS DA PRESUNÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. PRESERVAÇÃO DE SUA PERSONALIDADE, DE SEU STATUS JURÍDICO DE FILHA.

[...]

2. Tratando-se especificamente do exame de DNA e a presunção advinda de sua recusa, deve-se examinar a questão sobre duas vertentes: i) se a negativa é do suposto pai ao exame de DNA ou ii) se a recusa partiu do filho. Em quaisquer delas, além das nuances de cada caso em concreto (dilemas, histórias, provas e sua ausência), deverá haver uma ponderação dos interesses em disputa, harmonizando-os por meio da proporcionalidade ou razoabilidade, sempre se dando prevalência para aquele que conferir maior projeção à dignidade humana, haja vista ser "o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais".

3. Na hipótese, a recusa da recorrida em se submeter ao exame de DNA foi plenamente justificável pelas circunstâncias constantes dos autos, não havendo qualquer presunção negativa diante de seu comportamento. Isto porque, no conflito entre o interesse patrimonial do recorrente para reconhecimento da verdade biológica e a dignidade da recorrida em preservar sua personalidade - sua intimidade, identidade, seu status jurídico de filha -, bem como em respeito a memória e existência do falecido pai, deverá se dar primazia aos últimos.

4. Não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que "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. (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012).

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 1115428/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 27/09/2013).

No julgamento desse recurso, o Ministro Luís Felipe Salomão expos em suas razões:

Não é possível a anulação do registro de nascimento cuja paternidade foi reconhecida em ato notarial pelo "pai registral" mesmo que haja recusa da filha na realização do exame de DNA em ação proposta pelo irmão. Isso porque, conforme precedente desta Corte, o reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, sendo necessária prova robusta no sentido de que o pai que efetuou o registro foi, de fato, induzido a erro ou coagido.

Assim sendo, por mera liberalidade ou suspeita de que o filho não é de quem se pensava ser não é possível a alteração do assentamento civil.

2.2 O PODER FAMILIAR E OS FILHOS

O Direito Civil intitula de poder familiar o conjunto de direitos e deveres que possuem os pais pertinentes aos filhos e seus bens, enquanto menores.

Raquel Pacheco Ribeiro e Silva, promotora de justiça e coordenadora da Comissão de Legislação do IBDFAM-MG, vê o surgimento da figura do poder familiar como uma consequência das alterações sociais sofridas. Tendo as mulheres sido lançadas ao espaço público e os homens levados ao espaço privado. Assim, não se pode dizer hoje que as mães têm mais qualificação para criar os filhos, em razão da aproximação do homem ao ambiente doméstico e das mulheres terem conquistado o mercado de trabalho. Não se trata, em verdade, de um poder, mas sim de um instituto protetivo, “uma gama de deveres, que habilitam os pais a criar a prole com responsabilidade” (SOUZA, 2008, p. 8).

Na constância do casamento ou da união estável o poder familiar é exercido por ambos os pais. Caso haja impedimento ou falte um dos dois, é exercido com exclusividade pelo outro. Importante a ressalva trazida pelo artigo 1.632 do Código Civil, que leciona que a “separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Quanto aos deveres inseridos no poder familiar, o artigo 1.634 os elenca.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Apesar de ser medida um tanto gravosa, o tema é tratado com bastante seriedade pelos tribunais e não faltam julgados nos quais foi retirado dos pais o poder familiar:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CONJUNTO PROBATÓRIO ELUCIDATIVO. INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES MATERIAIS E MORAIS DOS PAIS PARA A CRIAÇÃO DOS FILHOS. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.

I- O poder familiar mostra-se como sendo um conjunto de direitos e deveres pessoais e patrimoniais que os progenitores exercem em relação ao filho menor, não emancipado, e deve ser exercido sempre visando o melhor interesse da criança ou adolescente. Portanto, munidos deste poder, os pais devem educar, criar, assistir moral e materialmente seus filhos. II- As normas relativas à suspensão e à extinção do poder familiar, previstas nos arts. 1.635 a 1.638 do Código Civil são eminentemente protetivas, elaboradas para servirem ao bem-estar do menor, pessoa em desenvolvimento, que não pode ser submetido a determinadas condições, sob pena de danos físicos e prováveis abalos psicológicos irreversíveis. III- Em observância ao princípio do melhor interesse da criança, os pais biológicos devem ser destituídos do poder familiar quando restar demonstrada a falta de capacidade social, psicológica e moral, bem como de possibilidade de oferecer o mínimo de condições para formação saudável e digna do infante. IV- Assim, in casu, a extinção do poder familiar, apesar de sua gravidade e excepcionalidade, é medida que se impõe, face à situação de completo abandono voluntário e imotivado das crianças pelos recorrentes, revelando-se adequada com os interesses e necessidades das mesmas, visando a regularização de sua situação jurídica, para que possam ser colocadas em família substituta, onde possam crescer e se desenvolver de forma saudável. Apelo conhecido e improvido.

(TJGO, APELACAO CIVEL 15324-68.2012.8.09.0071, Rel. DES. CARLOS ALBERTO FRANCA, 2A CAMARA CIVEL, julgado em 06/11/2012, DJe 1189 de 22/11/2012).

A incumbência de criação dos filhos é tão séria que até mesmo o Código Penal trata do tema, sendo caracterizado crime de abandono material e constitui perda do poder familiar.

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

O dever de educação, quando não cumprido, também pode configurar crime:

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Nesse caso, o crime é de abandono intelectual e não diz respeito apenas a frequentar uma escola. Educação engloba lições morais, políticas e cívicas. Essa é a visão do TJGO.

APELACAO CIVEL. ACAO DE DESTITUICAO DO PODER FAMILIAR. MOTIVOS GRAVES. MAE QUE RELEGA O FILHO MENOR AO ABANDONO. CONDUTA DELETERIA. MEDIDA EXTREMADA SOPESSADA. CUM GRANO SALIS. BEM ESTAR E INTERESSE DA CRIANCA.

'Abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar, mas o descaso intencional pela sua criação, educação e moralidade'. revelada a conduta lasciva da mãe adolescente, que se revelou despreparada para o mister educativo-psico-moral, e sem condições mínimas para ter consigo seu rebento, face a sua imaturidade, relegando-o ao abandono, malgrado o desregramento de sua conduta prejudicial, de ordem moral, consistente em atos contrários ao bom costume, que eficazmente podem vir a causar malefícios consideráveis ao filho de tenra idade, impõe a destituição do poder familiar, ex vi do disposto nos artigos 22 e 24, do estatuto da criança e do adolescente; e artigo 1.638, do Código Civil (antigo 935), a vista do interesse e bem estar da criança, que ha de preponderar sobre a pseudo condição emotiva da genitora. Apelo conhecido e improvido.

(TJGO, APELACAO CIVEL 103268-8/188, Rel. DES. JOAO WALDECK FELIX DE SOUSA, 3A CAMARA CIVEL, julgado em 05/06/2007, DJe 15025 de 21/06/2007).

O Poder Familiar não é absoluto e pode ser extinto em algumas situações ou apenas suspenso. A extinção se dá pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial. Um novo casamento de um dos pais não extingue seu poder quanto aos filhos do relacionamento anterior.

Essas decisões judiciais são arroladas no artigo 1.638 do Código Civil, sendo, por motivo de castigo imoderado, abandono do filho, prática comprovada de atos contrários à moral e aos bons costumes. O alcoolismo, por exemplo, pode ser motivo de extinção do pátrio poder:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. GENITOR QUE POSSUI PROBLEMAS DE ALCOOLEMIA, ADOTANDO

COMPORTAMENTO VIOLENTO E AGRESSIVO. SITUAÇÕES DE ABANDONO E MAUS TRATOS. Para o deferimento do pedido de Destituição de Pátrio Poder, deve-se levar em conta sempre a preservação dos interesses do menor, e não de seus pais. Para deferimento do pleito de destituição do pátrio poder, por ser medida grave e definitiva, pressupõe a certeza incontestada de sua necessidade. A perda do pátrio poder só se permite, quando os pais descumprirem, injustificadamente, os seus deveres e obrigações por desídia, emulação e indignidade. O pai dos menores, possui problemas de alcoolemia, adotando comportamento violento e agressivo, Patente a situação de abandono e maus tratos a qual foram submetidas as crianças pelo genitor, expondo seus filhos a situações vexatórias e perigosas. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRJ Ap. Cível nº. 0003646-49.2010.8.19.0006, DES. JORGE LUIZ HABIB - Julgamento: 24/09/2013 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL).

A suspensão ocorre caso haja abuso de autoridade, quando os pais faltarem com seus deveres e arruine os bens dos filhos. Outra situação prevista é quando um dos pais for condenado por sentença irrecorrível em razão do cometimento de crime cuja condenação seja superior a dois anos de prisão.

2.3 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda é a condição de cuidar e proteger. Esta possui duas formas mais comuns, a unilateral e a compartilhada. O Código Civil traz a definição de guarda unilateral e da compartilhada no parágrafo primeiro do artigo 1.583:

Art. 1.583. [...]

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Na guarda unilateral, apenas um dos genitores terão o direito de morar com a criança, podendo o outro visitá-lo da maneira como for convencionado entre eles e/ou judicialmente.

A guarda compartilhada é considerada a situação mais confortável e adequada quando da separação dos pais. Por ela, ambos os genitores são responsáveis pelo exercício de direitos. No julgamento de um Recurso Especial sobre o tema, a Ministra Nancy Andrighi faz brilhantes considerações:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.
2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.
3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.
4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.
5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.
6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.
7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.
8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.
9. O estabelecimento da custódia física conjunta se sujeita, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.
10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.
11. Recurso especial não provido.
(REsp 1251000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011).

Será responsável pela guarda do menor o genitor que se mostrar como em melhores condições de exercê-la, incluindo afeto e também situação financeira. Já é consenso tanto na doutrina como nos tribunais que deve prevalecer o interesse do menor, razão pela qual a questão afetiva é hoje de tão alto relevo. A jurisprudência entende ainda que a guarda pode ser exercida não só pela família natural, pai e mãe, mas também pela família ampliada, mas sempre considerando o interesse do menor.

DIREITO CIVIL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR QUE SE ENCONTRA NA "POSSE DE FATO" DE TERCEIROS.

MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NO SEIO DA FAMÍLIA AMPLIADA.

1. Ação cautelar de busca e apreensão de menor, distribuída em 01/09/2010, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 10/10/2011.

2. Discute-se a busca e apreensão do menor, determinada para que a criança permaneça sob os cuidados da tia materna, enquanto pendente ação de guarda ajuizada por terceiros que detinham a sua "posse de fato".

3. Quando se discute a guarda de menor, não são os direitos dos pais ou de terceiros, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados; é a criança, como sujeito - e não objeto - de direitos, que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada pelos pais ou, quando esses não oferecem condições para tanto, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade.

4. Em regra, apenas na impossibilidade de manutenção da criança no seio de sua família, natural ou ampliada, é que será cogitada a colocação em família substituta, ou, em última análise, em programa de acolhimento institucional.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 1356981/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 08/11/2013).

Veja que o julgado é bem claro, impondo de forma expressa que o que importa não é o direito da guarda, mas o interesse por trás dela. Contudo, prevalece sempre, a preferência na manutenção da criança na família original.

O requerimento de guarda poderá ser feito pelo pai e pela mãe em concordância, ou por qualquer deles em caso de divórcio ou dissolução da união estável. A exigência é que seja decretada pelo juiz, após a realização de audiência de conciliação em que participarão os dois pais, na tentativa de que haja um acordo para estabelecer as condições de criação do menor.

A jurisprudência já prevê, entretanto, a concessão de guarda a outros membros da família que não os pais:

DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA.

1. É sólido o entendimento segundo qual mesmo para fins de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração não prescinde de demonstração da existência de uma das causas listadas no art. 535 do CPC, incorrentes, no caso.

2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.1991), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social.

3. Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de “guarda previdenciária”, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada “Da Família Substituta”, e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo “família”, não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar.

4. O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

(REsp 945.283/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 28/09/2009).

A guarda é situação revogável a qualquer tempo, bastando que o juiz verifique alguma situação que leve a tal medida. Obviamente, em caso de novo casamento não perde o genitor o direito de visita ou mesmo de guarda.

CAPÍTULO III – A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E AS RECENTES DECISÕES DO STJ

3.1 RECONHECIMENTO DOS FILHOS

Como já mostrado no capítulo anterior, a Constituição Federal igualou filhos havidos na constância do casamento, fora do casamento ou adotivos, sendo todos filhos legítimos, não cabendo qualquer distinção na relação ou nos direitos sucessórios e patrimoniais, constatação reprisada no artigo 1.596 do CC/02. No entanto, o Código Civil ainda apresenta algum retrocesso a esse respeito, uma vez que trata de presunção de paternidade e maternidade sendo regra que os filhos devem ser reconhecidos caso não tenham sido concebidos na constância do casamento. Dessa regra, não escapou sequer a união estável.

Sobre isso:

“O único avanço da lei civil foi repetir a regra da igualdade posta na Constituição (CC 1.596). Contudo, logo em seguida, o legislador retroage cem anos e reproduz institutos já totalmente ultrapassados. Quando trata da filiação, refere-se exclusivamente aos filhos havidos no casamento e acaba por definir a paternidade com base em presunções. A filiação matrimonial decorre de uma ficção jurídica. Em face da presunção pater is est, o pai sempre é o marido da mãe. Até os filhos fruto de inseminação artificial, por concepção heteróloga, gozam da condição de filho por mera deliberação legislativa. Já a paternidade do filho extramatrimonial se opera via reconhecimento voluntário ou por sentença judicial, prolatada em ação investigatória de paternidade. Ou seja, o que estabelece o parentesco entre pai e mãe não casados e filho é o ato de reconhecimento” (DIAS, 2015, p. 414).

Os filhos que são concebidos durante o casamento não precisam de reconhecimento, pois gozam de presunção legal, sendo o reconhecimento voluntário, de acordo com a legislação pátria. No que tange aos casais em união estável, os filhos por eles concebidos precisam ser reconhecidos, exceto se já existir prova escrita pré-constituída, como a sentença declaratória de união estável.

Reconhecimento voluntário de paternidade independe da prova de origem genética e é um ato espontâneo, solene, público, incondicional, irrevogável e indisponível, livre, pessoal, irrevogável e de eficácia erga omnes. É ainda ato

personalíssimo, mas pode ser feito por mandato, instrumento público ou particular. Pode ser feito após o falecimento do filho se este deixar descendentes⁷.

Além disso, qualquer que seja a forma que ocorre, tem eficácia declaratória e seus efeitos são *ex tunc*, ou seja, retroagem desde o nascimento da criança.

No reconhecimento, possuem legitimidade os pais da criança, juntos ou não, caso sejam casados. Caso não seja, é preciso o comparecimento de ambos ou mesmo a declaração de consentimento. Nessa esteira, vejamos entendimento do STJ a respeito de Ação negatória de paternidade:

DIREITO CIVIL. PROVA EM AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE.

Em ação negatória de paternidade, não é possível ao juiz declarar a nulidade do registro de nascimento com base, exclusivamente, na alegação de dúvida acerca do vínculo biológico do pai com o registrado, sem provas robustas da ocorrência de erro escusável quando do reconhecimento voluntário da paternidade. O art. 1.604 do CC dispõe que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro." Desse modo, o registro de nascimento tem valor absoluto, independentemente de a filiação ter se verificado no âmbito do casamento ou fora dele, não se permitindo negar a paternidade, salvo se consistentes as provas do erro ou falsidade. Devido ao valor absoluto do registro, o erro apto a caracterizar o vício de consentimento deve ser escusável, não se admitindo, para esse fim, que o erro decorra de simples negligência de quem registrou. Assim, em processos relacionados ao direito de filiação, é necessário que o julgador aprecie as controvérsias com prudência para que o Poder Judiciário não venha a prejudicar a criança pelo mero capricho de um adulto que, livremente, a tenha reconhecido como filho em ato público e, posteriormente, por motivo vil, pretenda "livrar-se do peso da paternidade". Portanto, o mero arrependimento não pode aniquilar o vínculo de filiação estabelecido, e a presunção de veracidade e autenticidade do registro de nascimento não pode ceder diante da falta de provas insofismáveis do vício de consentimento para a desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade. REsp 1.272.691-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 5/11/2013.

Existe ainda a regra de que a mãe tem o direito de não informar o nome do pai, de modo que ela não precisa, mesmo que casada, fazer com que conste a filiação paterna.

Sobre o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, em 1992 foi criada uma lei para regular a investigação de paternidade desses filhos. O Código Civil agregou em seu bojo, no artigo 1.609, regra dessa lei, a 8.560/62:

⁷ Art. 1.609.

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

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

I - no registro do nascimento;

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

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

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

Regra geral, os filhos tidos de relações extraconjugais podem ser reconhecidos “pelos pais, conjunta ou separadamente”, conforme regra contida no artigo 1.607 do Código Civil, mesma regra, portanto dos filhos tidos na constância do casamento. No entanto, caso vão separadamente, o registro será em nome apenas do que compareceu frente ao oficial do registro.

Caso ambos compareçam para o registro conjunto, na certidão não deverá constar o estado civil dos pais. Tal regra, inobstante não constar no código civil, está presente na referida lei, no artigo 5º. Se o registro já tiver sido feito, mas constar ausente os dados do pai, este pode comparecer *a posteriori e proceder* ao registro desde que a mãe anua. Em casos tais, Dias explica:

O pai registral deve ter **ciência prévia** da intenção do genitor. Inviável permitir que alguém, ao ver, por exemplo, que a mãe sofre de greve moléstia e seu filho está registrado somente no nome dela, possa simplesmente comparecer ao cartório e registrar o filho como seu, ainda que não conste da lei tal exigência, melhor atende ao interesse da criança que, comparecendo uma pessoa no registro civil, para espontaneamente reconhecer um filho já registrado pelo outro genitor, este seja ouvido. (2015, p. 418)

O Código Civil amplia as possibilidades de declaração de paternidade, dispondo que qualquer documento que tenha autoria indiscutível é válido, podendo ser até mesmo um e-mail. Qualquer instrumento público ou particular, ainda que perca a validade para o fim que se destina, v.g. o testamento que é invalidado, tem força probante na intenção de reconhecimento de paternidade. Declaração perante juiz também tem validade, um testemunho até mesmo estranho a um processo de reconhecimento de paternidade é suficiente.

Interessante mencionar ainda a regra contida no artigo 1.611 do Código Civil:

Art. 1.611. O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

DIAS, por sua vez, questiona a constitucionalidade desse artigo:

Nada justifica a necessidade da vênia marital, pois deve prevalecer o melhor interesse da criança, sendo assegurado, com prioridade absoluta, o direito à convivência familiar (CF 227). (2015, p. 416)

Se a Constituição Federal coloca como prioridade o interesse do menor, não faz sentido que se estipule uma regra na lei civil que o reconhecimento da paternidade de um filho seja condicionado à aceitação da esposa do pai. No entanto, essa ainda é uma regra válida.

Por fim, vale dizer que os filhos menores de dezoito anos não precisam concordar com o registro paterno. Dias também critica essa regra, uma vez que a criança, maior de doze anos é ouvida quando existe o interesse de adoção, não sendo, portanto, uma regra razoável essa trazida pelo artigo 1.614 do CC/02⁸. Para os maiores de idade, conforme disposição do mesmo artigo, é indispensável a concordância, sendo irrelevante até mesmo exame de DNA ou qualquer prova irrefutável da paternidade.

3.1.1 Adoção

O Direito Romano já previa a figura da adoção, sendo o ato jurídico “pelo qual o *alieni juris* de qualquer sexo deixa sua família de origem e ingressa na família do adotante e fica sob a *pátria potestas* deste” (LUIZ, 1999, p. 70). Um dos objetivos da adoção em Roma era a instituição de herdeiros não sanguíneos. Também poderia ser intenção política, para dar sucessão ao príncipe ou apenas conferir cidadania a um forasteiro.

Atualmente, a adoção de crianças e adolescentes é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. A sanção dessa lei e a revogação expressa de vários artigos do Código Civil vieram para agilizar o processo de adoção e facilitá-lo, existindo, ainda, a imposição constitucional de assistência do Poder Público e homologação por sentença judicial.

Conceitualmente, é “o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha” (GONÇALVES, 2011, p.376). Para Venosa (2011, p. 272), a adoção é uma forma artificial de filiação que imita a

⁸ Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguem à maioridade, ou à emancipação.

filiação biológica, sendo manifestação de vontade de filiação declarada juridicamente.

Apesar de variações conceituais, algumas características foram impostas legalmente pelo ECA, como por exemplo, a excepcionalidade da adoção e sua irrevogabilidade. Essa primeira característica liga-se ao princípio da preferencialidade da manutenção da criança no seio familiar biológico, na família natural. Estabelece o artigo 43 da referida lei que é preciso que existam reais vantagens para o adotando conquistar a guarda do adotado. Porém, não se pode ignorar o princípio máximo do melhor interesse da criança.

Alguns requisitos constituem o processo de adoção. É preciso que o adotante tenha idade mínima de dezoito anos e que a diferença entre ele e o adotado seja de, no mínimo, dezesseis anos. Ainda, a lei impõe o consentimento do pai biológico ou representante legal do adotando e a concordância deste, caso maior de doze anos. Por fim, repisa-se, é preciso que haja benefício efetivo ao adotando e que o processo seja judicial.

O principal efeito da adoção é de ordem pessoal. Esta atribui a “condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes”⁹. Mesmo após a morte dos adotantes, não será restabelecido o pátrio poder da família natural.

Situação interessante que chegou ao STJ merece transcrição: adoção de descendentes por ascendentes baseada no vínculo afetivo.

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HIPÓTESE DE ADOÇÃO DE DESCENDENTE POR ASCENDENTES.

Admitiu-se, excepcionalmente, a adoção de neto por avós, tendo em vista as seguintes particularidades do caso analisado: os avós haviam adotado a mãe biológica de seu neto aos oito anos de idade, a qual já estava grávida do adotado em razão de abuso sexual; os avós já exerciam, com exclusividade, as funções de pai e mãe do neto desde o seu nascimento; havia filiação socioafetiva entre neto e avós; o adotado, mesmo sabendo de sua origem biológica, reconhece os adotantes como pais e trata a sua mãe biológica como irmã mais velha; tanto adotado quanto sua mãe biológica concordaram expressamente com a adoção; não há perigo de confusão mental e emocional a ser gerada no adotando; e não havia predominância de interesse econômico na pretensão de adoção. De fato, a adoção de descendentes por ascendentes passou a ser censurada sob o fundamento de que, nessa modalidade, havia a predominância do interesse econômico, pois as referidas adoções visavam, principalmente, à possibilidade de se deixar uma pensão em caso de falecimento, até como ato de gratidão, quando se adotava quem havia prestado ajuda durante períodos difíceis. Ademais, fundamentou-se a inconveniência dessa modalidade de adoção

no argumento de que haveria quebra da harmonia familiar e confusão entre os graus de parentesco, inobservando-se a ordem natural existente entre parentes. Atento a essas críticas, o legislador editou o § 1º do art. 42 do ECA, segundo o qual "Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando", visando evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuitos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscando proteger o adotando em relação a eventual confusão mental e patrimonial decorrente da transformação dos avós em pais e, ainda, com a justificativa de proteger, essencialmente, o interesse da criança e do adolescente, de modo que não fossem verificados apenas os fatores econômicos, mas principalmente o lado psicológico que tal modalidade geraria no adotado. No caso em análise, todavia, é inquestionável a possibilidade da mitigação do § 1º do art. 42 do ECA, haja vista que esse dispositivo visa atingir situação distinta da aqui analisada. Diante da leitura do art. 1º do ECA ("Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente") e do art. 6º desse mesmo diploma legal ("Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento"), deve-se conferir prevalência aos princípios da proteção integral e da garantia do melhor interesse do menor. Ademais, o § 7º do art. 226 da CF deu ênfase à família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, de modo que o direito das famílias está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana de forma molecular. É também com base em tal princípio que se deve solucionar o caso analisado, tendo em vista se tratar de supra princípio constitucional. Nesse contexto, não se pode descuidar, no direito familiar, de que as estruturas familiares estão em mutação e, para se lidar com elas, não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração. Dessa maneira, não cabe mais ao Judiciário fechar os olhos à realidade e fazer da letra do § 1º do art. 42 do ECA tábula rasa à realidade, de modo a perpetuar interpretação restrita do referido dispositivo, aplicando-o, por consequência, de forma estrábica e, dessa forma, pactuando com a injustiça. No caso analisado, não se trata de mero caso de adoção de neto por avós, mas sim de regularização de filiação socioafetiva. Deixar de permitir a adoção em apreço implicaria inobservância aos interesses básicos do menor e ao princípio da dignidade da pessoa humana. REsp 1.448.969-SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 21/10/2014.

Informativo nº 0545

Período: 10 de setembro de 2014.

Patrimonialmente, a adoção gera o direito a alimentos e à sucessão. A prestação de alimentos é efeito decorrente do parentesco que se estabelece e pode ser devido, inclusive, pelo adotado. O Código Civil de 2002 estabelece ainda, em seu artigo 1.689, incisos I e II que o adotante é usufrutuário dos bens do adotado, enquanto no exercício do poder familiar¹⁰.

Quanto aos efeitos sucessórios, não há mais diferenciação quanto aos filhos adotados e os filhos de sangue. Quanto a genealogia, o ECA dispõe ainda que "é recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante,

10 Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos;

II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária”.

Tamanha a paridade entre filhos de sangue e filhos adotados que até mesmo os efeitos da deserção são aplicados para ambos. As disposições do artigo 1.962 e 1.963 do CC/02 se aplicam a todos.

Quanto à adoção internacional, ela é secundária, e não prevalece sobre a nacional. É feita mediante procedimento específico, previsto nos artigos 165 a 170 do ECA. A grande preocupação com esse tipo de adoção é a possibilidade de que esta possa conduzir ao tráfico internacional de pessoas, pois depois de deferido o pedido torna-se difícil o acompanhamento do processo de adaptação e permanência da criança no seio da família estrangeira. É questão polêmica, a aceitação ou não desse tipo de adoção, mas leva a risca pelo STJ, que possui precedente firmado no sentido de que é preciso verificar que realmente tudo já foi feito na tentativa de manter o menor no país.

ADOÇÃO DE MENOR POR CASAL ESTRANGEIRO. EXCEPCIONALIDADE. ART. 31 DA LEI N. 8.069, DE 13.07.90. MATERIA PROBATORIA. FUNDAMENTO SUFICIENTE DA DECISÃO RECORRIDA NÃO IMPUGNADO.

Colocação de menor em família estrangeira constitui medida excepcional, que somente se justifica depois de exauridas as tentativas para manter a criança na própria família ou colocá-la em família adotiva no próprio país. Acórdão recorrido que, perfilhando tal orientação, não atentou contra o disposto no art. 31 do estatuto da criança e do adolescente.

Assertiva formulada pelos recorrentes de que foram esgotados todos os meios necessários para colocar o menor em lar substituto nacional. Matéria de prova, insuscetível de reexame no âmbito do apelo especial (súmula n. 07-STJ).

- Fundamento expendido pela decisão recorrida, por si só suficiente, que não foi objeto de impugnação pelos recorrentes.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 27.901/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 04/03/1997, DJ 12/05/1997, p. 18804)

A jurisprudência de temas relativos ao direito de família tem evoluído tanto que surpreende positivamente, ao acompanhar as mudanças sociais de forma coerente. Já é possível identificar a possibilidade de adoção por casais homossexuais, sempre com uma análise cautelosa do interesse do menor. Veja julgado proferido pelo STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se

afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.

IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral.

Recurso especial NÃO PROVIDO.

(REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013).

Dessa forma, veja que o casal homoafetivo luta em condições de paridade num pedido de adoção com um casal tradicional, tendo que preencher os mesmos requisitos para obtenção da adoção.

3.2 DECLARAÇÃO DE PARENTALIDADE

É possível considerar que o Código Civil, ao dispor sobre filiação, considera a existência de três tipos de parentesco: o consanguíneo, o civil e o afetivo.

Alguns critérios foram elaborados para determinar a parentalidade, uma vez que, como coloca Maria Berenice Dias, as verdades se sobrepõem. Até 1988, com a promulgação da Constituição Federal, o reconhecimento se dava segundo o critério da verdade legal – a lei ordenava e impunha a verdade. Esse critério foi então substituído pela verdade biológica, constatada em sentença imprescritível:

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.
Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

O critério socioafetivo foi paulatinamente ganhando espaço, tornando-se cada vez mais relevante, se sobrepondo, nos dias atuais, até mesmo à coisa julgada, “pois nada deve obstaculizar o estabelecimento de vínculo jurídico para cancelar uma verdade que não existe” (DIAS, 2015, p. 423). Ausente a filiação afetiva, prioriza-se a biológica. Esse posicionamento decorre da abertura identificada no Código Civil ao dispor no artigo 1.593 que o “parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Contudo, a verdade afetiva não pode se sobrepor ao interesse em descobrir a verdade caso as partes tenham interesse. Tanto o pai quanto o filho podem buscar em juízo o reconhecimento ou a declaração da verdade biológica. É o entendimento do STJ:

"No tocante à existência de paternidade socioafetiva como fator impeditivo do reconhecimento de paternidade biológica, tem-se que o direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da personalidade. Há evidente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana no cerceamento ao direito de reconhecimento da origem genética, merecendo ser privilegiada a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica".

"[...] a jurisprudência da Casa é tranquila em apregoar entendimento segundo o qual a regra que impõe a decadência para impugnar paternidade constante em registro civil, prevista no arts. 178, § 9º, inciso VI, e 362 do CC/1916, aplica-se ao filho natural que, voluntariamente, pretende afastar a paternidade civil, não se mostrando operante na hipótese em que o filho busca o reconhecimento da verdade biológica contra seu genitor ou sucessores [...]".

(AgRg nos EDcl no AREsp 584.493/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 25/09/2015).

Mesmo quando a paternidade é reconhecida expressamente em sentença transitada em julgado, a jurisprudência tem admitido o ajuizamento da ação rescisória com base no artigo 485, VII do Código de Processo Civil, sendo, segundo lição de Gonçalves (2011, p. 363) fruto do reconhecimento do direito real da verdade e do direito personalíssimo da pessoa. Nesse sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO PATERNIDADE - ESTADO DE FILIAÇÃO - PÓLO ATIVO - PAI BIOLÓGICO E PAI AFETIVO - CONCORDÂNCIA INICIAL - AUDIÊNCIA - MANIFESTAÇÃO - DISCORDÂNCIA DE UM DOS POSTULANTES - FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - CONDIÇÃO DA AÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO

- O estado de filiação consiste em direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, especialmente abordado pelo art. 27 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), estando ainda ligado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

- Apesar da relevância das questões quanto à filiação, não se pode perder de vista as regras processuais que objetivam à segurança jurídica das relações.

- O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial. (TJMG - Apelação Cível 1.0027.12.025659-2/001, Relator (a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/06/2015, publicação da súmula em 02/07/2015).

Quanto ao interesse do filho e o reconhecimento do estado de filiação, o entendimento é de que trata de um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A existência de filiação registral não obstaculiza a busca da identificação do vínculo biológico. A jurisprudência confirma isso:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. IDENTIDADE DE NOME EM RELAÇÃO AO AVÔ MATERNO. SUPRESSÃO DO DIFERENCIAL "NETO". ACRÉSCIMO DO PATRONÍMICO PATERNO.

SENTENÇA CONFIRMADA. O acréscimo do patronímico paterno ao nome do autor, que anteriormente era homônimo de seu avô materno, trata-se de alteração que por si impõe a supressão do diferencial "Neto" que havia sido acrescido ao patronímico materno ao tempo do registro de seu nascimento. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70064949993, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 04/11/2015).

3.2.1 A Paternidade Socioafetiva

Como dito em linhas anteriores, a socioafetividade tem tido cada vez mais peso nas questões de direito de família, sobretudo na filiação. Essa mudança foi necessária em razão dos vários tipos de união de pessoas em um mesmo espaço afetivo, não havendo outra forma de denominar que não família. Filhas e filhos criados pelo marido da mãe que não é o pai, filhas e filhos criados por ambos, em contato constante com o pai biológico, mas residindo na mesma casa que o pai socioafetivo. Questões como essas tiveram que ser discutidas e apreciadas pelo judiciário.

O próprio artigo 227 deixa clara a importância da socioafetividade, levando à positivação, ou melhor, à constitucionalização, a máxima da cultura popular: "pai é quem cria". Em outras palavras, a socioafetividade é o reconhecimento da paternidade fundada no afeto, que por muito tempo ficou conhecida como adoção à brasileira.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família citado por Tartuce:

A simples filiação biológica não é qualquer garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação e, portanto, é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais que uma semelhança entre o DNA. (apud Tartuce 2007, p. 368)

Tratando-se de termos jurídicos, o filho é titular do "estado de filiação" que nada mais é que um conjunto de fatos e elementos que tem o condão de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que cria e educa. (GOMES, 1997, P. 168). Em outras palavras, é aquela relação que aos olhos de todos é de pai e filho, mas documentalmente não existe o registro da paternidade.

Para que fique claro o que é o estado de filiação:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA.

AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A chamada "adoção à brasileira", muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora.

2. 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.

3. No caso, ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. De tudo que consta nas decisões anteriormente proferidas, deduz-se que o autor, imbuído de propósito manifestamente nobre na origem, por ocasião do registro de nascimento, pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas.

4. Com efeito, tal providência ofende, na letra e no espírito, o art. 1.604 do Código Civil, segundo o qual não se pode "vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro", do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. 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 o infante vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

5. A manutenção do registro de nascimento não retira da criança o direito de buscar sua identidade biológica e de ter, em seus assentos civis, o nome do verdadeiro pai. É sempre possível o desfazimento da adoção à brasileira mesmo nos casos de vínculo socioafetivo, se assim decidir o menor por ocasião da maioridade;

assim como não decai seu direito de buscar a identidade biológica em qualquer caso, mesmo na hipótese de adoção regular. Precedentes.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1352529/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 13/04/2015).

Caracterizando esse estado de filiação, deve haver o reconhecimento da paternidade socioafetiva. A adoção e a inseminação artificial heteróloga também são consideradas formas de paternidade socioafetiva.

O Direito, sobretudo o direito de Família sofre variações, transformações constantes, pois deve acompanhar a evolução da sociedade. Hoje a luta por desdiferenciação dos filhos, devendo todos ser considerados somente "filhos" e não filhos legítimos, adotados, ilegítimos, etc. A jurisprudência caminha no sentido de

que não deve haver diferenciação também quanto a paternidade, sendo pai o que assume o papel de um, conforme disposição do ECA:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Vê-se que trata de caso em que o pai quer ser pai de alguém que quer ser filho. Trata exclusivamente da vontade de exercer papéis. Por que então o judiciário posicionar-se contra? É por esse raciocínio que a jurisprudência é majoritariamente favorável à paternidade socioafetiva. Os filhos que compõem a família por afeto terão exatos direitos e deveres dentro da instituição familiar, assim como os pais.

Dessa forma, as obrigações são as mesmas constantes nos artigos 39 a 52 do ECA que trata da adoção, que, entre outros:

- a) a declaração do estado de filho afetivo;
- b) a feita ou a alteração do registro civil de nascimento;
- c) a adoção do sobrenome dos pais afetivos;
- d) as relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos;
- e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológicos;
- f) a herança entre pais, filhos e parentes sociológicos;
- g) o poder familiar;
- h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos;
- i) o direito de visitas, entre outros. (da Silva, Regina Beatriz Tavares, and MARGARETH PEREIRA ELIAS. "Paternidade sócio-afetiva.").

Em outras palavras:

A paternidade além de produzir efeitos no âmbito pessoal (uso do nome) e social (status de filho) produz efeitos nas relações econômicas e patrimoniais, gerando reflexos no direito das obrigações, como prestar alimentos e pleitear alimentos, nos termos do artigo 229 da Constituição de 1988, já no âmbito da responsabilidade civil, o pai responde pelos atos dos filhos enquanto menores ou incapazes e por último no direito sucessório o direito a herança. (COSTA, J., 2009)

A doutrina e a jurisprudência, majoritariamente, entendem que tais direitos e obrigações independem de ação judicial, bastando a comprovação do vínculo, o evidente estado de filiação e a ostentação da relação filho e pai para a sociedade, em outras palavras, é preciso que haja nome, trato e fama.

Quanto ao nome, existe desde 2009 a Lei nº 11.924 (Lei Clodovil) que alterou o artigo 57 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) para determinar que o enteado ou enteada poderá “requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de

família”. Em casos tais, ocorre a supressão do nome de família e a substituição pelo nome do padrasto ou madrasta.

Pode-se ainda depreender da leitura do artigo 1.605 da lei civil que a prova de filiação pode dar-se por afeto e publicidade:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

No entanto, assim como todos os outros tipos de filiação esta é irrevogável e irretroatável, podendo dar-se por decisão judicial ou por ato espontâneo do pai no registro do filho. A partir desse reconhecimento, por qualquer das formas que se dê, o filho passa a ter todos os direitos e deveres, como ilustrado acima, sendo-lhe assegurada a proteção constitucional.

3.2.1.1 *Ação declaratória de paternidade socioafetiva*

Passou-se a sustentar, em razão da relevância do vínculo parental constituído por afeto que se busque judicialmente não a investigação da verdade real, mas a confirmação, pelo Judiciário da filiação que já se consolida factualmente. Assim sendo, a jurisprudência dos tribunais tem confirmado a possibilidade dessa nova espécie de ação, a de investigação ou declaratória de paternidade socioafetiva.

Nas palavras do desembargador José Carlos Teixeira Giorgis,

[...] é absolutamente razoável e sustentável o ajuizamento de ação declaratória de paternidade socioafetiva, com amplitude contraditória, que mesmo desprovida de prova técnica, seja apta em obter veredicto que afirme a filiação com todas suas consequências, direito a alimentos, sucessão e outras garantias.

O que se fará em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa, solidariedade humana e maior interesse da criança e do adolescente.

Admitir-se a impossibilidade jurídica do pedido seria rejeitar o acesso à justiça e desprezar a igualdade que os tribunais reconhecem aos diversos tipos de paternidade.

Nas ações dessa natureza, assim como nas demais ações de reconhecimento de paternidade ou negatória desta, é possível a relativização da coisa julgada, por precedente consolidado do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 363.889-DF de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(RE 363889, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420).

Quanto à prescrição, não há consenso, na verdade, uma vez que não há alguns dispositivos que poderiam ser aproveitados para essas matérias, mas são todos contraditórios. No entendimento da maioria, entretanto, essa ação é imprescritível, além de personalíssima e indisponível.

Apelação Cível. Ação declaratória de reconhecimento de paternidade c/c cancelamento/retificação de registro civil. AGRAVOS RETIDOS. Ilegitimidade ativa da autora. Demais matérias devolvidas na apelação. I - Não há falar em ilegitimidade do filho para o ajuizamento da ação investigatória de paternidade c/c retificação do registro civil, na qual se pretende alterar o estado de filiação, substituindo, no registro de nascimento, o pai que ali consta por aquele que acredita ser o pai verdadeiro. II - Agitada na apelação as mesmas matérias objeto dos agravos retidos, advém sua prejudicialidade. APELAÇÃO. Decadência e prescrição. Não configuração. Paternidade. Comprovação. Perícia genética. Paternidade socioafetiva. Não comprovação. III - O direito de investigação de paternidade, por se referir ao estado da pessoa e ser corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, baliza da Carta Magna de 1988, é imprescritível e não se sujeita, ademais, a qualquer prazo decadencial, assim como são imprescritíveis as ações de estado e de nulidade do registro civil anterior. Inteligência da Súmula 149 do STF. IV - Embora não haja graduação de provas, o exame de DNA goza de posição privilegiada, só podendo ser ilidido mediante provas robustas que demonstrem em

sentido contrário. Assim, não infirmada a conclusão da perícia genética por outra prova técnica forte e idônea em contrário, é irrelevante a comprovação do relacionamento da mãe da apelada com o investigado/apelante, tal como pretende fazer-se crer o recorrente. V - A filiação socioafetiva resulta da posse do estado de filho, que consiste na situação em que a pessoa é tratada como filho pela família, usa o nome familiar e é reconhecida socialmente como membro daquele núcleo familiar, o que não restou comprovado nos autos. VI - Comprovada a paternidade atribuída ao réu/recorrente, acolhe-se a pretensão de investigação de paternidade, com os consectários legais. Primeiro Agravo Retido desprovido. Segundo Agravo Retido prejudicado. Apelo conhecido e desprovido.

(TJGO, APELACAO CIVEL 350403-42.2005.8.09.0051, Rel. DES. CARLOS ALBERTO FRANCA, 2A CAMARA CIVEL, julgado em 21/05/2013, DJe 1312 de 29/05/2013).

Sendo matéria ainda nova, a paternidade socioafetiva não é um consenso entre os tribunais, em que pese o STJ ter se posicionado recentemente de maneira favorável à sua declaração e à sua irretratabilidade.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA COM O ADOTANTE. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO. DESNECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva.

2. O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal.

3. A realidade dos autos, insindicável nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade.

4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade.

5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil).

6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1444747/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 23/03/2015).

No julgamento de outro recurso, o STJ negou pedido de pai adotivo para mudar o registro do filho após a separação, notícia publicada no site do Tribunal:

Nas ações negatórias de paternidade ajuizadas pelo pai que consta no registro de nascimento, a paternidade socioafetiva, em princípio, deve prevalecer sobre a verdade biológica. Com

esse entendimento, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não acolheu pedido de um cidadão para excluir seu nome dos registros notariais de uma criança que ele aceitara registrar.

Para o colegiado, ficou claro no processo que o cidadão assumiu voluntariamente a paternidade, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e a partir daí se estabeleceu vínculo afetivo que só cessou com o término da relação entre ele e a mãe da criança.

“De tudo o que consta nas decisões anteriormente proferidas, deduz-se que o autor, imbuído de propósito manifestamente nobre por ocasião do registro de nascimento, pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas”, afirmou o relator do caso, ministro Luís Felipe Salomão.

Em casos pioneiros e bastante recentes, o Tribunal do Distrito Federal e Territórios reconheceu a possibilidade de adoção póstuma, assim como o TJGO:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. INEXISTÊNCIA DE PAI REGISTRAL/BIOLÓGICO. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO PATERNO-FILIAL QUE CARACTERIZA A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INCLUSÃO DO NOME PATERNO. ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE INVENTARÁRIO E PARTILHA. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Os apelantes pretendem a modificação da r. sentença da instância a quo para que seja julgado improcedente o pedido de reconhecimento de paternidade socioafetiva e, por consequência seja declarada a legalidade da partilha dos bens anteriormente registrada.

2. Os adquirentes dos direitos sobre o imóvel, objeto do pedido de anulação da Escritura Pública de Inventário e Partilha, alegam, em sede preliminar, a ilegitimidade passiva, sob entendimento de não ser possível incluir o espólio no polo passivo, mas somente os herdeiros. A preliminar não merece prosperar em virtude da superveniência de fato modificativo do direito que pode influir no julgamento da lide, conforme art. 462 do Código de Processo Civil, com a possibilidade da ocorrência da evicção.

3. A paternidade socioafetiva é construção recente na doutrina e na jurisprudência pátrias, segundo o qual, mesmo não havendo vínculo biológico alguém educa uma criança ou adolescente por mera opção e liberalidade, tendo por fundamento o afeto. Encontra guarida na Constituição Federal de 1988, § 4º do art. 226 e no § 6º art. 227, referentes aos direitos de família, sendo proibidos quaisquer tipos de discriminações entre filhos.

4. A jurisprudência, mormente na Corte Superior de Justiça, já consagrou o entendimento quanto à plena possibilidade e validade do estabelecimento de paternidade/maternidade socioafetiva, devendo prevalecer a paternidade socioafetiva para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole.

5. No caso dos autos resta configurado o vínculo socioafetivo entre as partes, que se tratavam mutuamente como pai e filho, fato publicamente reconhecido por livre e espontânea vontade do falecido, razão pela qual deve prevalecer o entendimento firmado na sentença quanto à declaração do vínculo paterno-filial, resguardando-se os direitos sucessórios

decorrentes deste estado de filiação, e respectiva anulação da Escritura Pública de Inventário e Partilha anteriormente lavrada.

6. Recursos conhecidos e não providos. Sentença mantida integralmente. (Acórdão n.895903, 20110210037040APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Revisor: TEÓFILO CAETANO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/09/2015, Publicado no DJE: 06/10/2015. Pág.: 186).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COM PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVAS E ADOÇÃO PÓSTUMAS. AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA DE INVENTÁRIO E PARTILHA CUMULADA COM CANCELAMENTO DE AVERBAÇÃO EM REGISTRO DE IMÓVEL E PEDIDO CAUTELAR. DIREITOS RECONHECIDOS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO REJEITADA. ANULAÇÃO DA PARTILHA. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO AFASTADO. I- Não obstante o artigo 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, disponha que a adoção póstuma somente poderá ser deferida se, após inequívoca manifestação de vontade, os adotantes vierem a falecer no curso do procedimento, no caso em estudo, apesar de inexistir essa vontade expressa por parte dos de cujus, o pleito de adoção póstuma não foi o único formulado, sendo cumulado com o pedido de declaração de maternidade e paternidade socioafetivas, razão pela qual o processo deve prosseguir. II- A filiação socioafetiva pressupõe a existência de dois elementos caracterizadores: a) a vontade clara e inequívoca dos pretensos pais socioafetivos, de serem reconhecidos, voluntariamente, como tais; b) a configuração da denominada “posse de estado de filho”, compreendida como sendo o tratamento despendido pelos pais (afeto, segurança, dependência econômica), o nome dos pais e, por fim, ser a situação fática de notório conhecimento no meio social em que vivem. III- No caso em análise, a robustez das provas produzidas levaram ao reconhecimento da filiação socioafetiva referente aos tios maternos da autora, já falecidos, que a criaram como se filha fosse desde os dois anos de idade. IV- A filha, cuja filiação socioafetiva só foi reconhecida depois de encerrado o inventário, deve ter contado o prazo para reclamar a herança somente a partir da sentença que reconhece a paternidade, não estando configurada a prescrição do artigo 2.027 do Código Civil. V- Quanto ao prequestionamento, evidenciado que os temas arguidos foram devidamente abordados, não há necessidade de menção expressa a todos os dispositivos citados. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

(TJGO, APELACAO CIVEL 458970-75.2012.8.09.0067, Rel. DR (A). WILSON SAFATLE FAIAD, 6A CAMARA CIVEL, julgado em 06/10/2015, DJe 1889 de 14/10/2015).

Na contramão dessas decisões, também é possível encontrar jurisprudências onde a paternidade biológica se sobrepõe em importância à socioafetiva:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO REGISTRO DE NASCIMENTO. DIREITO FUNDAMENTAL. QUESTÃO ATINENTE A ESTADO DE PESSOA. BUSCA DA VERDADE REAL. 1. Constatado por exame de tipagem de DNA a negativa da paternidade registrada por erro, deve prevalecer a verdade biológica em detrimento da paternidade socioafetiva, laço que se constrói de maneira espontânea. 2. O direito à filiação é fundamental e decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a garantia deve ser assegurada tanto ao

postulante, que não pode ser compelido a suportar os efeitos jurídicos de uma paternidade sabidamente inexistente, quanto à criança, dada a importância de seu patrimônio genético e possibilidade de escolha de buscar suas verdadeiras origens. APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

(TJGO, APELACAO CIVEL 96413-94.2010.8.09.0100, Rel. DR (A). MARCUS DA COSTA FERREIRA, 6A CAMARA CIVEL, julgado em 28/04/2015, DJe 1778 de 06/05/2015).

Maria Berenice Dias apresentou em sua obra sobre Direito de Família casos em que a jurisprudência admitiu que no registro conste o nome de dois pais ou duas mães: “a filiação genética e a socioafetiva, o que passou a ser chamado de **multiparentalidade**” (DIAS, 2015, p. 423).

Do rol extenso de jurisprudências do STJ e de outros tribunais locais fica claro que a matéria em questão é nova e merece cuidado. Apesar da importância da verdade real e o reconhecimento do vínculo biológico na parentalidade, é fato que ter o mesmo sangue não é sinônimo de paternidade responsável e comprometida. Da mesma forma, a pessoa que casa-se com alguém que já tem um filho não necessariamente desenvolverão vínculos afetivos parentais com ele.

Assim sendo, é importante que se mantenha nos tribunais a individualização dos julgados de modo a analisar cada caso e efetuar julgamentos específicos comprometidos com os princípios do melhor interesse da criança, igualdade e dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A socioafetividade tem tido cada vez mais peso nas questões de direito de família, sobretudo na filiação. Essa mudança foi necessária em razão dos vários tipos de união de pessoas em um mesmo espaço afetivo, não havendo outra forma de denominar que não família. Filhas e filhos criados pelo marido da mãe que não é o pai, filhas e filhos criados por ambos, em contato constante com o pai biológico, mas residindo na mesma casa que o pai socioafetivo. Questões como essas tiveram que ser discutidas e apreciadas pelo judiciário.

Passou-se a sustentar, em razão da relevância do vínculo parental constituído por afeto que se busque judicialmente não a investigação da verdade real, mas a confirmação, pelo Judiciário da filiação que já se consolida factualmente. Assim sendo, a jurisprudência dos tribunais tem confirmado a possibilidade dessa nova espécie de ação, a de investigação ou declaratória de paternidade socioafetiva.

Verificou-se que, assim como todos os outros tipos de filiação, a paternidade socioafetiva é irrevogável e irretratável, podendo dar-se por decisão judicial ou por ato espontâneo do pai no registro do filho. A partir desse reconhecimento, por qualquer das formas que se dê, o filho passa a ter todos os direitos e deveres, como ilustrado acima, sendo-lhe assegurada a proteção constitucional.

Concluiu-se que do rol extenso de jurisprudências do STJ e de outros tribunais locais a matéria em questão é nova e merece cuidado. Apesar da importância da verdade real e o reconhecimento do vínculo biológico na parentalidade, é fato que ter o mesmo sangue não é sinônimo de paternidade responsável e comprometida. Da mesma forma, a pessoa que casa-se com alguém que já tem um filho não necessariamente desenvolverão vínculos afetivos parentais com ele.

Assim sendo, é importante que se mantenha nos tribunais a individualização dos julgados de modo a analisar cada caso e efetuar julgamentos específicos comprometidos com os princípios do melhor interesse da criança, igualdade e dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2010.

BRASIL, Lei Federal, 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. **Dispõe sobre o Código de Processo Civil**.

BRASIL, Lei Federal, 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**.

BRASIL, Lei Federal, 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA**.

BRASIL, Lei Federal 8.971, de 29 de Dezembro de 1994. **Dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**.

BRASIL, Lei Federal 9.278, de 10 de Maio de 1996. **Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal**.

BRASIL, Lei Federal, 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Dispõe sobre o Código Civil**.

BRASIL, Lei Federal 10.741, de 1 de Outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.stf.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Disponível em <www.tjgo.jus.br>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em <www.tjrs.jus.br>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em <www.tjsc.jus.br>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em <www.tjmg.jus.br>

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em <www.tjsp.jus.br>

Costa, Juraci. "Paternidade socioafetiva." Revista Jurídica 13.26 (2009): 127-140.

GIORGIS, J. C. T.; **União Homoafetiva Estável**. Adoção Unilateral. Inseminação.. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 932, p. 447-502, 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 168.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6**: Direito de

Família. 8ª ed. [rev/ atual]. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAZZARINI, Patrícia Daher. **A proteção da criança pelo exercício da guarda de menores e da visita**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16112011-162342/>>. Acesso em: 2014-01-29.

LIMA, A., Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280> Acesso em 13 nov 2015.

LUIZ, Antônio Filardi. **Curso de Direito Romano**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, Denise Maria Perissini. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: O que é isso?**. São Paulo: Editora Autores Associados LTDA, 2010.

SILVA, Evandro Luiz. RESENDE, Mário. MOTTA, Maria Antonieta Pisano. CARNEIRO, Terezinha Féres. VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva. SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. DIAS, Maria Berenice. SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro. **Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião – Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos**. Porto Alegre: Editora Equilíbrio, 2008.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: família. Flávio Tartuce, José Fernando Simão. São Paulo: Método, 2007. v. 5.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.