

ISABELLA LORENA VIEIRA

**DIREITO À FILIAÇÃO: a possibilidade de coexistência entre a
paternidade biológica e a paternidade socioafetiva**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

ISABELLA LORENA VIEIRA

**DIREITO À FILIAÇÃO: a possibilidade de coexistência entre a
paternidade biológica e a paternidade socioafetiva**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor M.e Rivaldo Jesus Rodrigues.

ANÁPOLIS - 2018

ISABELLA LORENA VIEIRA

**DIREITO À FILIAÇÃO: a possibilidade de coexistência entre a
paternidade biológica e a paternidade socioafetiva**

Anápolis, _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a paternidade socioafetiva, a paternidade biológica e a possibilidade de coexistência de ambas. A metodologia utilizada é a de pesquisa bibliográfica, apresentando-se um panorama das várias posições existentes adotadas pelas doutrinas, artigos e jurisprudências dos tribunais. Para fins didáticos, o trabalho se divide em três capítulos. Inicialmente, procede-se a exposição conceitual de família e sua evolução histórica. O segundo capítulo traz uma análise da filiação, bem como da posse do estado de filho, por meio de diferentes posicionamentos doutrinários acerca do tema e conteúdos necessários a sua compreensão. Por fim, no terceiro capítulo, o trabalho volta-se especificamente para a face da paternidade socioafetiva, sua relação com a paternidade biológica e com outros institutos, como a adoção a brasileira, utilizando-se da jurisprudência nacional, abordando-se, inclusive, a evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito à filiação. Paternidade Socioafetiva. Paternidade Biológica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPITULO I – DA FAMÍLIA	03
1.1 Evolução histórica da família.....	04
1.2 Constitucionalização do Direito de Família.....	05
1.2.1 Principio da afetividade	07
1.3 As novas espécies de família	07
1.3.1 Família matrimonial	08
1.3.2 União estável.....	08
1.3.3 Família monoparental.....	09
1.3.4 Família Anaparental	09
1.3.5 Família homoafetiva	09
1.3.6 Família substituta	10
1.3.7 Família poliafetiva	11
1.4 O afeto como valor jurídico nas relações familiares	12
CAPITULO II – DA FILIAÇÃO	13
2.1 Conceito de Filiação.....	13
2.2 Filiação por substituição.....	14
2.3 Da filiação por adoção.....	15
2.4 Do parentesco	16
2.5 Posse do estado de filho	17
2.6 Das modalidades de reconhecimento dos filhos	18
2.7 Presunções de paternidade.....	19
2.8 Direito à origem genética.....	20
2.9 Da multiparentabilidade.....	21
CAPITULO III - DA PATERNIDADE AFETIVA E DA PATERNIDADE BIOLÓGICA.....	23

3.1 Paternidade biológica.....	23
3.2 Paternidade jurídica	23
3.3 Paternidade socioafetiva	24
3.4 Adoção à brasileira.....	25
3.5 Pressupostos para o reconhecimento da paternidade socioafetiva	26
3.6 Prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica.....	27
3.6.1 Entendimento do STF.....	29
3.7 Desconstituição da paternidade socioafetiva	30
3.8 Deveres do pai socioafetivo	31
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

A sociedade passa por transformações, por esse motivo, o direito e seus institutos se modificam. Destarte, a presente monografia tem como objetivo central analisar a evolução histórica do direito de família e seus institutos, em especial o direito a filiação, no que concerne a paternidade socioafetiva e a biológica.

Enfatizam-se pesquisas realizadas, por meio de compilação bibliográfica, bem como jurisprudências e normas do sistema jurídico brasileiro. Assim sendo, pondera-se que, este trabalho foi sistematizado de forma didática, em três partes.

O primeiro capítulo trata da evolução do conceito de família e do surgimento das várias espécies de família que surgiram com o advento da Constituição Federal de 1988 que equiparou a União estável ao casamento, garantindo aos institutos, mesmo direito.

O segundo capítulo desenvolve o conceito de filiação, suas novas características e espécies. Bem como, trata da evolução da filiação com o advento da Carta Magna de 1988, que trouxe o princípio da isonomia e aboliu a diferenciação entre filhos biológicos, adotivos, legítimos, ilegítimos, etc.

Por fim, o terceiro capítulo trata as figuras da paternidade biológica e da paternidade socioafetiva. Trazendo à baila a discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da possibilidade de coexistência de ambas.

A pesquisa desenvolvida espera colaborar mesmo que de forma modesta, para a melhor compreensão da questão planteada, indicando observações

emergentes de fontes secundárias, tais como posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, a fim de serem aplicadas quando do confronto judicial com o tema em relação ao caso concreto.

CAPITULO I – DA FAMÍLIA

No direito brasileiro, encontram-se vários conceitos de família, dentre as quais se pode citar, o apresentado pelo Código Civil vigente, que define a família em sentido restrito, como pessoas ligadas por relação conjugal ou de parentesco. Já em sentido amplo família pode ser conceituada como parentesco, ou seja, é o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza parental.

Assim, a família pode ser conceituada como sendo o organismo social ao qual o homem pertence pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra inserido em determinado momento histórico, cultural e religioso e que se encontra inserido.

A Carta Magna vigente inovou ao reconhecer como entidade familiar não apenas a família formada por vínculos matrimoniais, mas também aquela formada pela união estável e pela monoparentabilidade.

As relações de parentesco são regidas pelo direito parental e contém normas a regular sobre filiação, adoção, poder familiar e adoção. Esse direito rege, portanto, relações pessoais e econômicas entre parentes, criando o grande ramo do direito de família.

Tem-se o direito de família como o ramo do direito civil que estabelece as normas das relações entre pessoas unidas pelo casamento, união estável ou vínculo de parentesco. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, o direito de família, se comparado a todos os outros ramos do direito, é o que encontra-se mais

intimamente ligado à própria vida, afinal, os indivíduos no geral são providos de um organismo familiar.

1.1 Evolução histórica da família

Desde os primórdios já se tem relatos da existência de família, já nos tempos mais remotos sabe-se que onde houve civilização teve a presença da família. Todavia, o conceito e a compreensão de família são os que mais se alteraram com o passar do tempo.

É a partir do direito romano que a evolução da família ganha importância. De estrutura patriarcal e baseada na hierarquia, a família romana era comandada pelo *pater familias*, que exercia sua autoridade sobre os demais membros do núcleo familiar.

No direito romano, o qual deu base ao direito brasileiro, a família era organizada sobre o princípio da autoridade, onde o chefe da família exercia poder de vida e de morte sobre os descendentes e a mulher era totalmente subordinada à autoridade marital. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribua justiça. (2016, p. 32)

Ao decorrer do tempo, a severidade e o autoritarismo foram sendo esquecidos, principalmente com a concepção cristã tomando espaço no direito romano, onde foram predominando as preocupações de cunho moral no âmbito familiar. (VIANNA, 2016)

Já na Idade Média, as relações familiares eram regidas exclusivamente pelo direito canônico, onde o casamento religioso era o único aceito. Tal fato teve grande influência na concepção da família brasileira, dada a grande importância dos conceitos do direito canônico para a formação do direito brasileiro. Com o

surgimento da família cristã e o conseqüente desaparecimento da família pagã, o conceito hoje conhecido de família ganhou um caráter de culto, mesmo o casamento sendo tratado, em uma história mais recente, sob um prisma jurídico. Sílvia Venosa(2015, p. 36) observou que “[...] a ciência do direito demonstrou nos últimos séculos o caráter temporal do casamento, que passou a ser regulamentado pelo Estado, que o inseriu nas codificações a partir do século XIX como baluarte da família”.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o direito privado passou por profundas transformações em sua estrutura. Um dos ramos do direito que mais sofreu os reflexos de tais transformações foi o direito civil, em especial o direito de família.

Ocorre, portanto, uma ressystematização do direito civil a partir da instauração de uma nova Ordem Constitucional. Nessa seara, o direito de família passou a ser totalmente reconstruído a partir da isonomia e da solidariedade social.

Destarte, a família constitucionalizada se contrapõe ao modelo discriminatório e inflexível imposto pela antiga lei civilista. Assim, é possível chegar à conclusão de que existe, um direito de família inteiramente interpretado à luz da Constituição Federal vigente.

1.2 Constitucionalização do Direito de Família

O antigo Código Civil, promulgado em 1916, visava à criação de um sistema de regras que englobasse todos os aspectos da vida privada, com o intuito de reger as mais diversas relações concernentes ao indivíduo. Nessa linha de pensamento, explicitou Paulo Lobô:

[...] concretizou o ideário iluminista da liberdade e igualdade dos indivíduos. Todavia, a liberdade era voltada à aquisição, domínio e transmissão da propriedade, e a igualdade ateu-se ao aspecto formal, ou seja, da igualdade formal de sujeitos abstraídos de suas condições materiais ou existenciais. Mas a família, nas grandes codificações liberais burguesas, permaneceu no obscurantismo pré iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque estava à margem dos interesses

patrimonializantes que passaram a determinar as relações civis (2017, p. 369).

Destarte, o Código Civil de 1916 baseava-se em uma ótica extremamente individualista e patrimonialista, refletindo o patriarcalismo outrora vigente e os padrões sociais da época. Não havia uma preocupação com o “ser”, mas unicamente com o “ter”. Valorizou-se a propriedade privada e o contrato, adotando-se uma ideologia puramente liberal.

A Constituição Federal promulgada em 1988, conhecida como “constituição cidadã”, foi um marco no direito privado e fez uma verdadeira releitura dos institutos deste ramo.

No contexto de redemocratização, o direito de família também ganhou novos conceitos e grande evolução no direito brasileiro. Destarte, a família não é somente a originada do casamento, mas também a família monoparental, a união homoafetiva e a união estável; Os filhos, advindos ou não do casamento, possuem os mesmos direitos e a mesma dignidade; As relações familiares passam a ser pautadas pelo afeto, e não puramente pelo vínculo biológico.

Após a promulgação do texto constitucional em 1988denota-se uma verdadeira preocupação com a valorização de cada membro da família, já que o foco do legislador passou a ser o indivíduo.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na família, emancipando a mulher da posição de inferioridade que antes ocupava, conforme já se foi comentado anteriormente. Consagrou a igualdade entre os filhos, independentemente se são de origem biológica ou afetiva, proibindo a discriminação entre os mesmos, além de assegurar absoluta prioridade à criança e ao adolescente.

A concepção de família passa a ser fundada na afetividade, e não mais pelo modo de sua constituição. A Carta Magna superou uma época de desigualdades, preconceito e hipocrisia, prevalecendo após sua promulgação uma visão plural de família, onde os indivíduos têm o direito de escolha quanto à forma

de constituição e manutenção da entidade familiar que melhor se adeque ao seu modo de viver.

1.2.1 Princípio da afetividade

O afeto pode ser conceituado como interação, ligação ou sentimento que liga diferentes pessoas. Obviamente está presente nas relações tanto de forma positiva, o amor, quanto de forma negativa, o ódio.

Apesar de divergências em relação ao afeto como princípio jurídico no direito de família, a solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento jurídico brasileiro. (CALDERON, 2013)

Apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se a afetividade é um princípio do nosso sistema. Como se sabe, os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.

A multiparentalidade é um caminho sem volta do Direito de Família Contemporâneo, consolidando ainda mais a afetividade como um verdadeiro princípio jurídico do ordenamento brasileiro.

1.3 As novas espécies de família

Atualmente, no início do Século XXI, superado o conceito cristão, pode-se dizer que a célula básica da família, formada por pais e filhos, não sofreu grandes alterações. Todavia, a família atual se diferencia das antigas no que tange suas finalidades, composição e papel de pais e mães. Marco Aurélio S. Vianna preceitua que:

Hoje a família não decorre somente do casamento civil e nem é concebida exclusivamente como união duradoura entre homem e mulher. Por força do disposto no parágrafo 4º do artigo 226 da CF, a

família é concebida, na sua noção mínima, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, abrangendo, também, as outras formas de entidade familiar, como aquela decorrente do casamento civil, do casamento religioso, e da união estável entre o homem e a mulher, nos termos dos outros dispositivos contidos no artigo 226. (2017, p. 47)

No mesmo sentido, observou Sílvio de Salvo Venosa (2016, p. 38) que “a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família”. Diante do exposto, cabe elencar as espécies de família existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

1.3.1 Família matrimonial

Tal tipo de família é a que se dá por meio do casamento, era a única espécie reconhecida até 1988. Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.514 ilustra que: “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Ainda, o mesmo diploma em seu artigo 1.566 delinea os direitos e 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.

Destarte, a família matrimonial é a mais antiga forma de união familiar reconhecida no direito brasileiro.

1.3.2 União estável

O reconhecimento da união estável como instituição familiar só veio com o advento da Constituição de 1988 (art. 226, § 7º) e “representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio”, conforme preceitua Venosa (2016, p. 42).

O Código Civil de 2002 também passou a regular a União Estável da seguinte maneira: “Art. 1.723 - É reconhecida como entidade familiar a união entre

homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

É, portanto, uma união não passageira, mais sim estável, existente entre pessoas unidas sobre um vínculo de afinidade, sem nenhuma formalidade para tanto.

1.3.3 Família monoparental

Na família monoparental, tem-se um dos pais e seu ou seus descendentes, ou seja, somente o pai ou somente a mãe convivendo com o filho ou filhos.

Preceitua Silvio de Salvo Venosa que a família monoparental é a que um progenitor vive sem a presença do outro:

A família monoparental, referida na Constituição (art. 226, § 4º), é aquela na qual um progenitor vive sem a presença do outro na convivência e criação dos filhos. Esse núcleo geralmente é formado pela mãe, mas não é estranho que seja conduzido pelo pai. São vários os fatores que fazem surgir esse fenômeno social, não se resumindo às situações das chamadas mães solteiras (2017, p. 135).

Destarte, a família monoparental é comum na realidade brasileira, independente das circunstâncias pelas quais ela se formou.

1.3.4 Família Anaparental

Venosa, ao citar Rolf Madaleno, esclarece que a família anaparental é aquela na qual estão ausentes o pai e a mãe, havendo convivência apenas entre irmãos. Essa entidade deve ser protegida da mesma forma que os demais núcleos familiares.

1.3.5 Família homoafetiva

Tal espécie é formada por pessoas do mesmo sexo que se ligam por um laço afetivo. Embora seja discutida apenas em doutrina e jurisprudência, vez que

não possui legislação específica, ela existe, devendo ser respeitada como entidade familiar como as demais espécies anteriormente citadas.

Contudo, a inexistência de uma legislação para disciplinar essa nova modalidade de família, estaria violando Princípios Fundamentais da nossa Carta Magna, como disciplina Marcos Aurélio S. Vianna:

[...] Entre princípios fundamentais que regem a sociedade brasileira, contida nos primeiros artigos da Constituição Federal, estão as normas que protegem a dignidade da pessoa humana, a busca de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da marginalização dos indivíduos e a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (2017, p. 163).

A omissão de previsão legal da união homossexual no Direito Brasileiro deve ser discutida e reavaliada, vez que a existência da família homoafetiva é uma realidade em nossa sociedade, sendo que se torna de fundamental importância seu reconhecimento.

Tal necessidade se faz pelo fato de que essa entidade familiar é constituída pelo afeto, carinho, respeito e solidariedade entre seus membros. Valores esses que também se encontram presentes em todas as espécies de família disciplinadas pela legislação pátria. Marcos Aurélio S. Vianna (2017, p. 165) ressalta que “O afeto, enquanto característica inata dos seres humanos, é mais do que uma garantia constitucional, é um direito natural do homem”.

Assim, onde houver uma união de pessoas ligadas por laços afetivos, sendo esta sua finalidade fundamental, haverá família.

1.3.6 Família substituta

A família substituta é aquela que passa a substituir a família biológica de uma criança ou adolescente, seja pelo instituto da guarda, adoção ou tutela.

A família substituta pode ocupar o papel da família biológica de forma efetiva e permanente, como na adoção, ou de forma eventual, transitória e não definitiva, como na guarda e na tutela. A família substituta pode ser constituída por

qualquer pessoa maior de 18 anos, de qualquer estado civil, e não precisa obrigatoriamente ter parentesco com a criança. Sobre a adoção, preceitua Vianna:

[...] apresenta a adoção com um ato jurídico solene em virtude do qual a vontade dos particulares, com a permissão da lei, cria, entre pessoas naturalmente estranhas uma à outra, relações análogas às oriundas da filiação legítima. (2016, p. 26)

Nessa espécie de família, os membros não são aliados por laços sanguíneos, mas sim por afinidade, carinho, compaixão e amor, ou seja, os pais não são os pais biológicos dos filhos, mas agem como assim o fossem.

1.3.7 Família poliafetiva

A família poliafetiva entende-se como a entidade familiar formada por três ou mais pessoas ligadas por um vínculo afetivo, desconsiderando até mesmo a qual sexo pertençam.

A poliafetividade não encontra previsão na Constituição Federal ou previsão infraconstitucional, tendo apenas poucos e raros avanços jurisprudenciais. Não obstante, tal modalidade de família ainda causa grande preconceito e estranheza.

Sobre o tema, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram no sentido de que a poligamia, em hipótese alguma, gera efeitos no direito de família. De outro lado, representando posicionamento favorável ao reconhecimento das uniões poliafetivas, encontramos Maria Berenice Dias, vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Dias consigna que:

O princípio da monogamia não está na constituição, é um viés cultural. O código civil proíbe apenas o casamento entre pessoas casadas, o que não é o caso. Essas pessoas trabalham, contribuem e, por isso, devem ter seus direitos garantidos. A justiça não pode chancelar a injustiça (2017, p. 123).

Divergências à parte, não se pode ignorar que, atualmente, o afeto tornou-se o grande fundamento nas decisões envolvendo Direito de Família não

se pode ignorar, ainda, que o conceito de família já passou por inúmeras adaptações e que a existência de relações poliafetivas é uma realidade.

1.4 O afeto como valor jurídico nas relações familiares

Sabe-se que a família é a base do Estado, sem ela não seria possível qualquer tipo de organização jurídica ou mesmo social. É nela que nos estruturamos e desenvolvemos como sujeitos que atuarão na sociedade.

A concepção da família por meio de laços afetivos já está consolidada no direito civil mundial desde a época da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Contudo, no Brasil, o reconhecimento e equiparação do vínculo afetivo ao vínculo biológico só veio a ser reconhecida como a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Depois de promulgada a carta magna, surgiu a necessidade de um novo conceito de família que estivesse acima de qualquer conceito moral. Este conceito precisava ser caracterizado por um elemento que estivesse presente em todas espécies de famílias que surgiram, ou seja, o afeto.

Dentre as várias espécies de família, o afeto atua como sustentáculo da liberdade de escolha. A liberdade somente existirá no ordenamento jurídico que não exclua formas diferentes da constituição de família, considerando o afeto como norteador e condutor da organização jurídica familiar.

CAPITULO II – DA FILIAÇÃO

Com a evolução da sociedade o Direito Civil Brasileiro, responsável pelas relações interpessoais sofreu grandes mudanças, sobretudo o Direito de Família, entre elas, pode-se citar o direito a filiação. Que atualmente, é o vínculo que liga os descendentes de 1º grau, em linha reta, independente de grau de parentesco consanguíneo.

2.1 Conceito de Filiação

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àqueles que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado (GONÇALVES, 2014).

A filiação trata-se da relação jurídica que liga os filhos aos pais, tratando-se da filiação propriamente dita. Tem-se ainda a filiação em sentido inverso, aquela dos pais em relação aos filhos, tratando-se da maternidade e paternidade. Neste sentido doutrina Cristiano Chaves e Nelson Rosendal:

Assim, sob o ponto de vista técnico-jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre as pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta, entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados. (2016, p. 197)

Assim também é o entendimento de Silvio Rodrigues:

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado. Essa relação de parentesco, dada a proximidade de grau, cria efeitos no campo do direito, daí derivando a importância de sua verificação. (2002, p. 97)

Em suma, pode-se caracterizar a filiação pela linha reta em primeiro grau que se estabelece entre pai e filho. Podendo o vínculo ser estabelecido por ordem biológica, jurídica ou socioafetiva.

Ademais, a Constituição Federal de 1998, aboliu a diferença entre as espécies de filiação, como é possível verificar no art. 227, Parágrafo 6º, onde, em suma, dispõe sobre a igualdade dos filhos havidos ou não da relação do casamento, ou até mesmo, por adoção, em direitos e qualificações, sendo vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Este fato é de grande avanço para o direito de família pátrio, uma vez que considerou todos como filhos, frutos ou não na constância do casamento, com iguais direitos.

Destarte, a filiação é o vínculo jurídico que liga o filho ao pai, independente da sua origem biológica ou se concebido durante a relação matrimonial.

2.2 Filiação por substituição

A sociedade está em constante desenvolvimento, destarte, o direito também precisa evoluir. A filiação por substituição é aquela que ocorre de maneira assistida, ou seja, a transferência do material genético acontece por apenas um dos pais, sendo completado por terceiro totalmente alheio a relação.

Quanto à necessidade do mútuo consentimento prévio para a filiação heteróloga, consta no Código Civil: Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (Brasil, 2002). Quanto à aceitação prévia do marido, estabelece Maria Berenice Dias:

O consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio. A manifestação do cônjuge ou companheiro corresponde a uma

adoção antenatal, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai. Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção juris et de jure, pois não a filiação não pode ser impugnada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade socioafetiva. (2017, p. 149)

Assim, a filiação por substituição estabelece vínculo biológico com apenas um dos pais de modo que o pai sem correspondência genética com o filho adquire o vínculo mediante tratamento legalmente diferenciado, necessitando para a constituição do vínculo com o pai sem correspondência genética, de sua previa aceitação.

2.3 Da filiação por adoção

A filiação por adoção está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 de 1990. Obedecendo ao disposto na legislação, a vinculação afetiva equipara-se à biológica mesmo inexistindo contato anterior ao início do processo de adoção, com destaque à impossibilidade de distinção do filho em razão da origem filial, em obediência ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

Após Sentença transitada em julgado em ação de adoção, o filho perde o vínculo com a família de ordem biológica, ocorrendo a alteração do registro civil do adotado, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. [...] § 7o A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6o do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. (BRASIL, 1990).

Quanto aos efeitos pessoais da adoção, cumpre referir Rolf Madaleno que igualmente compreende que a redação do Art. 41 da lei em questão extingue os vínculos familiares existentes entre a criança e a família biológica. Seu entendimento expressa claramente que:

A adoção rompe os vínculos parentais com a família natural, à exceção dos impedimentos para o casamento (ECA, art. 41) e se estabelece nova relação de parentesco entre o adotante e os descendentes do adotado, seus filhos e netos, que passam também

a ser parentes do adotante, assim como os irmãos biológicos do adotado deixam de ser seus parentes, embora mantida a vedação do incesto (MADALENO, 2013, p. 670).

Destarte, a adoção confere ao adotado parentesco civil em relação ao adotante, bem como a sua família, gerando, assim vínculo civil e extinguindo o vínculo com a família biológica, assumindo, portanto, a característica idêntica a de filho. (MADALENO, 2013)

2.4 Do parentesco

Parentesco é o vínculo jurídico que liga as pessoas de uma mesma ordem biológica, que pertencem a um mesmo tronco genealógico (parentesco consanguíneo), bem como é o vínculo jurídico que liga os cônjuges ou companheiros e seus parentes.

Segundo Silvio Rodrigues, parentesco não se limita apenas ao conceito que vincula as pessoas que são descendentes umas das outras ou de um tronco em comum, mas também abrange o parentesco civil e o parentesco por afinidade. (RODRIGUES, 2002)

Acerca do tema, Maria Helena Diniz conceituou que parentesco não é somente aquele que vincula as pessoas que descendem uma das outras ou de um mesmo tronco, porém também entre um cônjuge ou companheiro e os seus parentes, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo.

Ao classificar as espécies de parentesco, segundo o que estabelece o Código Civil Brasileiro de 2002, Maria Helena Diniz assim preceitua:

1) Natural ou consanguíneo, que é o vínculo entre as pessoas descendentes de um mesmo tronco ancestral, portanto ligadas, umas às outras, pelo mesmo sangue. P. Ex.: pai e filho, dois irmãos, dois primos, etc. O parentesco por consanguinidade existe tanto na linha reta como na colateral até o quarto grau. Será matrimonial se oriundo de casamento, e extramatrimonial se proveniente de união estável, relações sexuais eventuais ou concubinárias [...].

2) Afim, que se estabelece por determinação legal (CC, art. 1.595), sendo o liame jurídico estabelecido entre consorte, companheiro e os parentes consanguíneos, ou civis, do outro nos limites estabelecidos na lei, desde que decorra de matrimônio válido, e união estável [...].

3) Civil (CC, art. 1.593, *in fine*) é o que se refere à adoção, estabelecendo um vínculo entre adotante e adotado, que se estende aos parentes de um e de outro. [...] O parentesco civil abrange o socioafetivo (CC, arts. 1.593, *in fine*, e 1.597, V), alusivo ao liame entre pai institucional e filho advindo de inseminação artificial biológica entre o filho gerando relação parento-filial apesar de não haver vínculo biológico entre o filho e o marido de sua mãe, que anuiu na reprodução assistida [...] (2017, p. 256)

Destarte, no que tange ao parentesco, tem-se o parentesco natural, formado pela ordem biológica e o parentesco civil, formado pela união ou matrimônio. Atualmente, tem-se ainda o parentesco socioafetivo, que estabelece a ligação entre pai e filho.

2.5 Posse do estado de filho

Maria Berenice Dias (2017), afirmou que a noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto à certeza científica no estabelecimento da filiação.

A maior parte da doutrina estabelece três elementos para que seja caracterizada a posse do estado de filho, quais sejam: nome, trato e fama. É o que preceitua Edson Fachin:

Não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam. [...] a tradicional trilogia que a constitui (nomen, *tractatus* e fama), se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. (1996, p.15)

Conforme o entendimento de Maria Helena Diniz (2017), apesar de os três elementos, nome, trato e fama, não serem rol exaustivo, são imprescindíveis para que caracterizem a posse do estado de filho, revelando, assim, o convívio familiar e o vínculo afetivo que demandam tais elementos. O primeiro elemento característico, ou seja, o nome, advém da utilização do nome de família. Todavia,

sua não utilização não descaracteriza a posse do estado de filho, desde que existente os outros elementos.

O trato é elemento indispensável para caracterizar a posse do estado de filho, uma vez que se trata da relação pai e filho e se configura na forma em que o pai se relaciona e educa o filho. Por fim, a fama é a exteriorização do vínculo afetivo aos demais membros da família, bem como da sociedade. É necessário o convívio social de pai e filho para que tal elemento seja caracterizado (DINIZ, 2017).

Estabelecidos os elementos da posse do estado de filho, surge a figura da paternidade socioafetiva, que se revela pela vontade e anuência de serem pai e filho, independente do tempo de convívio e de estabelecimento da relação. Nesse sentido, esclareceu Paulo Lôbo:

Não pode ser estabelecido qualquer lapso prazal para a configuração da paternidade e da maternidade, porque, com isso, se estará, na verdade, ocultando, e não (re)velando, a verdadeira filiação, que somente pode ser vislumbrada na singularidade do caso, no momento em que a questão é posta em juízo, debruçando-se nos fatos postos no agora, na hora, no instante em que são debatidos (2017, p. 288).

Destarte, deve-se analisar os elementos que caracterizam a posse do estado filho com temperança e sem excessos ou rigidez. E não delinear formalidades para o exercício fático da paternidade, visando obedecer o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2.6 Das modalidades de reconhecimento dos filhos

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que o filho pode ser reconhecido de forma voluntária, pelo pai no cartório de registro civil, ou judicial, por meio de investigação de paternidade.

Para o reconhecimento voluntário, o Código Civil, em seu artigo 1.609, estabelece que poderá ser feito:

I – no registro do nascimento; II – por escritura pública ou escrito particular a ser arquivado em cartório; III – por testamento, ainda que

incidentemente 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.

Maria Helena Diniz (2017) observa que o reconhecimento voluntário independe de prova da origem genética, uma vez que é um ato espontâneo, solene, público e incondicional. Como regra o estado de filiação, não pode estar sujeito a termo, sendo descabido o estabelecimento de qualquer condição (CC 1.613). É ato livre, pessoal, irrevogável e de eficácia *erga omnes*; por isso, inadmissível o arrependimento.

Não pode ainda, o reconhecimento ser impugnado, a não ser na hipótese de erro ou falsidade do registro (CC 1.604), em razão do art. 1.614 do mesmo Código condicionar a sua eficácia ao consentimento do filho maior e dar ao filho menor a prerrogativa de impugná-lo, sob pena de decadência, dentro dos quatro anos que se seguirem à maioridade ou emancipação, mediante ação de contestação de reconhecimento, fundada na falta de sinceridade, na atribuição de falsa filiação ao perfilhado. O reconhecimento judicial se dá por meio de ação de investigação de paternidade:

O reconhecimento judicial de filho resulta de sentença proferida em ação intentada para esse fim, pelo filho, tendo, portanto, caráter pessoal, embora os herdeiros do filho possam continuá-la. Trata-se de direito personalíssimo e indisponível, por isso, a ação é privativa do filho. A legitimidade ativa é dele. Se menor será representado pela mãe ou tutor. Os efeitos da sentença que declara a paternidade, são os mesmos do reconhecimento voluntário e também *extunc*: retroagem à data do nascimento e deverá, para tanto, ser averbada no registro competente. (DINIZ, 2017, p.451)

Desta forma, o reconhecimento judicial é ato personalíssimo, uma vez que só pode ser ajuizado pelo filho. Todavia, pode ser contestado por qualquer pessoa que tenha justo interesse econômico ou moral (artigo 1.615 do CC).

2.7 Presunções de paternidade

A Constituição Federal de 1988, pelo princípio da isonomia, equiparou os filhos adotivos aos biológicos, assim como todas as diversas categorias de filiação biológica.

Carlos Roberto Gonçalves(2014, p.319). observou que o Código Civil, no capítulo concernente à filiação, enumera as hipóteses em que se presume terem os filhos sido concebidos na constância do casamento, afirmando que: “[...] embora tal noção não tenha mais interesse para a configuração da filiação legítima, continua sendo importante para a incidência da presunção legal”.

A presunção de paternidade vigora quando o filho é concebido na Constancia do casamento e é referido como *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, segundo o qual é presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada, segundo Maria Berenice Dias, afirmando que:

Deduções que se tiram de um fato certo para a prova de um fato desconhecido. Independentemente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos. A prática é tão antiga que tal presunção é identificada por uma expressão latina: *pater is est quem nuptiae demonstrant*. (2017, p. 193)

Desta feita, a presunção de paternidade tem como finalidade demarcar o momento da concepção e garantir ao filho advindo durante a relação matrimonial todos os direitos e deveres decorrentes da filiação.

2.8 Direito à origem genética

O direito a origem genética é tratado pela doutrina como sendo um direito da personalidade, que busca proteger o bem jurídico fundamental da identidade genética, conforme Paulo Lôbo, afirmando o seguinte:

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. [...] O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida (2017, p.340).

Portanto, por se tratar de um dos direitos da personalidade, tendo como base a dignidade da pessoa humana, é também considerado um direito fundamental ligado à esfera jurídica do indivíduo.

Sendo realizada a perquirição da ascendência genética, não poderá ser estabelecido novo estado de filiação, devendo ter apenas a finalidade de atender uma necessidade psicológica, resguardar os impedimentos matrimoniais e proteger a vida do filho e dos pais biológicos.

2.9 Da multiparentabilidade

A multiparentabilidade trata-se da alteração do conceito de família, dando valor ao laço afetivo como fator principal das relações familiares. É o que estabelece Maria Berenice Dias:

Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. A pluralidade é reconhecida sob o prisma da visão do filho, que passa a ter dois ou mais novos vínculos familiares. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na 21 medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo o direito à afetividade.

De acordo com o entendimento jurisprudencial do STF, o conceito de multiparentabilidade se torna possível dada a possibilidade de duas filiações simultâneas, sendo uma afetiva e uma biológica. Sobre o tema, se posiciona Arnaldo Rizzardo:

Acontece essa viabilidade quando uma criança, embora com registro do pai biológico, desde terna idade está na guarda da mãe, a qual casa ou se une a outro homem. Este passa a criar a criança, dando-lhe um tratamento próprio de pai, isto é, de modo a se criar uma relação socioafetiva pai e filho. É o que se denomina de paternidade socioafetiva (2014, p.128).

Assim, desde que conhecida a pluralidade de vínculo materno ou paterno, tem-se a possibilidade da multiparentabilidade. Uma vez que, ao existir mais que uma paternidade, não se está criando o vínculo entre as partes, mas sim reconhecendo um vínculo que já existia entre as partes, concedendo-lhes os direitos e deveres inerentes aos sujeitos. Segundo Catalan (2012, p.12):

Quando se percebe a relação de parentalidade como algo que ultrapassa a conexão biológica existente entre duas (ou mais) pessoas, identificando que ela é mais que uma simples autorização – para o exercício de direitos patrimoniais – dada pela codificação e que ser pai e (ou) ser mãe são papéis – importantes, não há dúvidas –, funções simbólicas a serem representadas (ou não) por pessoas de carne e osso, com sangue, amor e ódio (ou não) no coração, não há como refutar a ideia de que cada uma dessas funções poderá (ou não) ser atribuída, concomitantemente, a mais de uma pessoa e exercidas, ao mesmo tempo (ou não), por cada uma delas.

Assim, as alterações trazidas pela jurisprudência no reconhecimento das relações pelas quais as famílias passam a se organizar, são de grande importância para que as novas formas de filiação se enquadrem no ordenamento pátrio, uma vez que o direito é reflexo da sociedade (DINIZ, 2017).

CAPITULO III - DA PATERNIDADE AFETIVA E DA PATERNIDADE BIOLÓGICA

No entender de Paulo Lobo (2017), não há uma só verdade real e sim três, sejam elas: a biológica, com fins de parentesco para determinar a paternidade; a socioafetiva sem fins de parentesco quando já existe vínculo afetivo com outro pai, e a jurídica, quando já está constituído o estado de filiação.

3.1 Paternidade biológica

Para a paternidade biológica, pai é quem possui vínculo consanguíneo com o filho, podendo ser comprovada cientificamente por meio do exame de DNA. Tal paternidade pressupõe o estado de filho sem a necessidade de convívio familiar, formado unicamente pelo laço sanguíneo. (DINIZ, 2017)

O direito ao estado de filiação somente foi reconhecido com o advento da Constituição Federal de 1988, considerado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, “direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.” (BRASIL, 1988)

Assim, a paternidade biológica não se caracteriza pelo vínculo biológico existente entre pai e filho, o que não gera o efetivo convívio familiar ou o exercício da paternidade.

3.2 Paternidade jurídica

O Código civil de 1916 tinha como principal objetivo a proteção da família constituída unicamente pelo casamento entre homem e mulher. Assim, o marido sempre seria pai dos filhos nascidos durante a relação matrimonial. Nos dizeres de Edson Facin:

A verdade biológica era uma verdade proibida. Filho era somente filho no sentido jurídico. A descendência genética podia e deveria coincidir com a concepção do direito; ao banimento do sistema se empurra, o filho que não se submetiam aos estritos limites da lei (1996, p. 236).

Na hipótese de o marido não ser o pai dos filhos concebidos durante o casamento, a paternidade deveria ser estabelecida por meio de decisão judicial ou reconhecimento voluntário, através de ação de reconhecimento de paternidade.

Nota-se que outrora prevalecia a consolidação da família conceitual sobre a verdade dos fatos. Atualmente, superada tal visão, tem-se a preocupação com o bem estar familiar e a verdade real como pilares básicos para o estado de filho e o reconhecimento da paternidade (DINIZ, 2017).

3.3 Paternidadesocioafetiva

Em interpretação ao artigo 1593 do Código Civil, que estabelece que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”, Maria Berenice Dias (2017) doutrina que a paternidade socioafetiva decorre da verdade do direito a filiação. O filho, titular do direito a filiação, se consolida na relação afetiva com o pai.

Destarte, na paternidade afetiva, o estado de filho se faz pelos laços formados pela criança com aquele que entende ser seu pai, pelo fato de convivência. Assim, o afeto ganha valor jurídico. Nesse sentido, afirma João Villela: “A verdadeira paternidade não é um fato da Biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen”. (2016, p. 49)

Portanto, ao se formalizar uma paternidade, é necessário avaliar o caso concreto e respeitar a relação familiar advinda do afeto, construída com base em elementos comportamentais e sociais. Para Paulo Lobo:

A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família. A afetividade é necessariamente presumida nas relações entre pais e filhos, ainda que na realidade da vida seja malferida, porque esse tipo de parentesco jamais se extingue. (2017, p. 347)

Em suma, na paternidade socioafetiva, tem-se como parâmetro principal o princípio da afetividade, que nos diversos tipos de família se encontra constituído e fundamentado pela Carta Magna dentro do direito de família.

3.4 Adoção à brasileira

Adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa que lhe é estranha (GONÇALVES, 2013). Acerca do tema, preceitua Maria Helena Diniz:

A adoção vem a ser o ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para uma família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. (2017, p. 329)

Quando os pais registram filho alheio como se fosse biológico, sem passar pelo devido processo legal, ocorre o fenômeno denominado “adoção a brasileira”, que possui o mesmo fim que a adoção legal, mas não o mesmo meio pelo qual foi alcançada.

A adoção a brasileira acontece por diversos motivos, tais como a facilidade pelo não gasto com as custas processuais e a demora para se obter uma sentença judicial. Todavia, tipifica o CP:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Além das sanções penais impostas à adoção à brasileira, tem-se ainda a de âmbito civil, qual seja a anulação do registro civil.

Atualmente, a jurisprudência resolve o assunto com a aplicação da paternidade socioafetiva, não podendo a paternidade ser desconstituída posteriormente, caso fique comprovada a relação de vínculo afetivo entre pai e filho. Foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O registro espontâneo e consciente da paternidade – mesmo havendo sérias dúvidas sobre a ascendência genética – gera a paternidade socioafetiva, que não pode ser desconstituída posteriormente, em atenção à primazia do interesse do menor. A Min. Relatora consignou que, no caso, apesar de lamentável a falta de convivência entre o pai e a criança, tal situação não é suficiente para rediscutir o registro realizado de forma consciente e espontânea. Ressaltou, ainda, que o reconhecimento de inexistência de vínculo genético não pode prevalecer sobre o status da criança (gerado pelo próprio pai registral há mais de 10 anos), em atenção à primazia do interesse do menor. Ademais, a prevalência da filiação socioafetiva em detrimento da verdade biológica, no caso, tão somente dá vigência à cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. (BRASIL, 2012, *online*)

Maria Berenice Dias (2017, p. 269), no mesmo sentido, esclarece que: “Se, depois do registro, por exemplo, separam-se os pais, nem por isso desaparece o vínculo de parentalidade. Persistindo a certeza de quem é o pai, ou seja, mantida a posse de estado de filiação, não há como desconstituir o registro”.

Destarte, visando o lado humano de tal conduta tipificada, restando comprovado o vínculo afetivo e observando o princípio do melhor interesse da criança, a adoção a brasileira pode ser considerada como paternidade socioafetiva e não ter aplicada as sanções legais impostas a conduta.

3.5 Pressupostos para o reconhecimento da paternidade socioafetiva

Superado o conceito de que pai deve ter laços sanguíneos com o filho e reconhecida a paternidade socioafetiva, esta já pode ser feita por via extrajudicial,

respeitando os pressupostos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em seu Provimento de n. 63. São eles:

- I - Requerimento firmado pelo ascendente socioafetivo (nos termos do Anexo VI), testamento ou codicilo (artigo 11, parágrafos 1º e 8º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
- II - Documento de identificação com foto do requerente – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ);
- III - Certidão de nascimento atualizada do filho – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ);
- IV – Anuência pessoalmente dos pais biológicos, na hipótese do filho ser menor de 18 anos de idade (artigo 11, parágrafos 3º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
- V – Anuência pessoalmente do filho maior de 12 anos de idade (artigo 11, parágrafos 4º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
- VI - Não poderão ter a filiação socioafetiva reconhecida os irmãos entre si nem os ascendentes (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
- VII - Entre o requerente e o filho deve haver uma diferença de pelo menos 16 anos de idade (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
- VIII - Comprovação da posse do estado de filho (artigo 12 do Provimento 63/2017 do CNJ).

Assim, tanto para o Conselho Nacional de Justiça quanto para a doutrina, para que aconteça o reconhecimento da paternidade socioafetiva, tanto em via judicial como extrajudicial, devem existir pressupostos para sua caracterização. É o que preceitua o professor Edson Fachin:

A paternidade socioafetiva revela-se no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade, numa relação entre suposto pai e filho, o qual lhe empresta o nome de família e assim o trata perante a sociedade. Pai é aquele quem cuida, educa, alimenta, acompanha o desenvolvimento e a formação do filho, seja ele biológico, adotivo ou filho do coração. (1996, p. 54)

Desta forma, para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, já deve existir a posse do estado de filho, bem como, que o laço afetivo venha acompanhado de convivência familiar e aceitação do filho (DIAS, 2017).

3.6 Prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica

A doutrina majoritária, entre elas Maria Berenice Dias, afirma que a paternidade socioafetiva se sobrepõe à biológica, uma vez que a convivência gera laços que, muitas vezes não estão ligados aos genes.

Em contraposto, algumas correntes adotam a ideia de que a paternidade socioafetiva é relativa, uma vez que a convivência humana pode ser instável e sofrer alterações no decorrer do tempo. É o entendimento de Heloisa Barboza:

O afeto não tem aceitação pacífica como elemento que legitime o reconhecimento jurídico do vínculo socioafetivo. Tal rejeição, em geral, se dá pela natural instabilidade das relações afetivas: findo o afeto, seria questionável o fundamento para a manutenção dos efeitos jurídicos. Não obstante alguns tribunais têm feito prevalecer o vínculo socioafetivo sobre o biológico. Este entendimento só considera, ou privilegia, o componente afetivo do vínculo, preterindo os efeitos sociais, por vezes irreversíveis, que a convivência gera. (2018, p. 09)

Para a autora, é necessária uma decisão judicial que vincule a criança ao pai afetivo para que, futuramente, o filho não se encontre desamparado legalmente devido ao rompimento de laços com o pai.

Existe ainda, uma terceira corrente, corroborada pela jurisprudência que doutrina que a paternidade socioafetiva não sobrepõe à biológica e que a existência de uma, não exclui a da outra. É o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DOPAI BIOLÓGICO AGRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL.

Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.

Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepôr uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. (RIO GRANDE DO SUL, 2009, *online*)

A jurisprudência, quanto à temática de filho adotado, consagrou que o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Assim, o adotado tem o direito constitucional de investigar sua filiação biológica, sem que a decisão final passe necessariamente pela nulidade do registro, que se sobrepõe à paternidade biológica em virtude do vínculo afetivo. Dessa forma, esse "direito" pode ser estendido para casos assim. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2009)

Assim, o tema divide a doutrina e a jurisprudência. Podendo a paternidade socioafetiva se sobrepôr a biológica, ser relativa, ou mesmo ser concorrente com a biológica, existindo ambas simultaneamente (BRAZIL, 2017).

3.6.1 Entendimento do STF

Ao evoluir dos estudos sobre o direito a filiação e a família, é notável que todos tem o direito ao nome de um pai e uma mãe no registro de nascimento. Sendo possível que a criança seja registrada sem o nome do genitor, por este não ser conhecido ou não querer reconhecer a paternidade.

Com o passar dos anos e a evolução do direito e do conceito de família, a relação afetiva permitiu que a criança tenha o nome de dois pais ou de duas mães em seu documento.

O Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898060, com repercussão geral, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, reconheceu que a paternidade socioafetiva não sobrepõe a biológica. Ou seja, a paternidade afetiva não exige a responsabilidade do pai biológico.

Entende o Tribunal que a paternidade biológica pode ser concomitante com a biológica, uma não excluindo a outra, e que a criança pode ter o nome dos dois pais na certidão de nascimento. Garantindo ao filho todos direitos inerentes à filiação. Foi o entendimento do relator:

Não cabe a lei agir como o Rei Salomão – na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, em tempos atuais, descabe pretender

decidir entre a filiação afetiva e a biológica, quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento, por exemplo, jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento dos esquemas condenados pelos legisladores. É o direito que deve servir a pessoa, e não a pessoa que deve servir o direito. (BRASIL, 2016, *online*)

Destarte, reconhecido o vínculo afetivo, é possível que a criança tenha dois pais. Garantindo a convivência e o reconhecimento legal de ambos, tendo, inclusive, a necessidade de prestar alimentos.

3.7 Desconstituição da paternidade socioafetiva

A Constituição Federal de 1988, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) trazem como garantia à toda criança e adolescente o Princípio do melhor interesse da criança. Sobre tal princípio, doutrina Rodrigo Pereira:

O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor.(...) Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética. (2012, p. 85)

Em resumo, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, visa que seja garantido a eles, de maneira absoluta, todos os direitos que garantam sua dignidade humana. É o que preceitua a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente:

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.

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

Com base em tal princípio uma vez reconhecida a paternidade afetiva, é impossível a sua desconstituição, pois o que deve prevalecer é o melhor interesse da criança e do adolescente. Tal impossibilidade também se embasa na proteção dada à família pela Constituição Federal.

3.8 Deveres do pai socioafetivo

Reconhecida a paternidade socioafetiva, esta gera os mesmos direitos e deveres dos demais tipos de filiação. O pai tem a obrigação de cuidar e educar filho menor, da mesma forma em que o filho tem como obrigação cuidar do pai na velhice. É o que leciona Rubem Alves:

Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser da eternidade: aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disso). (2002, p. 27)

Neste sentido, estabelece o artigo 22 do Estatuto da Criança e do adolescente que “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”. Neste sentido, esclarece Maria Helena Diniz:

O reconhecimento de situações fáticas representadas por núcleos familiares recompostos vem trazer novos elementos sobre a concepção da paternidade, compreendendo, a partir deles, o papel social do pai e da mãe, desapegando-se do fator meramente biológico e ampliando-se o conceito de pai, realçando sua função psicossocial. A vinculação socioafetiva prescinde da paternidade biológica. No sentido da paternidade de afeto, o pai é muito mais importante como função do que, propriamente, como genitor. (2017, p. 364).

Em suma, quanto aos cuidados e proteção, é obrigação do pai socioafetivo zelar pelo filho e por sua dignidade para que a criança tenha um crescimento saudável.

Quanto aos direitos sucessórios, estabelece a Carta Magna de 1988, em seu artigo 227, § 6º, que existe igualdade entre os filhos. Assim, todos os direitos e deveres dos filhos biológicos são transferidos aos filhos advindos da socioafetividade

No que tange a obrigação alimentar, de caráter pessoal e irrenunciável, é devido aos filhos menores, seja qual for sua origem, conforme determina o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.696: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Destarte, reconhecida a paternidade socioafetiva, será gerada a mesma obrigação e os mesmos direitos advindos da paternidade biológica. Uma vez que a Constituição federal prevê igualdade entre todas as condições de filho.

CONCLUSÃO

Nos capítulos da presente monografia, foram analisados os conceitos de família, filiação, paternidade socioafetiva e biológica, sob a égide de diferentes doutrinadores, bem como da jurisprudência dos tribunais nacionais.

Objeto da pesquisa, a filiação é de suma importância para o direito civil brasileiro, o que restou comprovado por meio de doutrina e jurisprudência. O que se observou foi a existência de duas espécies distintas de filiação, a biológica e a socioafetiva, entretanto, restou evidenciado que a paternidade socioafetiva se baseia em dados fáticos, uma vez que ordenamento jurídico brasileiro ainda não estabelece normas que protejam relação afetiva de pai e filho.

O que se verifica é a existência clara da paternidade socioafetiva, reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. A problemática sobre o tema, no entanto, é sua coexistência com a paternidade biológica, não existindo muitas decisões neste sentido.

Contudo, em se tratando de paternidade socioafetiva, muito se discute, nos livros e nos tribunais, se esta se sobrepõe, de certa maneira, a paternidade biológica, pois não basta apenas gerar um filho e sim manter uma relação harmoniosa com base no afeto e na convivência.

Certo é que, ao comprovada a paternidade socioafetiva, ela poderá coexistir com a paternidade biológica, na análise do caso concreto. Vez que, a existência de paternidade socioafetiva não exclui a existência da paternidade biológica, podendo ambas prevalecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rubem. **Um mundo num grão de areia**. São Paulo: Editora Versus, 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização In Vitro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 63**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 20 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.259.460-SP**. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em 7/8/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.MIN.&processo=1259460&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 20 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 898060**. Relator Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 21/09/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em 10 out. 2018.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo**: contexto e efeitos. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf...>>. Acesso em 01 nov. 2017.

CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR**. Curitiba: 2012. p. 143-163. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/31491/20093>>. Acesso em 10 nov. 2017.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9ª. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FACHIN, Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. São Paulo: Editora Del Rey, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 3. ed. São Paulo: Editora Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. São Paulo: Grupo Gen/Editora Forense, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70029363918**. Relator Des. Claudir Fidelis Faccenda. Oitava Câmara Cível. Julgado em 07/05/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=crr%3A92&partialfields=n%3A70029363918&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 20 nov. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Editora Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio Rodrigues. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANNA, Marco Aurélio S. **Direito Civil**: Direito de Família. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

VILLELA, João. **Desbiologização da paternidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.