

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto de estudo a evolução do tratamento jurídico da família no âmbito do direito relacionado à filiação.

Algum tempo atrás, existia uma discriminação entre os filhos, eram tidos como legítimos apenas os concebidos na constância do matrimônio e os demais eram ilegítimos. Posteriormente, com base num direito que todos têm ao conhecimento da ascendência biológica, o vínculo genético e consanguíneo passou a prevalecer. O reconhecimento da filiação através do exame de DNA foi um grande avanço científico para o direito de família e para a humanidade.

A constitucionalização do direito civil trouxe muitas mudanças para fins de reconhecimento de filiação. Levantou-se a questão que a filiação decorre muito mais de um fato natural, surge muito em função do afeto, não importa a origem do amor, pois pai é aquele que ama incondicionalmente independente de origem biológica, jurídica ou registral.

Os filhos, então, agora igualmente considerados, não podiam ser discriminados e teriam os mesmos direitos independente da origem.

Este trabalho discorrerá sobre a possibilidade ou não de desconstituição posterior da filiação, quando fundado em erro, falsidade ou no melhor interesse do filho como sujeito de direito e possuidor de direitos de personalidade, prevalecendo o princípio da dignidade humana no caso concreto.

Como a afetividade e a convivência são elementos essencialmente fáticos, é possível vislumbrar uma desconstituição deste vínculo. Pode-se pensar que a imprevisibilidade nas relações humanas, especialmente nos dias atuais em que as pessoas esquecem os aspectos sentimentais tão importantes numa relação familiar, faz cessar uma convivência e os laços existentes entre pais e filhos.

Ademais, a justificativa desta pesquisa é investigar profundamente a interface família/sociedade, usar-se-á a filiação para trazer os impactos das mudanças sociais nas relações familiares, no direito envolvendo pais e filhos. Como é sabido, os fatos se impõem ao direito, a vida social delinea o cenário jurídico, e, neste sentido, deve-

se ter em mente que é plausível a desconstituição de uma filiação pautada no melhor interesse dos filhos.

O direito, por sua vez, com o intuito de delimitar regras e valores, traduz a complexidade e a evolução da filiação nas relações familiares. Sendo assim, será objeto de pesquisa no direito brasileiro a (im)possibilidade de desconstituição da filiação.

No campo mais específico, o trabalho pretende: demonstrar a evolução do poder familiar; mencionar a dignidade da pessoa humana e demais princípios como fundamento da filiação sócio afetiva; apresentar as formas de exercício de filiação e a evolução do conceito de filiação sócio-afetiva; demonstrar a recepção pelo sistema jurídico-constitucional brasileiro da filiação sócio-afetiva; mostrar a prevalência do vínculo socioafetivo e os demais vínculos como o biológico ou registral; mencionar os efeitos advindos da filiação e também implicações no âmbito dos direitos da personalidade; falar do reconhecimento voluntário relativo à filiação e os efeitos do registro e, ao final, fundamentar faticamente e com base em doutrina, jurisprudência a possibilidade ou não de desconstituição da filiação.

O trabalho está organizado em quatro capítulos, sendo esta introdução o primeiro capítulo, além da conclusão.

O segundo capítulo traz noções introdutórias essenciais ao desenvolvimento do tema.

Iniciaremos dizendo que o poder familiar surgiu para substituir a expressão “pátrio poder” resultante dos resquícios de uma sociedade machista, mais especificadamente uma sociedade patriarcal, na qual existia a primazia do poder do pai sobre os filhos.

Diante de uma sociedade mais igual em que a emancipação da mulher e o tratamento igual entre os filhos passaram a prevalecer, não há que se falar em pátrio poder. Com isso, a Constituição Federal de 1988 outorgou poderes a ambos os genitores em relação aos filhos comuns e passou-se a considerar todos os filhos como legítimos, sem discriminação. Mas, foi no Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, que este instituto deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção.

A referida Carta trouxe enormes avanços para o Brasil, positivou uma gama de direitos e garantias fundamentais e, ao estabelecer princípios norteadores do ordenamento jurídico, voltou a sua atenção para a proteção da pessoa humana e não mais para o seu patrimônio.

Há, entretanto, possibilidades de suspensão e extinção do poder familiar que estão previstas em lei e acontece quando um ou ambos os pais deixam de cumprir os seus deveres e responsabilidades perante os filhos de forma a prejudicá-los. A extinção, aplicável inclusive na hipótese de crime doloso contra o filho, é medida mais gravosa e tem eficácia duradoura só podendo ser restabelecida através de procedimento judicial contencioso. Em alguns casos, vem acompanhada de um processo de adoção.

A família natural é o ambiente propício ao melhor desenvolvimento da criança. Nos dias atuais, todavia, tem sido constante a desintegração das famílias refletindo no desenvolvimento sadio da criança e adolescente. Por isso, para situações em que seja necessária tutela, guarda ou adoção existe, excepcionalmente, a hipótese de colocação do menor em família substituta e, para tanto, a opinião da criança ou adolescente e manifestação de vontade é respeitada.

O segundo capítulo traz os pormenores das espécies de filiação. Inicia mencionando a filiação biológica com o reflexo dos avanços de biotecnologia, da ciência e da medicina. Com a descoberta do exame do DNA, na área da engenharia genética, obteve-se uma das mais importantes e significativas provas na ação de investigação de paternidade.

Outrossim, no atual Código Civil, não há mais espaço para discriminação de filhos entre legítimos e ilegítimos. A filiação decorre muito mais de um fato natural, do amor, do cuidado, da convivência dos pais com os filhos. Surge também da participação no desenvolvimento psíquico, moral, físico do menor e de um elo em razão do afeto, explica-se, então, a filiação socioafetiva.

A noção de família moderna mudou; passou-se para uma visão pluralista de família que comporta os mais diversos arranjos. Todos os relacionamentos que se originem de um elo afetivo, independente de sua conformação, podem integrar o conceito atual de entidade familiar.

A filiação socioafetiva pura, ou seja, quando não houver o vínculo biológico ou jurídico não tem previsão normativa explícita no nosso sistema jurídico. Pode-se considerar que a jurisprudência dos tribunais deve, com base em casos concretos, ainda na ausência de lei específica que regule a filiação socioafetiva, adotar uma postura que alcance os fenômenos sociais atuais.

Dentre as formas de filiação (Adoção, Inseminação Heteróloga e Filho de Criação), a adoção é uma filiação construída no afeto, no qual o adotado, menor ou maior de idade, independente de vínculo consanguíneo ou afim, passa a ser tratado como filho pelo adotante, que assume todos os direitos e deveres de uma nova relação de parentesco.

Relativamente à Inseminação Heteróloga, utiliza-se o sêmen de outro homem, doador anônimo, para fecundação do óvulo da mulher. Neste caso, o genitor biológico é o doador anônimo e o pai é o que autoriza o procedimento, o qual implica automática renúncia a eventual ação negatória de paternidade. Uma vez consolidado o vínculo afetivo, não se pode exigir do judiciário declaração de que não é pai.

Ainda sobre o Estado de Filho, esclareça-se que filho de criação é aquele entregue para ser criado em uma família distinta da original. A jurisprudência tem entendido que ele não pode ser comparado ao biológico e nem mesmo ao adotivo, já que não cumpriu as formalidades para adoção.

Por fim, o quarto capítulo, o tema central mostra que nem sempre o pai biológico é o criador do filho, como também, pode não ser o que efetua o registro. As modalidades de paternidade registral, biológica e afetiva nem sempre coincidem em uma mesma pessoa. Foi efetuado levantamento jurisprudencial que aborda o entendimento pela possibilidade da revogabilidade do reconhecimento voluntário de filho, quando há vício de consentimento (defeitos nos atos jurídicos), ocasionando uma posterior desconstituição do estado de filiação. Para estas situações, as decisões consideram também a ausência do vínculo afetivo e são sempre pautadas no melhor interesse da criança.

Esta realidade, entretanto, muitas vezes pode ser bastante complexa, como nos casos em que o pai registral é também genitor biológico, mas não é pai afetivo, tendo em vista que não conviveu com o filho e não o tratou como tal. Nem sempre o

vínculo biológico é o fator determinante da paternidade, e, a filiação, cada dia mais é fundamentada na concepção de família socioafetiva.

Todos têm o direito de saber sobre si mesmo e sobre sua ancestralidade. Atualmente, o que garante o exercício dos deveres inerentes ao poder familiar não é a origem consanguínea, mas sim, a dedicação proporcionada aos filhos. A simples geração do filho não condiciona a paternidade ou maternidade, pois o que importa é o cuidado, a forma como a criança será criada, para que a criança no futuro se torne uma pessoa dotada de personalidade.

Diante das modificações ocorridas no Direito de Família, os operadores do Direito buscam se adequar a essas transformações, com o objetivo de contemplar a realidade social e alcançar a justiça.

Por fim, a filiação registral, antes mencionada, faz coincidir com a filiação socioafetiva; quando acontece de forma diversa, envolvendo a falsidade ou o erro, tem prevalecido o liame genético. Mas, é preciso ter cautela voltada ao interesse do filho na desconstituição da filiação. Na solução dos conflitos, é importante ponderar as três dimensões da filiação.

2 INSTITUTOS RELACIONADOS À FILIAÇÃO

O desenho jurídico de família do Código Civil de 2002 sofreu considerável evolução até a concepção pluralista dos dias atuais. Este estudo compreende a evolução do tratamento jurídico da família no âmbito do direito relacionado à filiação.

2.1 DO PODER FAMILIAR

A expressão poder familiar surgiu para substituir a expressão “pátrio poder” resultante dos resquícios de uma sociedade machista, mais especificadamente uma sociedade patriarcal, na qual existia a primazia do poder do pai sobre os filhos. As relações de filiação primitivas decorriam de fatos meramente naturais e biológicos, de caráter eminentemente subordinativo, considerando sempre a autoridade do pai como chefe de família.

Esta desigualdade perdurou ainda com o Código Civil de 1916, pois somente com a falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e ela assumia o exercício do poder familiar com relação aos filhos.¹ Nesta época o direito incluía a mulher no rol de relativamente incapazes e o homem exercia tanto o papel de pai, como de marido, e a ele cabia a administração da família. Garantia-se a manutenção da estrutura familiar baseada no matrimônio e também como modelo para a legitimidade dos filhos determinada através da presunção *pater ist est*.

Diante de uma sociedade mais igual em que a emancipação da mulher e o tratamento igual entre os filhos passaram a prevalecer, não há que se falar em pátrio poder. Com isso, a Constituição Federal de 1988 outorgou poderes a ambos os genitores em relação aos filhos comuns. O poder familiar, ao considerar o Texto Maior, que dispõe sobre a igualdade de todos perante a lei, tem que homem e mulher são iguais em direitos e deveres em relação aos filhos (art. 226, §5º da CF\88 c/c art. 21 do ECA).² Também, com a Constituição de 1988, passou-se a

¹ DIAS, Maria Berenice, **Manual do direito de Família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.443, 2011.

² Art. 21. O pátrio poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de

considerar todos os filhos como legítimos, sem discriminação, independente da origem matrimonial ou não da filiação. Assegura-se, desta forma, a plena igualdade entre os filhos e a plena igualdade entre pai e mãe no que diz respeito ao exercício do poder familiar.

Segundo Gonçalves, o poder familiar corresponde a um conjunto de regras envolvendo direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores, sendo que no tocante à administração de bens, no CC\2002, a previsão existe no livro IV, título I e no subtítulo II destinado a direito patrimonial com os seguintes termos: “Do Usufruto e da Administração dos bens de filhos menores”.³

Foi com o Código Civil de 2002 que surgiu a expressão poder familiar, que na verdade, neste momento, deixou de ser visualizada como um poder e passou a ser um dever, um encargo dos pais para com os filhos quando do exercício do ofício de educar, orientar e assegurar todas as medidas necessárias ao pleno desenvolvimento do indivíduo enquanto sujeito de direito que é.

Para Paulo Netto Lôbo o poder familiar é um ofício, um encargo legalmente atribuído aos pais, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos.⁴ Na perspectiva do direito civil constitucional, tem-se nos artigos 227 e 229 da Constituição a constatação deste poder muito mais como um dever dos pais sempre tendo como objetivo o melhor interesse da criança.⁵ O Código Civil de 2002 trouxe no art. 1634 os direitos e deveres dos pais no exercício do poder familiar.⁶

discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

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

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

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. volume 6. São Paulo: Saraiva, p. 420, 2013.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº67. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p.21, Ago-Set, 2011.

⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁶ 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;

Mas, foi no Estatuto da Criança e adolescente em 1990, que este instituto deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção.⁷ Com o intuito de proteger crianças e adolescentes, como sujeitos vulneráveis e em desenvolvimento que necessitam de especial atenção e tutela do Estado, é preciso assegurar os respectivos direitos inerentes às suas personalidades.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, foi o primeiro documento jurídico internacional a favor da criança. Posteriormente, em 1989, as Nações Unidas elaborou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada no Brasil por meio do decreto número 99.710 em 1990.

A Constituição Federal de 1988 previu o dever de proteção integral à criança em respeito à convenção internacional posteriormente ratificada, mas, em 1990, através da lei n. 8069 coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente concretizar e expressar os novos direitos da população infanto-juvenil, transformando-os em sujeitos de direito, com destaque para os direitos fundamentais. Desde então, a família, a sociedade e o Estado passaram a ser responsáveis pelo pleno desenvolvimento e a proteção da criança e adolescente dentro da concepção de unidade e solidariedade familiar socioafetiva. O Estado, por sua vez, tem o dever de promover políticas públicas e sociais em busca da proteção dos menores.

Ainda no que diz respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 19 diz que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta”. A família natural é conceituada neste diploma legal e, ainda, no seu artigo 27 tem-se que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros” denotando uma preocupação com este instituto do direito de família.

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.

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito de Família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 424, 2011.

Com a doutrina da proteção integral da criança surgiu a ênfase no princípio do melhor interesse dela e este princípio reza que diante de eventual conflito de interesses deve prevalecer aquilo que melhor for para o menor. Segundo Helen Crystine e Josiane Rose:

Após 1988, a adoção da doutrina da proteção integral ratificou o princípio do melhor interesse da criança, como critério hermenêutico, conferindo-lhe natureza constitucional, como cláusula genérica que, em parte, se traduz pelos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no art. 227 da Constituição Federal.⁸

Portanto, diante de um caso concreto, na aplicação deste princípio do melhor interesse da criança, deve se ter em mente a condição de desenvolvimento e vulnerabilidade que enseja cuidados. Para tanto, protege-se integralmente os interesses da criança em detrimento dos demais, resguardando os direitos fundamentais e dignidade desta pessoa humana. Como sujeito de direitos, a criança deve ter a salvo a sua personalidade com decisões jurídicas que coloquem a sua integridade física, moral e intelectual como centro de debates.

Revela-se o afeto o principal componente a ser assegurado em uma família e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao enfatizar o “pleno desenvolvimento”, visa, nada menos, garantir uma dimensão socioafetiva de família tornando irrelevantes quaisquer questionamentos sobre a origem da filiação.

O princípio de proteção integral de crianças e adolescentes acabou por emprestar uma nova configuração ao poder familiar e, ainda que o ECA seja anterior ao Código Civil, constitui-se em um microsistema.

“O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele defluem são personalíssimas.”⁹

Estes diplomas normativos disciplinam a forma como os pais detentores do poder familiar devem assegurar aos filhos plenas condições para seu desenvolvimento, de modo que qualquer omissão enseja a responsabilização dos genitores. A intenção é de preparação das crianças para os perigos da vida, como também, prepará-las

⁸ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p.97, 2012.

⁹ DIAS, Maria Berenice, **Manual do direito de Família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 425, 2011.

para a assunção de responsabilidades e condutas compatíveis com a vida social que enfrentarão.

As infrações ao dever de criação ou ao dever de proporcionar a melhor educação dos filhos, constituem crimes de abandono material e intelectual, respectivamente, que poderão acarretar a perda do poder familiar (CC, art. 1638,II). No caso de impedimento de ambos os pais, por incapacidade ou até por falecimento de ambos, o poder familiar será exercido por um tutor escolhido pelos próprios pais em testamento ou documento público ou, pelo juiz na falta de indicação de tutor (CC, arts. 1729 e 1731).

Constitui ainda o exercício do poder familiar a exigência de que os filhos sejam obedientes. No entanto, não podem os pais com base nisso castigar de forma desproporcional os filhos, pois maus tratos constitui crime e justifica a perda do poder familiar (CC, art. 1634,VII).

O ECA reconhece que o estado de filiação é direito personalíssimo (só pode ser exercido pelo filho), é indisponível (não pode ser objeto de renúncia ou transação), salvo sob a forma de adesão feito em juízo ao pedido de colocação em família substituta e é imprescritível, na medida em que a ação de investigação de maternidade ou paternidade pode ser intentada a qualquer tempo contra os pais e seus herdeiros.

Neste sentido, deve ser nula a renúncia ao poder familiar, sendo possível delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a alguém conhecido da criança, conforme entendimento de Maria Berenice Dias.¹⁰

A inibição do poder familiar só justifica quando há afronta aos direitos fundamentais dos menores à integridade física, psíquica, intelectual e inobservância pelos pais dos deveres previstos e, ainda, nos casos de abuso no exercício do poder de forma a suprimir direitos inerentes à dignidade humana dos menores, também, quando existe inobservância pelos pais das ordens judiciais fixadas com objetivo de proteger os menores. Para estes casos, o legislador previu as hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar como medidas sancionatórias aos pais que não assumem suas responsabilidades perante os seus filhos.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice, **Manual do direito de Família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 425, 2011.

2.2 HIPÓTESES DE SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A suspensão e extinção do poder familiar estão previstas no arts. 1637 e 1638 do CC e acontece quando um ou ambos os pais deixam de cumprir os seus deveres e responsabilidades perante os filhos de forma a prejudicá-los.¹¹

A suspensão do poder familiar é medida temporária, podendo os pais se reabilitarem ao seu exercício quando ausentes os requisitos que determinaram a medida. Nestes casos, admite-se a revisão sempre atendendo ao melhor interesse do menor. A suspensão é medida mais branda, entretanto, a extinção é medida mais gravosa e tem eficácia duradoura só podendo ser restabelecida através de procedimento judicial contencioso. Este ato judicial pode excluir do poder paterno um só filho, alguns ou todos.

Judicialmente, extingue-se o poder familiar na hipótese de crime doloso contra o filho, punível com pena de reclusão, além das hipóteses elencadas exemplificadamente no código civil. Para Maria Berenice Dias a prática de atos que afrontem a moral e os bons costumes é aferida objetivamente, mas cabe ao juiz diante da situação concreta decidir pela extinção ou suspensão do poder familiar, pois em qualquer circunstância o supremo valor é o melhor interesse do menor.¹²

“A perda da autoridade parental por ato judicial (CC; 1638) leva à sua extinção (CC; 1635), que é o aniquilamento, o término definitivo, o fim do poder familiar.”¹³

Nota-se que a extinção do poder familiar é medida excepcional, visto que a legislação privilegia a convivência com a família natural. Há casos, no entanto, que se faz necessário sopesar valores em benefício do menor. Nem sempre a família natural corresponde o ambiente propício para uma vida sadia e tem-se, assim, a

¹¹ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹² DIAS, Maria Berenice, **Manual do direito de Família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.436, 2011.

¹³ *Ibidem*, *loc.cit.*

opção pela colocação em família substituta até que se vislumbre uma possibilidade de reconciliação entre pai e filhos para uma convivência saudável.

O ECA no seu art. 163 determina que “a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente”.¹⁴

A destituição, em alguns casos, vem acompanhada de um processo de adoção, inclusive tem se utilizado a cumulação de ações de destituição do poder familiar e de adoção, e a sentença concessiva da adoção traz implícita a noção da destituição do poder familiar. Nestes casos a averbação no registro de nascimento da criança é desnecessária, prevalecendo o cancelamento do registro original.¹⁵

2.3 DA COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

A família natural é o ambiente propício ao melhor desenvolvimento da criança. Ao lado dos pais ou parentes deve ser proporcionada uma convivência sadia em termos de segurança, educação, guarda e sustento para o bom desenvolvimento do menor. Infelizmente, nos dias atuais tem sido constante a desintegração das famílias refletindo no desenvolvimento sadio da criança e adolescente.

Para situações em que seja necessária tutela, guarda ou adoção existe, excepcionalmente, a hipótese de colocação do menor em família substituta e, para tanto, a opinião da criança ou adolescente e manifestação de vontade é respeitada diante de situação tão delicada.

O instituto da guarda não opera mudanças no poder familiar e tem como finalidade regularizar a posse de fato da criança ou do adolescente. Trata-se de uma situação especial destinada a crianças e adolescentes excluídos ordinariamente da tutela e da adoção, pela falta de interessados. Não se trata da guarda que envolve a disputa

¹⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 10. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, p.166, 2008.

¹⁵ 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.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

dos pais pelos filhos, pois, neste casos, basta a simples regulamentação de guarda pela família com auxílio do Estado-juiz.¹⁶

Por outro lado, uma vez constatado o rompimento de vínculos com a família natural sem a possibilidade de reconciliação entre pais e filho e, quando, eventual restabelecimento da convivência com os genitores puder comprometer a saúde, integridade física e até mesmo a vida do menor, pode o pedido de guarda ser convertido em adoção.

Então, reconhecida uma filiação baseada no afeto e considerando o longo tempo de convivência com os guardiões, compreende-se a adoção como a modalidade de colocação em família substituta mais adequada ao melhor interesse da criança.

A tutela confere poderes e encargos a um terceiro e é meio de colocar o menor em família substituta. A tutela cessa quando o menor atinge a maioridade civil e está vinculada ao pressuposto da prévia decretação da extinção ou suspensão do poder familiar.¹⁷

A suspensão e extinção do poder familiar são pressupostos da adoção e da tutela, sendo que para adoção é imprescindível a destituição. Para Orlando Gomes a adoção é “o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural, o vínculo de filiação. Trata-se de uma ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau em linha reta”.¹⁸

O vínculo paterno-filial na adoção decorre de uma construção de afeto, através do crescimento do amor a cada dia que se torna muito forte a ponto de superar qualquer vínculo consanguíneo. Trata-se de um ato de liberalidade das partes que, muitas vezes, impossibilitadas de gerar um filho se permitem desenvolver afeto e amor por uma pessoa inicialmente desconhecida.

A adoção é feita através de sentença judicial que confere aos adotantes todos os poderes e encargos em relação ao adotado. É como se o vínculo anterior existente com a família destituída do poder familiar inexistisse, inclusive no registro da criança fará constar os nomes dos pais adotantes, pois de fato existe a constituição de novo vínculo paterno-filial. A sentença que destitui o poder familiar pode acarretar para o

¹⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 10. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, p.30, 2008.

¹⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁸ GOMES, Orlando *apud* LIBERATI, Wilson Donizeti. *Ibidem*, p. 381.

menor a convivência em família substituta com todos os acompanhamentos psicológicos e assistenciais necessários ao seu sadio desenvolvimento.

Como a adoção cria direitos e deveres recíprocos, inclusive a mudança de estado familiar do filho, com o ingresso deste numa família que lhe é estranha, só se sujeitará ele a tais contingências se houver consentido no ato, sendo maior e capaz, ou se, sendo menor, contar com mais de 12 anos e houver manifestado sua concordância, em conjunto com os pais.¹⁹

A concessão da adoção não dependerá da concordância dos pais, se os pais forem desconhecidos ou se tiverem sido destituídos do poder familiar, e o vínculo é formalizado por sentença judicial, que será inscrita no Registro Civil mediante mandado expedido pelo juiz que também determinará o cancelamento do registro anterior.²⁰

Com base no exposto acima, pode-se entender que a extinção do poder familiar será permanente e definitiva quando acompanhada de uma sentença concessiva de adoção, pois faz nascer um vínculo de filiação novo, ou seja, um novo estado familiar para o filho, desconstituindo o anterior. Neste sentido, pode-se conceber uma extinção do poder familiar definitiva sem possibilidade de recuperação. Portanto, uma verdadeira ruptura com o passado, embora alguns doutrinadores, como Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, entendam que cabe revogação da sentença que destitui o poder familiar quando for recuperado o vínculo com os genitores.

2.4 CRITÉRIO DA PRESUNÇÃO LEGAL DA FILIAÇÃO

Nos tempos remotos a presunção da paternidade era fundada na relação matrimonial. Enquanto casados, os filhos nascidos da mulher presumivelmente pertenciam ao atual marido. Trata-se de uma época em que se acreditava na fidelidade existente entre marido e mulher unidos pelo matrimônio.

Cristiano Chaves comenta que a máxima é absorvida do Direito Romano pela expressão *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai seria aquele

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. volume 6. São Paulo: Saraiva, p. 379, 2013.

²⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 10. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, p. 173, 2008.

indicado pelas núpcias, pelo casamento) e, de outro lado, partindo deste mesmo raciocínio: *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa).²¹

O direito brasileiro sempre deu ênfase à instituição do casamento e, por isso, as regras filiatórias foram surgindo em função das famílias centradas no matrimônio. A primeira regra relativa à filiação é a legal e prevista no art. 1597 do Código Civil de 2002.²² Na constância do casamento são presumidos os filhos nascidos, pelo menos, cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal e a presunção também perdura mesmo depois da dissolução do casamento por um prazo de trezentos dias.

Posteriormente, com todos avanços de biotecnologia, da ciência e da medicina, foram surgindo outras possibilidades de filiação, de modo que não se pode considerar as presunções legais como absolutas podendo ser afastadas nas hipóteses contempladas em lei.

Foi com a descoberta do exame do DNA, na área da engenharia genética, que se obteve uma das mais importantes e significativas provas na ação de investigação de paternidade, sendo possível oferecer ao Direito de Família um alicerce seguro para a exclusão ou afirmação de uma paternidade com quase que absoluta certeza. Sua atuação não tem limites, podendo ser realizado antes do nascimento de um indivíduo ou até mesmo após sua morte. Para Cristiano Chaves, havendo colisão entre a filiação presumida por lei e a filiação biológica, prevalecerá a verdade biológica e científica afastando a presunção *pater ist est*.²³

Contudo, cumpre salientar que no âmbito de uma ação negatória de paternidade a prova pericial através do exame de DNA pode não ser absoluta, pois a simples comprovação de um vínculo biológico não é suficiente para existência de um vínculo paterno-filial, que envolve muito mais o sentimento, afeto e convivência social entre

²¹ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.495, 2009.

²² Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

²³ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, p. 500, 2009.

os sujeitos envolvidos. Cumpre demonstrar que a filiação atualmente não decorre somente de presunção legal ou comprovação biológica, mas de contemplar sempre o melhor interesse da criança, tendo em vista o liame socioafetivo que envolve esta relação.

Não se pode esquecer a teoria antiga e, ao mesmo tempo, muito atual do professor João Baptista Villela publicada em 1979, chamada de “Desbiologização da Paternidade”.

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.²⁴

Ele coloca que o vínculo paterno-filial decorre não somente de fatos biológicos, mas de mecanismos postos em prática pelo homem no exercício da função de pai e procriador. O pai não é somente o gerador do filho, mas aquele que dá carinho e afeto, considerando que o vínculo entre pai e filho não resulta exclusivamente do liame consanguíneo. Portanto, a paternidade resulta de filhos biológicos e não biológicos; o importante é o liame afetivo existente.

2.5 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À FILIAÇÃO E SUA EVOLUÇÃO

Com a complexidade da realidade social, a norma não tem resposta imediata e o aplicador da lei busca no Ordenamento Jurídico a solução para o caso concreto. O juiz se vale da interpretação jurídica para solucionar casos concretos.

Com isso, os princípios adquiriram importância jurídica cada vez maior. Os princípios permitem a atividade interpretativa. O fato social, muitas vezes, ultrapassa a lei e o julgador decide muitas vezes sobrepondo a própria lei.

Os princípios são os pressupostos que se mostram indispensáveis, necessários para a própria fundamentação e existência do sistema jurídico. É a base valorativa para o ordenamento jurídico, ou seja, é a fonte valorativa do próprio ordenamento. Embora o ordenamento seja composto de regras, de posições condicionantes de condutas, existem disposições principiológicas que buscam estabelecer valores que servirão

²⁴ VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 71, p.49, 1980.

de fonte para o ordenamento jurídico. Assim, passa-se à análise breve dos princípios relacionados à filiação.

2.5.1 Dignidade da Pessoa Humana

O Estatuto Civil de 1916 nasceu sob a égide do liberalismo econômico e buscava proteger direitos e liberdades do indivíduo contra as ingerências do Estado. Tinha-se nessa época a necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, conferindo a legislação uma feição patrimonialista. Neste direito civil clássico inspirado em ideais burgueses, o direito patrimonial está voltado à realização do patrimônio e possui uma dimensão econômica; parte da ideia de que tudo pode ser resolvido pela valoração econômica (ter). Tem como foco a propriedade.

O direito existencial, por sua vez, busca a realização do ser e a efetivação da dignidade humana (ser). Para este direito, a propriedade que merece tutela jurídica é aquela que garante a existência do ser e sem a qual o ente não conseguiria viver. O ser passa a ter primazia sobre o ter. A família era considerada como unidade produtiva e era a comunidade fundada no casamento, hierarquizada e patriarcal. A lei apenas reconhecia como “legítima” aquela família resultante do casamento pelo regime civil e, portanto, filhos eram aqueles concebidos na constância do casamento.

Conhecida como “Constituição Cidadã”, a Carta de 1988 trouxe enormes avanços para o Brasil, positivou uma gama de direitos e garantias fundamentais e, ao estabelecer princípios norteadores do ordenamento jurídico, voltou a sua atenção para a proteção da pessoa humana e não mais para o seu patrimônio. Os direitos da personalidade ganharam destaque e privilégios alcançando o status de norma constitucional.²⁵

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

²⁵ CANEZIN, Claudete Carvalho. Tutela da Personalidade Humana a Partir da Constituição Federal de 1988, **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº64. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p. 80, Fev- Mar, 2011.

fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos [...]²⁶

A fonte primária do direito de família passa a ser a CF/88 como norma suprema do sistema jurídico brasileiro e, neste sentido, houve uma necessária releitura dos institutos do direito de família a partir dos fundamentos principiológico constitucionais da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana, solidariedade social e na igualdade substancial.

O princípio da dignidade da pessoa humana considera que o ser humano é um fim em si mesmo, dessa forma, não se deve utilizá-lo para atingir outros. Também no âmbito das relações familiares houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. A dignidade da pessoa humana justifica os direitos da personalidade.

A tutela da personalidade humana diz respeito ao reconhecimento de um mínimo de garantias e de direitos fundamentais, relacionados à pessoa para que possa viver dignamente. É o direito que tutela o ser humano em todas as suas possíveis projeções. Após a segunda guerra mundial surgiu a real preocupação com os direitos da personalidade (em 1948 surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão). O Código Civil em 2002 consagrou os direitos da personalidade salvaguardando o ser humano em sua projeção individual.

Não se pode esquecer que a dignidade da pessoa humana, insculpida como vértice axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, impõe uma nova visão de filiação buscando proteger a vida digna e integridade dos filhos, assegurando desta forma os direitos de personalidade.

A Constituição da República no seu art. 227 diz:

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.

A relação família\sociedade encontra proteção na interpretação do Código Civil à luz da Constituição de 1988. Com isso, não há mais espaço para discriminação de filhos entre legítimos e ilegítimos como fazia o Código Civil anterior. Legítimos eram filhos

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito de Família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.63, 2011.

nascidos na constância do casamento e as demais formas de filiação eram tidas como ilegítimas porque não advinham de um casamento. Os ilegítimos eram classificados em naturais e espúrios. Os filhos naturais decorriam da inexistência de impedimento para o casamento entre os pais e, para os filhos espúrios, a lei proibia a união conjugal dos pais. Os espúrios podiam ser adulterinos, se resultasse do fato de um deles ser casado, e incestuosos, se decorressem de parentesco próximo.²⁷

A evolução do conceito de família pelo direito acompanhou as mudanças sociais ocorridas na década de XX. Com isso, passou-se a conceber a união estável, valorizando a cada dia a parceria afetiva entre homem e mulher. Entendeu-se que família envolve amor, afeto, respeito, confiança, planejamento conjunto, preservando a dignidade da pessoa humana.

Quanto à filiação, após o advento da Constituição de 1988, esta passou a ser una, igualitária, qualquer que seja sua origem. A constitucionalização do direito civil tornou a afetividade um princípio de fundamental importância devido ao fato de não existir mais a preocupação em estruturar a família com base apenas no vínculo consanguíneo, mas também no afeto, no carinho e no amor.²⁸

Com fundamento na dignidade da pessoa humana alguns princípios do direito de família relacionados à filiação serão mencionados. Inicialmente, não se pode deixar de falar de um princípio de grande relevância que dispõe sobre a igualdade entre os filhos: “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.”²⁹ Nota-se que o ordenamento jurídico se filiou ao sistema único de filiação, estabelecendo a igualdade plena entre os filhos, vedando qualquer tipo de discriminação no que tange à origem. Este entendimento colocou a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico em conformidade com as mudanças axiológicas verificadas no Direito, tendo como base as mudanças sociais verificadas nos últimos tempos.

A igualdade é pressuposto para a liberdade que surgiu na relação familiar envolvendo pais e filhos e permitindo consagrar laços de solidariedade e afeto para um desenvolvimento saudável tanto psicológico como biológico. Neste sentido, o

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 7. ed. volume 7. São Paulo: Saraiva, p.305, 2013.

²⁸ OTONI, Maria Aparecida Corrêa. A filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a Impossibilidade de Sua Desconstituição Posterior. **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº69. Belo Horizonte: IBDFAM e Lex Magister, p.43, Dez-Jan, 2012.

²⁹ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) traz a possibilidade de impugnação pelo filho do reconhecimento levado a efeito enquanto era menor de idade.³⁰ No âmbito da liberdade temos ainda a previsão no código civil, art. 1.565,§2º, da possibilidade de o casal decidir de forma livre quanto ao planejamento familiar, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito.

A dignidade também implica solidariedade familiar. Neste contexto, o preâmbulo da Constituição de 1988 traz a noção da sociedade fraterna. No ambiente familiar é imperioso a reciprocidade e cooperação entre os membros para um desenvolvimento conjunto. Na constituição temos também o dever dos pais de prestar assistência aos filhos, consagrando a solidariedade que deve existir no ambiente familiar.³¹

Finalmente, pode-se considerar que apesar de não se ter expressamente um artigo na “Constituição Cidadã” que trate da filiação sócio-afetiva e determine os efeitos da afetividade nas relações familiares, esta nova forma de considerar a filiação tem encontrado respaldo nas interpretações de artigos do Código Civil, à luz da Constituição Federal, tendo como núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.5.2 Pluralidade das Entidades Familiares

O legislador constituinte, no art. 226 da Constituição Federal, regularizou a realidade de diversas famílias brasileiras quando afirma implicitamente no seu texto que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. Estão admitidas no direito de família, todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas ou não neste artigo.³²

³⁰ 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.

³¹ Art. 229 Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

³² BÔAS, Renata Malta Vilas. A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias. **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº63. Belo Horizonte: IBDFAM e Lex Magister, p.29, Dez-Jan, 2011.

Na realidade, o legislador constituinte reconheceu a existência de vários vínculos familiares tendo em vista que nas codificações anteriores somente a família oriunda do casamento era reconhecida e protegida.

Doutrinadores mencionam o artigo 226 da Constituição Federal como uma “clausula geral de inclusão”, pois, ao retirar a expressão “constituída pelo casamento”, permitiu o reconhecimento de entidades familiares diferenciadas da família matrimonializada. Surge, neste momento, a proteção constitucional para qualquer espécie arranjo familiar. Para Cristiano Chaves a família deve ser notada de forma ampla, independente do modelo adotado. Tanto as entidades constituídas solenemente pelo casamento, quanto as entidades informais como a união estável merecem a especial proteção do Estado.³³

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família que a coloca sob o manto da juridicidade é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.³⁴

Este sentido de pluralidade de entidades familiares, a admissão de uniões extramatrimoniais como espécies de entidades familiares aumentou o espectro de família e, assim, hoje temos os filhos concebidos fora da constância do casamento ou na constância, não importa; todos são filhos amparados pela nova concepção do conceito de família.

2.5.3 Afetividade

A filiação decorre muito mais de um fato natural, do amor, do cuidado, da convivência dos pais com os filhos. A filiação surge também da participação no desenvolvimento psíquico, moral, físico do menor e de um elo que surge muito em função do afeto, não importa a origem do amor, pois pai é aquele que ama incondicionalmente independente de origem biológica, jurídica ou registral. Discorre Claudete Carvalho Canezin:

A filiação socioafetiva é, desta forma, aquela que resulta da convivência, do amor, da solidariedade e do sentimento que une pais e filhos. Está acima

³³ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.38, 2009.

³⁴ DIAS, Maria Berenice, **Manual do direito de Família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.42, 2011.

das presunções legais e dos critérios biológicos. É um vínculo que não se desfaz, uma realidade presente e que não pode, de maneira alguma, ser ignorada pelo direito.³⁵

Sob a perspectiva adotada pelo legislador constituinte, faz-se por oportuno enfatizar a importância do princípio da afetividade nas relações familiares no que tange a filiação. Importante salientar a afetividade como princípio manifestador da dignidade da pessoa humana.

A família deve ser vista como instrumento de desenvolvimento da personalidade e dignidade dos seus membros, especialmente para o desenvolvimento e educação dos filhos. A família é uma forma de buscar felicidade de forma conjunta no qual o afeto é o principal elo de ligação entre os membros. Pai ou mãe se é por uma decisão livre e pessoal, no momento em que se decide ter filhos. Não existe imposição ou coerção e, no mesmo sentido, a decisão pela paternidade\maternidade socioafetiva também deve ser pautada nesta liberdade. A socioafetividade é o liame existente entre pais e filhos pelo vínculo do afeto, amor e carinho.

O código civil de 2002 não traz um dispositivo que trate exclusivamente da filiação socioafetiva, mas em diversos outros percebe-se que, de fato, ela existe no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 1593 fala de parentesco natural ou civil ou “de outra origem”, subtendendo-se no último caso o parentesco socioafetivo. No artigo 1597,V do mesmo diploma legal, a possibilidade de inseminação artificial heteróloga mediante autorização do cônjuge ou companheiro gera vínculo de filiação socioafetiva e não biológica.³⁶ E, por fim, o art. 1605, II fala da possibilidade de provar a filiação por qualquer meio admissível no direito, inclusive as “presunções de fatos já certos”.

Paulo Lôbo identifica quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: a igualdade entre os filhos e o sistema único de filiação (art. 226,§6º, da CF); a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (art. 226,§5º e §6º, da CF); “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”³⁷ e o dever da família assegurar à criança e ao adolescente uma vida digna e a convivência familiar³⁸

³⁵ CANEZIN, Claudete Carvalho. Filiação Socioafetiva, **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº69. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p.13, Dez-Jan, 2012.

³⁶ V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

³⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

Conclui-se, então, que a presunção *pater is est*³⁹ vigente no sistema anterior não condiz com o sistema atual no qual a solidariedade e o afeto estabelecem as bases das famílias contemporâneas. Nos dias de hoje, o ordenamento jurídico não admite qualquer forma de preconceito entre filhos em decorrência do estado civil de seus genitores; predomina a dimensão socioafetiva nas relações entre pais e filhos.

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

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

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

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

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto SANCHES *apud* Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.78, 2012.

³⁹ É pai aquele que as núpcias legítimas indicam, ou seja, será filho legítimo aquele concebido na constância do matrimônio, presumindo-se ainda os nascidos pelo menos 180 dias após a constituição da sociedade conjugal ou nos 300 dias subsequentes à sua dissolução – arts. 337 e 338 do CC\1916.

3 FILIAÇÃO

O atual código civil trata em capítulos diferentes sobre os filhos havidos de uma relação de casamento (CC 1.596 a 1606) e os havidos fora do casamento (CC 1.607 a 1617). Este tratamento resulta da diferenciação abolida pelo sistema jurídico atual quanto à discriminação dos filhos em legítimos e ilegítimos. A visão do legislador é de manter a estrutura familiar a qualquer custo. Para tanto, ainda faz o uso das presunções independente da verdade real.

Como se sabe, a noção de família moderna mudou; passou-se para uma visão pluralista de família que comporta os mais diversos arranjos familiares. Todos os relacionamentos que se originem de um elo afetivo, independente de sua conformação, podem integrar o conceito atual de entidade familiar.

Importante mencionar a doutrina de Luiz Edson Fachin. Ele entende a paternidade do filho matrimonial com base em três pilares: o jurídico (o marido da mãe é, por presunção, o pai do filho tido por sua esposa); o biológico (o marido da mãe é presumivelmente o autor genético da fecundação) e o sócio-afetivo (o marido da mãe trata a criança _ e por ela é tratado _ como pai).⁴⁰

A lei nunca se preocupou em definir o conceito de família e o casamento era o subsídio para conformar a legitimidade de uma família. Com a CF\88, surgiu a concepção de um sistema único de filiação, sem discriminação e, ainda que a lei fale em presunção de paternidade ou maternidade na “constância de casamento”, a filiação de origem afetiva vem ganhando forças na sociedade, ampliou-se o conceito e, no estágio atual da sociedade não mais interessa a origem da filiação.

3.1 BIOLÓGICA E O ADVENTO DO DNA

Os estudos preliminares da genética molecular no campo da investigação da identidade se iniciaram em 1953, quando os cientistas descobriram a estrutura em dupla hélice formada pelos dois filamentos que compõe a molécula do DNA (ácido

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson *apud* BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.16, 2002.

desoxirribonucléico), componente responsável pelo patrimônio genético dos seres vivos.⁴¹

No ano de 1985, o inglês Alec Jeffreys, através de estudos científicos, criou sondas moleculares radioativas com a prioridade de reconhecer regiões altamente sensíveis do DNA, e assim veio a descobrir que as sequências de recombinações químicas descobertas eram únicas, exclusivas, que ele denominou “impressão digital” genética do DNA, representando a partir daí uma inovação, não só biomédica, mas também jurídica e social.⁴²

Hoje, via exame de tipagem de DNA, é possível confirmar ou negar uma paternidade ou maternidade com margem de acerto próxima dos 100% (cem por cento). O teste de paternidade pela análise do DNA é extremamente poderoso e eficaz para determinar a paternidade biológica. Da mesma forma, o exame é um subsídio técnico definitivo para identificar com quase absoluta precisão uma pessoa erroneamente apontada como suposto pai biológico de uma criança.

A possibilidade de descoberta precisa da filiação pelo exame de DNA representa considerável avanço, permitindo, agora, que se afaste o sistema de presunções, bem como que se aproxime a decisão judicial dessas ações, da verdade fática.⁴³ Anteriormente, o critério da presunção legal predominava nas relações de filiação, considerando como legítimos os filhos concebidos na constância do matrimônio, pois o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento era inconcebível. Então, os interessados se valiam das presunções legais, diante da inexistência de critérios científicos para se precisar a paternidade biológica.

O STJ, no enunciado n. 301, sumulou a questão nos seguintes termos: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. A referida presunção é relativa. Portanto, admite-se a prova em contrário através de outros meios como a prova documental, testemunhal e o depoimento pessoal.

⁴¹ AMARAL, Francisco. **A Prova Genética e os Direitos Humanos**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.), *Grandes Temas da Atualidade. DNA como meio de prova da filiação*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 105, 2002.

⁴² DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.513, 2009.

⁴³ DE FARIAS, Cristiano Chaves. Um Alento ao Futuro: Novo Tratamento da Coisa Julgada nas Ações Relativas à Filiação, **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº69. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p. 64, Dez-Jan, 2012.

Para Luiz Netto Lôbo, essa súmula apenas pode ser aplicada se não tiver havido constituição de estado de filiação (verdade socioafetiva), ou seja, quando o registro de nascimento não constar paternidade de qualquer origem.⁴⁴

Existe divergência doutrinária no entendimento da súmula em virtude da existência do direito ao conhecimento da origem genética como direito da personalidade, sem efeitos de parentesco e, por outro lado, existe o direito à filiação, seja genético ou não.

Segundo Paulo Lôbo, “a verdade em matéria de filiação colhe-se no viver e não em laboratório”.⁴⁵ O conhecimento da origem genética é direito da personalidade do qual todo indivíduo é titular. É algo que diz respeito à esfera íntima de cada ser. Todos têm o direito de saber sobre si mesmo e sobre sua ancestralidade. A lei número 12.010 de 2009, que aperfeiçoou o procedimento de adoção no Brasil, prevê a possibilidade do adotado conhecer a sua origem genética. Então, a imputação de paternidade biológica não substitui o estado de filiação.

A prova pericial genética não é o único meio idôneo para provar a filiação, mas se tornou uma prova absoluta e incontestável. Logo, dada a sua precisão e grau de acerto, é fundamental que seja realizado o DNA em todas as ações desta natureza, conferindo ao juiz mecanismo seguro e preciso para valorar as provas e decidir, em conformidade com a verdade da vida.

A paternidade biológica pode ser determinada quando alguém contribui com o material genético, ainda que não mantenha posteriormente nenhum vínculo afetivo com o descendente, como, por exemplo, acontece na inseminação artificial heteróloga ou na adoção em que o vínculo com o pai biológico não prevalece.⁴⁶

Nota-se que o critério biológico não é único ou exclusivo, pois existem valores consagrados pela lei em sentido amplo que não privilegia na definição da paternidade os laços consanguíneos.

A filiação oriunda de reprodução assistida pode ser homóloga (materiais genéticos dos cônjuges ou companheiros) ou heteróloga (material genético de terceiro). Existe,

⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p.231, 2011.

⁴⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁴⁶ NEVES, Rodrigo Santos et al. O Estado Atual da Filiação. **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº71. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p.100, Abr-Maio, 2012.

também, a possibilidade de filiação biológica oriunda de concepção assistida homóloga, quando há utilização de embriões excedentários (CC; art.1597, IV).⁴⁷

O reconhecimento judicial diferente do reconhecimento voluntário, ocorre de maneira forçada, por meio de uma ação investigatória de paternidade, que tem por finalidade reconhecer o vínculo consanguíneo com o suposto pai. O meio de prova do reconhecimento judicial da paternidade é através do exame pericial de DNA de natureza imprescritível e pode ser proposta a qualquer momento.⁴⁸

O marido da mãe, apenas ele, pode contestar a paternidade em relação a um filho. Como impugnante, não pode exercer sua pretensão fundada apenas na origem biológica, deve, também, comprovar a inexistência de filiação socioafetiva e, ainda, demonstrar que para registrar foi induzido a erro ou coação.

Paulo Luiz Netto Lôbo dispõe que a participação voluntária do pai no processo de reprodução assistida impede posterior ação negatória de paternidade, salvo quando existir comprovação de que o hospital ou o médico, equivocadamente, utilizou sêmen de outra pessoa, que não o pai, na inseminação artificial homóloga. E, na inseminação artificial heteróloga, como há utilização autorizada de sêmen de outro homem não se admite a impugnação da paternidade.⁴⁹

Igualmente, o direito de impugnação da maternidade é privativo da mãe quando houver falsidade do termo de nascimento (CC; art. 1608).⁵⁰ É muito frequente a troca de bebês nas maternidades, induzindo a mãe em erro, como também, é comum a falsidade do registro atribuído às pessoas obrigadas legalmente (art. 52 da Lei n. 6015\73).⁵¹

⁴⁷ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

⁴⁸ OTONI, Maria Aparecida Corrêa. A filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a Impossibilidade de Sua Desconstituição Posterior. **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº69. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p.49, Dez-Jan, 2012.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, p.247, 2011.

⁵⁰ Art. 1.608. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

⁵¹ Art. 52. São obrigados a fazer declaração de nascimento:

1º) o pai;

2º) em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste caso o prazo para declaração prorrogado por quarenta e cinco (45) dias;

3º) no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior achando-se presente;

4º) em falta ou impedimento do parente referido no número anterior os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto;

5º) pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe;

Muito se discute também se ao filho caberia ação de investigação de paternidade ou maternidade em face do doador anônimo do sêmen ou da doadora anônima do óvulo.⁵² Invoca-se para este caso o direito da personalidade, por outro lado, é evidentemente incabível pensar essa ação para declaração do estado de filho, pois já existe um liame sócio afetivo reconhecido e estabelecido.

Cristiano Chaves chama atenção para a insuficiência do método biológico, pois a certeza dos dados genéticos não se equipara à identidade de filiação tecida na complexidade das relações afetivas, sobreleva que se atue no sentido de promover o cotejo, a ponderação, entre o critério biológico e o critério sócioafetivo para que se possa estabelecer o estado de filiação.⁵³

Ao se analisar todo o contexto na seara do Direito de Família, nota-se a importância que o exame de DNA tem para o mesmo, pois as ações que envolvem a real descoberta sobre a filiação ganharam uma nova perspectiva, a de se descobrir com clareza e certeza os verdadeiros ancestrais, sem que haja dúvidas sobre os verdadeiros laços sanguíneos que os unem. Conforme demonstrado, na hipótese de estado de filiação não constituído, a investigação da origem biológica é fundamental para se estabelecer o estado de filiação.

3.2 REGISTRAL

O Código Civil prevê no seu art. 1603 a comprovação do estado de filiação mediante certidão do registro de nascimento.⁵⁴ A filiação registral goza de presunção de veracidade e publicidade, pois estabelece o art. 50 da Lei 6015\73 que todo o nascimento deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias. Portanto, o registro faz público o nascimento, bastando a declaração perante o oficial do registro público.⁵⁵

⁵² TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: **Direito de Família Contemporâneo**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 572.

⁵³ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, 2ª tiragem. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p.515, 2009.

⁵⁴ Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

⁵⁵ Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que

A declaração perante o oficial de registro público deve ser feita pelas pessoas estabelecidas no art. 52 da Lei de Registros Públicos.⁵⁶ O registro do nascimento, em regra, torna a declaração inalterável e inquestionável, salvo se houver erro, dolo ou coação à época da declaração.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o registro produz uma presunção quase absoluta, pois apenas pode ser invalidado mediante comprovação de erro ou falsidade. A declaração do nascimento do filho, feita pelo pai, é irrevogável. O pai pode contestar a paternidade, se provar, conjuntamente, que esta não se constituiu por não ter sido o genitor biológico e não ter havido estado de filiação estável.⁵⁷ Portanto, além do erro e falsidade é necessária comprovação da inexistência de vínculo afetivo.

A I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, 2002, aprovou o enunciado no sentido de que o art. 1603 do CC\2002 compreende “a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.⁵⁸

Se a mãe for casada, no registro constará o nome do marido em função da presunção *pater ist est*, mas se a mãe não for casada, o nome do pai apenas será consignado se ele declarar, perante o oficial, sozinho ou conjuntamente com a mãe.

Pode acontecer a inclusão do nome posteriormente em decorrência de ação de investigação de paternidade ou de reconhecimento voluntário posterior. A seguir, uma breve consideração sobre o reconhecimento voluntário e a análise da importância da autonomia da vontade no ato do registro.

será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

⁵⁶ Art. 52. São obrigados a fazer declaração de nascimento:

1º) o pai;

2º) em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste caso o prazo para declaração prorrogado por quarenta e cinco (45) dias;

3º) no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior achando-se presente;

4º) em falta ou impedimento do parente referido no número anterior os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto;

5º) pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe;

6º) finalmente, as pessoas (VETADO) encarregadas da guarda do menor.

§ 1º Quando o oficial tiver motivo para duvidar da declaração, poderá ir à casa do recém-nascido verificar a sua existência, ou exigir a atestação do médico ou parteira que tiver assistido o parto, ou o testemunho de duas pessoas que não forem os pais e tiverem visto o recém-nascido.

§ 2º Tratando-se de registro fora do prazo legal o oficial, em caso de dúvida, poderá requerer ao Juiz as providências que forem cabíveis para esclarecimento do fato.

⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 233, 2011.

⁵⁸ *Ibidem*, p.234.

3.2.1 Da Autonomia da Vontade no Reconhecimento Voluntário

O reconhecimento voluntário tem por objetivo declarar que existem filhos extramatrimoniais, ou seja, é a declaração voluntária dos pais, de forma conjunta ou separada, independente da origem da filiação. O artigo 1609 do Código Civil estabelece os cinco modos de reconhecimento de filhos.⁵⁹

Segundo o doutrinador Jorge Fujita, “o filho reconhecido voluntariamente por um de seus genitores estará submetido ao poder familiar, no entanto, não poderá residir no lar conjugal, sem que o outro cônjuge dê a sua anuência (CC, art. 1611).”⁶⁰

Ao contrário do reconhecimento voluntário temos o reconhecimento judicial, neste caso há litígio, pois acontece de maneira forçada por meio de ação de investigação de paternidade.⁶¹

Não se deve confundir a irrevogabilidade do reconhecimento de filho com a sua invalidade. A invalidade é uma penalidade que o direito atribui, em geral, a atos jurídicos que impliquem infração de norma jurídica cogente ou, também, para atos jurídicos que resultem de defeitos na manifestação da vontade que, algumas vezes, decorre mesmo da prática de atos, já ilícitos por essência, que visam a distorcer a formação da vontade (dolo e coação).

O reconhecimento voluntário do filho através de testamento também é irrevogável, salvo eventual vício de consentimento.

O reconhecimento voluntário de filho pressupõe autonomia da vontade. A vontade tem que se realizar de um modo que não haja nenhum vício. Somente a vontade que se exterioriza é considerada suficiente para compor o suporte fático de ato jurídico, segundo Marcos Bernardes de Mello.⁶²

⁵⁹ 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.

⁶⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 47.

⁶¹ OTONI, Maria Aparecida Corrêa, *Op.Cit.* Dez-Jan, 2012, p. 45.

⁶² MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.146.

Quando se tratar de manifestação de vontade relevante para o direito deve-se considerar a consciência do manifestante, ou seja, ele deve saber o conteúdo e o sentido do que está manifestando. Por esta razão é que um indivíduo que reconhece uma pessoa como filho com base em falsidade, poderá pleitear posterior invalidação do registro. Na verdade, esta exteriorização da vontade é inconsciente e, por isso, passível de invalidação.

Marcos Bernardes dispõe ainda que a consciência da vontade exige o conhecimento das circunstâncias que envolvem a declaração ou manifestação. Por conseguinte, é necessário considerar o conteúdo da vontade declarada e a vontade de declarar ou manifestar.⁶³

Assim sendo, doutrina e jurisprudência têm entendido pela possibilidade da revogabilidade do reconhecimento voluntário de filho quando há vício de consentimento, ocasionando uma posterior desconstituição do estado de filiação. Para estas situações, as decisões consideram também a ausência do vínculo afetivo e são sempre pautadas no melhor interesse da criança.⁶⁴

3.2.2 Natureza Jurídica do Registro Parental

Relevante mencionar nesta pesquisa a natureza do registro de reconhecimento do filho.

O fato jurídico é o fato do mundo real qualificado pela norma jurídica como relevante para o direito. A norma incide independentemente da vontade dos sujeitos. Para a norma incidir é necessário que, em concreto, aconteçam os fatos previstos abstratamente.

⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 148.

⁶⁴ Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA.- Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico.- A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. **REsp 878954 / RS**, RECURSO ESPECIAL 2006/0182349-0. Relator. Min. Nancy Andrigui. Brasília, DJ 28 maio. 2007, p. 339. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=filia%E7%E3o+e+v%E9dicio+de+consentimento&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>.

No universo dos fatos jurídicos temos a espécie ato jurídico lato senso. No ato jurídico lato senso há presença humana e também manifestação de vontade. Por sua vez, o ato jurídico lato senso se subdivide em duas categorias: ato jurídico estrito senso e negócio jurídico.

No negócio jurídico os sujeitos têm liberdade para determinar a eficácia e os efeitos, dentro de certos limites, de categorias jurídicas, de acordo com as suas conveniências, e possibilitando a estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas decorrentes.⁶⁵

Por outro lado, no ato jurídico estrito senso, quando o sujeito pratica o ato, não há liberdade na escolha de categoria jurídica e os efeitos estão vinculados, não tem como realizar modificação.⁶⁶

Ante ao exposto, considera-se a parentalidade registral um ato jurídico enunciativo no qual se reconhece algo já existente. A vontade é manifestada apenas para tornar concreto o suporte fático previsto na norma. O pai ou a mãe apenas declara que a criança é seu filho, ou seja, o genitor pratica o ato do reconhecimento, apenas.

3.2.3 Efeitos do Registro

Os efeitos do reconhecimento são invariáveis e inexcluíveis pelo querer das pessoas, pois a declaração produz apenas os efeitos necessários e preestabelecidos pela norma jurídica.

A parentalidade registral comprova a existência jurídica do ser humano, fornecendo documentos úteis para toda sua vida, gerando direitos e deveres. Por meio do vínculo registral, passará a existir o dever de alimentos, de mútua assistência, bem como direitos sucessórios.⁶⁷

O art. 1604 do Código Civil estabelece que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do

⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155.

⁶⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁶⁷ NEVES, Rodrigo Santos et al. O Estado Atual da Filiação, **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº71. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, Abr-Maio, p.102, 2012.

registro.” Esta proibição condiz com o que está previsto nos artigos 26 e 27 do ECA.⁶⁸

Para Gonçalves:

“os efeitos do reconhecimento, pois, não se limitam nem se circunscrevem ao reconhecente e ao reconhecido, isto é, ao pai e ao filho. O estado que é conferido pelo documento projeta-se a todos os demais parentes e a terceiros, em geral, ressalvada a ação que alguém possa ter para impugnar judicialmente a perfilhação”.⁶⁹

Portanto, o reconhecimento tem natureza declaratória e estabelece a relação jurídica de parentesco entre pai e filho. Nasce, a partir do registro, o dever de guarda, sustento e também educação. Além disso, os efeitos patrimoniais concernentes ao direito sucessório do filho reconhecido também passam a acontecer.

Válido mencionar que o erro ou falsidade no registro enseja a desconstituição do estado de filho, pautada no melhor interesse da criança.

3.3 AFETIVA E A POSSE DO ESTADO DE FILHO

A filiação socioafetiva pura, ou seja, quando não houver o vínculo biológico ou jurídico não tem previsão normativa no nosso sistema jurídico. Os princípios mencionados nesta pesquisa permitem concluir que a filiação socioafetiva, nos contornos familiares atuais, pautados na interpretação do Código Civil de 2002 à luz da Constituição, tem respaldo jurídico relevante.

O art. 1593, já mencionado anteriormente, estabelece que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Anteriormente, o

⁶⁸ Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

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.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 377.

Código Civil de 1916 reduzia o parentesco ao resultante da consanguinidade ou adoção.⁷⁰

Alguns Enunciados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, interpretaram o dispositivo citado acima reforçando a ideia do vínculo filial de diferentes origens. Na I Jornada de Direito Civil, em 2002, foi aprovado o Enunciado 103, que assim dispõe:

O Código Civil reconhece, no art. 1593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com o seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.⁷¹

Na jornada de Direito Civil, de 2004, foi aprovado o enunciado 256 que estabeleceu: “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.⁷² Algumas normas do código civil atual contemplam o entendimento pela filiação socioafetiva (arts. 1596; 1597,V; 1605,II; 1614).⁷³

Pode-se considerar que a jurisprudência dos tribunais deve, com base em casos concretos, ainda na ausência de lei específica que regulamente a filiação socioafetiva, adotar uma postura que alcance os fenômenos sociais atuais.

No que diz respeito à afetividade, se, na relação entre os pais e seus filhos biológicos, ela é presumida, podendo se manifestar ou não, na relação filial socioafetiva, ela é a sua base, força e vigor. A afetividade se consolida com a convivência e com o tempo e se verifica por meio do tratamento entre duas pessoas,

⁷⁰ CARVALHO, Salsamendi de Carvalho. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**: a análise sobre a desconstituição do estado filial pautada no interesse do filho. Curitiba: Juruá, 2012, p. 113.

⁷¹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2007, p. 29-30.

⁷² *Ibidem*, p. 57.

⁷³ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

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.

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

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

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.

da fama dessa relação na comunidade, do nome usado como identificação pessoal, familiar e social, enfim, inferida dos elementos gerais da posse do estado de filho.⁷⁴

Entende-se que algum dos elementos da posse de estado de filho pode não estar presente, inclusive o tratamento, e a filiação socioafetiva pode estar, mesmo assim caracterizada. Esta é a posição sustentada por Luiz Edson Fachin e Ana Carla Matos quando consideram a posse do estado de filho como um parâmetro que não deve ser visualizado sob prisma dos requisitos absolutamente necessários para sua configuração.⁷⁵

Não há previsão expressa em lei quanto à posse do estado de filho, mas aflorando a base sociológica e afetiva da filiação merece ser alçado à condição de elemento suficiente para o estabelecimento do estado de filiação. As provas do estado de filho podem ser produzidas por todos os meios admitidos em direito como documentos, perícia, depoimentos, presunções para atingir a real paternidade.⁷⁶

Para Luiz Fachin, os elementos que constituem a posse de estado são: o nome (*nomen*), que implica a utilização pelo suposto filho do patronímico, o tratamento (*tratactus*), que se revela no tratamento a ele deferido pelo pai e a fama (*fama*), representando a reputação ou notoriedade social de tal filiação.⁷⁷

O nome identifica a pessoa por si própria, como também, identifica a inserção da pessoa numa família. No Brasil, o sobrenome do pai ou da mãe, ao lado do prenome, constitui um caractere especial de uma pessoa que a individualiza e, além disso, é um direito da personalidade.

Diante da importância do nome, o STJ⁷⁸ já decidiu pela inserção do sobrenome dos pais de criação. Nada mais justo para pessoa ter o nome daquele que a criou no seu registro de nascimento.⁷⁹

⁷⁴ CARVALHO, Salsamendi de Carvalho. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**: a análise sobre a desconstituição do estado filial pautada no interesse do filho. Curitiba: Juruá, 2012, p. 116.

⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Coord) *et al.* **Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo**: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2009, p. 271.

⁷⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 162.

⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 54.

⁷⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 605708 / RJ**, RECURSO ESPECIAL 2003/0199850-1.

O tratamento está relacionado com a convivência entre pai e filho. Como ambos se tratam e convivem no seio familiar e social. Corresponde ao carinho, atenção, responsabilidade, educação expressados um pelo outro.

A reputação diz respeito ao reconhecimento da filiação pela sociedade. O pai ou a mãe deve agir como se a criança fosse seu filho, deve apresentar a criança como filho e, por sua vez, o filho deve considerá-los como seus pais.

O tempo de convivência também tem sido determinante na configuração desta filiação. As relações afetivas se desenvolvem dia a dia, pela prática de atos, através da troca de sentimentos e gestos que simbolizam a posse de estado de filho. O amor surge através de uma construção diária, não acontece de repente.

Segundo Jacqueline Filgueras, “o fator tempo é condição de existência e força da posse do estado de filho, sem o qual ela não se constitui. É através do dia a dia que se constrói e se solidifica, ganhando consistência com o passar do tempo”.⁸⁰

Por conseguinte, a existência da filiação socioafetiva faz parte da visão pluralista da família dos dias atuais. Embora, ainda não exista previsão legal quanto à posse do estado de filho, a filiação com base no afeto é uma realidade social e, nestes casos, é forçoso fazer a análise do diploma civil à luz da Constituição Federal.

3.3.1 Adoção e Adoção à Brasileira

A adoção é uma filiação construída no afeto, no qual o adotado, menor ou maior de idade, independente de vínculo consanguíneo ou afim, passa a ser tratado como filho pelo adotante, que assume todos os direitos e deveres de uma nova relação de parentesco.

⁷⁹ DIREITO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO NO REGISTRO CIVIL APÓS A MAIORIDADE. ACRÉSCIMO DO SOBRENOME DOS PAIS DE CRIAÇÃO. ARTIGO 56 DA LEI Nº 6.015/73. ADMISSIBILIDADE. I - Não é absoluto o princípio da imutabilidade do nome de família, admitindo-se, excepcionalmente, a alteração do patronímico, desde que presentes a justa motivação e a prévia intervenção do Ministério Público. No caso dos autos, presentes os requisitos autorizadores, já que pretende a recorrente, tão-somente, prestar uma homenagem àqueles que a criaram, acrescendo ao seu assento de nascimento o nome de família daqueles que considera seus pais verdadeiros, nada obsta que se autorize a alteração. Recurso conhecido e provido, com as ressalvas do relator. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 605708 / RJ**, RECURSO ESPECIAL 2003/0199850-1. Relator. Min. Castro Filho. Brasília, DJ 16 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?>>.

⁸⁰ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p.116.

Através deste vínculo afetivo, o adotante ou casal de adotantes transfere ao adotado todos os direitos e qualificações a que tem direito um filho, na forma preconizada pelo art. 227, §6º, da Constituição Federal e repetida pelo art. 1596 do Código Civil de 2002.⁸¹

Em 2009, o então Presidente da República sancionou a nova Lei Nacional de Adoção. Como muitas crianças e adolescentes ficam por muitos anos em abrigos públicos, a nova lei tem por objetivo promover a reintegração familiar ou estimular a inserção dessas crianças em um lar.

No procedimento de adoção a opinião da criança será sopesada, atendendo a proteção integral. A adoção pode ser realizada por maiores de 18 anos, independente de estado civil, e, no caso de adoção conjunta, exige que os adotantes sejam casados ou mantenham união estável.⁸²

A adoção no Brasil acontece mediante sentença judicial constitutiva, verificados e preenchidos os pressupostos legais para este ato jurídico, o juiz, quando a convivência com a família natural se torna impossível e desaconselhável, entende ser melhor para criança a convivência em uma família que deseje tê-lo como filho.

Nestes casos, desaparecem todas as ligações com a família natural e, qualquer vínculo é esquecido e apagado. O adotado passa ter uma nova família e é equiparado nos direitos e obrigações ao filho consanguíneo.

A lei garante ao adotando um estágio de convivência com o adotante que poderá ser objeto de dispensa pelo juiz, na hipótese de o adotando já se encontrar sob tutela ou guarda legal do adotante durante um lapso temporal suficiente, que possibilite a verificação da constituição do liame afetivo.

A aquiescência para adoção deve ser precedida do esclarecimento por equipe interprofissional, em especial sobre a irrevogabilidade da medida. A manifestação deve ser feita em audiência, perante o juiz e, após a sentença de adoção, não cabe arrependimento dos pais em relação ao consentimento proferido anteriormente.

A lei admite a possibilidade de adoção unilateral. Nessa modalidade, a substituição da filiação se verifica tão somente com relação ao pai ou à mãe, permanecendo

⁸¹FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011,p.72.

⁸² MEDEIROS, Aloizio Sinuê da Cunha. Breves Considerações sobre a Nova Lei de Adoção, **Revista IOB de Direito de Família**. RDF nº57. Porto Alegre: Síntese, Dez-jan, 2010, p.09.

intacto o vínculo jurídico entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.⁸³

“Outra novidade consiste na mudança em relação a não punição da adoção informal no Brasil, conhecida como “adoção à brasileira”, sem a intermediação das autoridades”.⁸⁴

O ECA reconhecendo o direito fundamental de crianças e adolescentes de serem criadas no seio familiar original instituiu um cadastro de pessoas interessadas em adotar, visou com isso acabar com a adoção à brasileira.

Esta modalidade de adoção consiste no reconhecimento registral de determinada pessoa como sendo filho de outros que não se traduzem como sendo seus pais biológicos, sem obedecer aos trâmites legais, caracterizando um procedimento irregular, tipificador de crime previsto no art. 242 do Código Penal.⁸⁵

Não cabe nesta modalidade de adoção anulação posterior do ato registral, pois foi promovido o reconhecimento voluntariamente e, por isso, este ato jurídico também é irrevogável. A adoção à brasileira implica reconhecimento de filho que sabe ser de outrem como seu, portanto, não cabe arrependimento quanto à decisão de adotar, nestas condições, posteriormente.

Ademais, não existe segurança e proteção legal aos pais adotivos quando os pais biológicos desejam ter o filho de volta. Trata-se, assim, de procedimento que não é voltado à defesa do interesse superior da criança, pois até a sentença constitutiva da adoção, perante o judiciário, é possível a retratação dos genitores da criança em relação a consentimento dado anteriormente.

Enfim, podem existir vínculos de afeto decorrentes da convivência com a família adotante e, ainda assim, a decisão judicial decidir pela separação desta família causando sérios danos emocionais à criança ou adolescente.

Em essência, o ato de adoção não comporta revogação, pois é medida excepcional e irrevogável de acordo com o ECA, art. 39, §1º⁸⁶, mas, a jurisprudência tem

⁸³ GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 35.

⁸⁴ MEDEIROS, Aloizio Sinuê da Cunha. *Op. cit.*, p.10.

⁸⁵ GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.32.

⁸⁶ Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

decidido muito com base no vínculo do afeto e, em casos excepcionais, tem se aplicado a revogação da adoção e o restabelecimento do poder familiar para resguardar os interesses existenciais e a dignidade do adotado. Para estes casos, tem se utilizado a ponderação de interesses, sopesando os princípios norteadores do caso concreto.

Neste sentido lecionam Farias e Rosenvald,⁸⁷

Faça-se menção, nesse caminho, a um interessante precedente da Corte de Justiça mineira, autorizando o cancelamento de uma adoção, com o propósito de impedir a caracterização de uma relação incestuosa entre o adotado e a sua irmã, uma filha do adotante, considerando, inclusive, que o casal já tinha filhos. Merece atenção o caso, pois regra geral do sistema continua sendo (e não pode ser diferente) a irrevogabilidade e irretratibilidade da adoção, apenas sendo possível excepcionar a regra em casos justificáveis para o amplo respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial a dignidade humana.⁸⁸

Portanto, embora o entendimento seja no sentido do caráter irrevogável da adoção, diante do caso concreto, o direito se adapta a realidade social para preservar o melhor interesse da criança e, assim, contraria a disposição legal do ECA que trata da irrevogabilidade da adoção.

Por fim, os efeitos da adoção começam com o trânsito em julgado da sentença. Com a sentença, deve constar no registro de nascimento o nome dos adotantes como pais, sem qualquer referência a família original.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 935.

⁸⁸ Os autores citados fazem alusão ao seguinte acórdão:

Adoção. Elementos e circunstâncias dos autos. Direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Cancelamento do ato. Possibilidade jurídica do pedido em abstrato, no caso concreto. Interpretação teleológica/sociológica. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Teoria da concreção jurídica. Técnica da ponderação. Situação fático-social. Criança. Proteção integral, com absoluta prioridade. Sentença anulada. Recurso provido. Tem-se conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés da tutela. Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança advinda de relacionamento “aparentemente” incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios. TJ/MG, **Ap.Cív.10056.06.132269-1/001(1)**- Comarca de Barbacena, rel. Des. Nepomuceno Silva, j.6.12.07, DJMG 9.1.08. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.06.132269-1%2F001&pesquisaNumeroCNJr>>.

3.3.2 Inseminação Heteróloga

Neste procedimento utiliza-se o sêmen de outro homem, doador anônimo, para fecundação do óvulo da mulher. A lei exige a autorização do marido para que a inseminação seja realizada. A autorização deve ser prévia, ou seja, antes da realização do procedimento. Neste caso, o genitor biológico é o doador anônimo e, o pai é o que autoriza o procedimento.

As pessoas buscam a inseminação heteróloga quando, por qualquer razão, física ou psíquica, não conseguem ter filhos. Normalmente, as pessoas envolvidas neste procedimento desconhecem a natureza da autorização concedida pelo marido. Alguns doutrinadores, como Paulo Luiz Netto Lôbo, entendem que a autorização marital pode ser concedida de forma verbal e comprovada posteriormente em juízo. Outros, no entanto, entendem que a ligação entre os sujeitos desta relação é contratual.

Para o professor Camilo Colani são sujeitos dessa relação contratual, de um lado, o centro médico, instituição; e de outro, o casal, porque o homem (marido ou companheiro), embora não vá receber fisicamente o material genético, deverá consentir por escrito para a realização da inseminação.⁸⁹

Paulo Luiz Lôbo ressalta que o consentimento é irrevogável e a paternidade não pode ser impugnada pelo marido, em violência da boa fé, pois o *venire contra factum proprium* é repellido por nosso sistema jurídico.⁹⁰

Reforça este entendimento Silmara Juny Chinellato quando dispõe: “o consentimento do marido para a fertilização por meio de doação de sêmen não comporta retratação. Trata-se, nesse caso, de presunção absoluta em que prevalece a paternidade socioafetiva, desprezando-se, de vez, a biológica.”⁹¹

⁸⁹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani Barbosa. **Aspectos Jurídicos do Contrato de Recepção de Sêmen em Inseminações Heterólogas**. Jus navigandi. Disponível em: < <http://jus.com.br/947904-camilo-de-lelis-colani-barbosa/artigos>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2011, p. 224.

⁹¹ CHINELLATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família. Coordenador: Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18, p.46.

Este consentimento do marido ou companheiro implica automática renúncia à futura ação negatória de paternidade, segundo opinião majoritária da doutrina.⁹² Posteriormente, uma vez consolidado o vínculo afetivo, não se pode exigir do judiciário declaração de que não é pai.

Jorge Fujita comenta sobre a técnica de reprodução assistida com o uso de gameta (sêmen) do esposo e gameta (óvulo) de uma doadora, com a anuência prévia da esposa. Ele comenta que a anuência dada pela esposa não pode ser retratada, fazendo consolidar a presunção *iuris et de iure* de maternidade socioafetiva.⁹³

O conhecimento do doador anônimo, da identidade genética, é direito do filho que pode ingressar em juízo com uma demanda investigatória em face do pai biológico ou da mãe biológica, sem que isto venha a importar reconhecimento de estado de filiação, porquanto a relação socioafetiva entre pai e filho já resta estabelecida. O direito ao conhecimento da origem biológica integra o rol de direitos da personalidade do indivíduo.

Para Maria Helena Diniz, se fosse admitida a impugnação da paternidade, haveria uma paternidade incerta, devido ao anonimato do doador de sêmen inoculado na mulher. Por este motivo, temos a previsão expressa do artigo 1597, V do Código Civil com o intuito de trazer segurança jurídica para o compromisso firmado entre os cônjuges de assumir a paternidade ou maternidade mesmo com material genético de terceiro, dando-se prevalência ao elemento institucional e não ao biológico.⁹⁴

A tutela legal desse tipo de concepção fez prevalecer o liame socioafetivo na relação paterno-filial. Quando o marido autoriza o procedimento, presume-se a vontade dele e da mulher de utilizarem o esperma de outro homem para ter um filho. O doador consente na utilização do seu material genético sabendo que será utilizado para concepção de um ser que provavelmente não conhecerá. Portanto, o doador não poderá requerer a nulidade do registro feito em nome dos pais socioafetivos e, estes não poderão se arrependem do consentimento dado para o procedimento de fecundação artificial heteróloga.

⁹² Compartilham desta opinião Jorge Shiguemitsu Fujita, Paulo Luiz Netto Lôbo e Camilo Colani em Aspectos Jurídicos do Contrato de Recepção de Sêmen em Inseminações Heterólogas.

⁹³ FUJITA, Jorge Shiguemitsu, **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 77.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 380.

Nasce através deste instrumento pactuado entre o centro médico e os pais socioafetivos um contrato, cujo conteúdo pressupõe renúncia à futura ação negatória de paternidade.

3.3.3 Filho de Criação

Filho de criação é aquele entregue para ser criado em uma família distinta da original. No Brasil é bastante comum, nas camadas pobres da população, a circulação de crianças entre famílias distintas da original, pois, normalmente, os pais biológicos confiam à educação, guarda e o sustento do filho a outrem, na esperança que venham a ter um futuro mais promissor.

Tempos atrás, no século XIX, era comum que famílias acolhessem as crianças oriundas de um lar empobrecido e, em troca de alimentação, vestuário e educação exigia-lhes trabalho doméstico ou rural ou quaisquer outros serviços. Dizia-se, nestes casos, que o menor era filho de criação, mas eles, na ampla maioria das vezes, não eram tratados e considerados como os filhos legítimos.

No Brasil, isto foi um costume amplamente aceito, difundido e até mesmo valorizado, era um ato de caridade, porque a criação em um lar, casa de família, podia significar maiores oportunidades para o futuro. Existia a expectativa por uma melhor criação e sobrevivência nas famílias guardiãs, no entanto, muitas vezes isso não acontecia e, o menor era submetido a maus tratos e trabalho escravo.

Silvia Arend corrobora com essa constatação ao mencionar a transferência dos filhos das camadas pobres da população para lares de parentes, vizinhos, conhecidos ou desconhecidos de maneira informal, sem qualquer documentação, para serem criados. Segundo a autora, não era incomum receberem o tratamento diferenciado em relação aos filhos legítimos do casal.⁹⁵

À medida que o filho de criação se insere no âmbito de uma família, sem romper os vínculos com sua família biológica e sem pertencer efetivamente ao novo grupo,

⁹⁵ AREND, Silvia Maria Fávero. Um lugar para as crianças. **Revista de História da Biblioteca Nacional**. Ano 3, n. 30, mar. 2008, p. 52-53.

deixa de ser reconhecido pelo ordenamento jurídico, que não lhe confere qualquer proteção legal em caso de “devolução”.⁹⁶

Nestes casos, entende-se por uma adoção informal ou de fato, não podendo ser considerados como filhos adotivos, por não haver amparo legal, inexistindo equiparação aos filhos biológicos.⁹⁷

A transferência de crianças para serem criadas em outros lares permite a formação de novos arranjos familiares e faz surgir a “mãe de criação”. Embora seja uma transferência parcial e temporária, é possível que brote um vínculo materno-filial entre a criança e quem assumiu as funções maternas.

Fernanda Otoni conceitua o filho de criação como o menor que passa a ser aceito pelos pais afetivos como se fosse filho de ordem biológica. Não se trata de adoção, mas sim de uma opção feita pelos pais de inserir a criança no âmbito familiar assumindo as responsabilidades pelo seu desenvolvimento.⁹⁸

A jurisprudência tem entendido que o filho de criação não pode ser comparado ao biológico e nem mesmo ao adotivo, já que não cumpriu as formalidades para adoção.⁹⁹ Em uma análise das decisões neste sentido, merece destaque o fato de que todas as ações foram ajuizadas por adultos, após o óbito do pai ou da mãe de criação, indicando que, se fosse vontade destes ter o postulante como filho o teriam adotado quando ainda eram vivos.¹⁰⁰

Embora a Constituição da República de 1988 tenha previsto expressamente o princípio da igualdade no que se refere à filiação, nesta modalidade filial o entendimento tem sido divergente.

⁹⁶ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 38.

⁹⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu, **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.81.

⁹⁸ OTONI, Maria Aparecida Corrêa. A filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a Impossibilidade de Sua Desconstituição Posterior, **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº69. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p. 47, Dez-Jan, 2012.

⁹⁹ APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. ADOÇÃO PÓSTUMA. AUSÊNCIA DE EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO ADOTANTE. Não cabe a adoção póstuma, se inequívoca a ausência de vontade do falecido em reconhecer os autores como seus filhos adotivos, ou de **criação**, porque nada nesse sentido providenciara quando ainda era vivo. RECURSO DESPROVIDO. (**Apelação Cível Nº 70054468616**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/06/2013). Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta>. Disponível em: 01 de jul. 2013.

¹⁰⁰ SANCHES, Helen Crystine Corrêa, VERONESE, Josiane Rose Petry, **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2012, p.176.

Contudo, sabe-se que a filiação socioafetiva tem sido reiteradamente defendida pelos tribunais. Nos casos de adoção à brasileira e nas hipóteses de ação negatória ou investigatória de paternidade cumulada com anulação de registro civil (situações em que o homem, mesmo sabendo não ser o pai biológico, registra a criança como seu filho) têm prevalecido o liame socioafetivo. Para tais situações, basta a comprovação dos requisitos inerentes à posse de estado de filho, já abordados.

4. DA (IM)POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIR A FILIAÇÃO

A temática a ser discutida nesta pesquisa reflete o fato de que nem sempre o pai biológico é o criador do filho, como também, pode não ser o que efetua o registro como filho. As modalidades de paternidade registral, biológica e afetiva nem sempre coincidem em uma mesma pessoa, daí resulta a complexidade desta análise.

O objeto de estudo, neste capítulo, será investigado mediante consulta jurisprudencial que aborde a filiação socioafetiva e a possibilidade de desconstituir o reconhecimento voluntário de paternidade ou da maternidade de filho havido fora do casamento.

Carlos Roberto Gonçalves diz que “não se deve confundir a irrevogabilidade do reconhecimento com invalidade. Se o reconhecimento decorrer de vício de consentimento poderá ser objeto de ação anulatória.”¹⁰¹

Ademais, tem se entendido pela possibilidade da revogabilidade do reconhecimento voluntário de filho quando há vício de consentimento, ocasionando uma posterior desconstituição do estado de filiação. Para estas situações, as decisões consideram também a ausência do vínculo afetivo e são sempre pautadas no melhor interesse da criança.

4.1 DO VÍCIO DE CONSENTIMENTO

São defeitos nos atos jurídicos e acontece quando a vontade expressada pelo sujeito é imperfeita por conta de um evento que o impede de exteriorizar como desejava. Para Marcos Bernardes de Mello a vontade que interessa é a manifestada conscientemente, e, como se vê, é necessário no trato dos atos jurídicos três dados essenciais: a exteriorização da vontade, o querer a manifestação e a vontade em si mesma.¹⁰²

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2013, p.345.

¹⁰² MELLO, Marcos Bernardes de, **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.147.

Diante de erro e falsidade no registro que confere o estado filial é cabível a demanda no intuito de invalidá-lo, pois são espécies de defeitos que viciam a vontade manifestada, isto é, aquela que a pessoa tinha desejado exteriorizar. Mas, a declaração de nascimento, feita pelo pai, é irrevogável e o artigo 1604 do Código Civil estabelece que ninguém poderá vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento.

Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que o pai poderá contestar a paternidade se provar, conjuntamente, que esta não se constituiu por não ter sido o genitor biológico e não ter havido estado de filiação estável.¹⁰³ O art. 27 do ECA¹⁰⁴ não autoriza negar o estado de filiação dos que já se encontram reconhecidos, contra o qual só poderá haver impugnação pelo próprio pai (art. 1601)¹⁰⁵ ou do filho, no prazo de quatro anos após a maioridade (art. 1615).¹⁰⁶

Isto posto, o REsp 1328306\DF, numa ação negatória de paternidade com pedido de anulação do registro ocorrido com vício de consentimento, considerou que o erro a que foi induzido o pai registral da criança impõe, pelo princípio da supremacia do interesse do menor, que se assegure o direito ao reconhecimento do verdadeiro estado de filiação, que já é voluntariamente exercido pelo pai biológico, considerando que o pai registral não estreitou afetividade suficiente para que desfrutasse da paternidade socioafetiva (posse do estado de filho).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ORDINÁRIA ATIVA. AÇÃO DE ESTADO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDISPONÍVEL DO GENITOR (ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). SUB-ROGAÇÃO DOS AVÓS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE DNA. RESULTADO DIVERSO DA PATERNIDADE REGISTRAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES. FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA. ESTADO DE FILIAÇÃO RECONHECIDO VOLUNTARIAMENTE PELO PAI BIOLÓGICO. SUPREMACIA DO INTERESSE DO MENOR. VERDADE REAL QUE SE SOBREPÕE À FICTÍCIA.¹⁰⁷

¹⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2011, p.233.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

¹⁰⁶ Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

¹⁰⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1328306 / DF**, RECURSO ESPECIAL 2012/0120657-7. Relator. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, DJ 20 maio. 2013, RBDfS v.34, p. 165. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=filiação e erro no registro>>

O Excelentíssimo Julgador, nesta decisão, determinou a alteração do registro público de nascimento da criança para fazer constar o nome do pai biológico, excluindo-se consecutivamente o nome dos avós registrais paternos, tendo em vista a ausência de afeto com o pai registral.

Como se nota, neste caso, o pai registral não passou de um pai no papel, pois não surgiu o vínculo afetivo nesta relação. Deve-se, então, desconstituir o vínculo registral e fazer reconhecer a verdade biológica procedendo à alteração no registro.

Por outro lado, com a proibição legal de vindicar estado contrário ao que consta do registro, não haverá vício de consentimento quando o registro for determinado por decisão judicial, em processo de investigação de paternidade, como também, não há falsidade se o declarante for marido da mãe, sabendo não ter o filho sua origem genética, pois prevalece a presunção *pater ist est* e o reconhecimento como filho foi consciente.

O julgado a seguir trata sobre situação na qual o pai registral ingressou com ação de anulação de registro civil em face das duas filhas após a sua separação judicial. O autor sustentou que, depois de casado, foi induzido a registrar como suas filhas as requeridas, quando na verdade não o eram, motivo pelo qual requereu a anulação das certidões de nascimento. Posteriormente, realizado o exame de DNA ficou comprovado que o autor não era o pai biológico das requeridas.

No entanto, em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que 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.

DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.¹⁰⁸

¹⁰⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1059214 / RS**, RECURSO ESPECIAL 2008/0111832-2. Relator. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DJ 12 mar. 2012, RDDP v.111, p. 136. Disponível em:

Não pode o autor de declaração falsa propor ação alegando a falsidade do registro de nascimento, tendo em vista que, de forma consciente, ele mesmo assumiu a paternidade e, conseqüentemente, deu causa a uma falsidade ideológica. Nesse caso a falsidade deve ser desconsiderada porque ninguém é dado beneficiar-se da invalidade que deu causa (*venire contra factum proprium*).¹⁰⁹ Os tribunais decidem de forma a favorecer os filhos, com base no princípio do melhor interesse do menor.

4.2 FILIAÇÃO FUNDADA EM ERRO E FALSIDADE

O erro acontece quando o sujeito realiza uma falsa manifestação da sua vontade. Ele acredita que a situação é uma, mas é outra.¹¹⁰ A vontade que se exteriorizou é produto do erro, de modo que, se a pessoa conhecesse a realidade, não a teria expressado, ou a teria manifestado com outro sentido, discorre Marcos Bernardes de Mello.¹¹¹

Qualquer ação ou omissão da outra parte descaracteriza o erro sendo considerado dolo. O sujeito que realiza o erro terá que demonstrar através de prova e elementos suficientes o erro, este tem que está consubstanciado e deve ser razoável não pode ser derivado de imprudência.¹¹² Admite-se a prova do estado de filiação por qualquer meio admitido em direito, assim prescreve o art. 1605 do Código Civil.¹¹³ As provas

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22falsidade%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 11 out. 2013.

¹⁰⁹ A expressão "venire contra factum proprium" significa vedação do comportamento contraditório, baseando-se na regra da pacta sunt servanda. Segundo o prof. Nelson Nery, citando Menezes Cordero, *venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - *factum proprium* - é, porém, contrariado pelo segundo.

O venire contra factum proprium encontra respaldo nas situações em que uma pessoa, por um certo período de tempo, comporta-se de determinada maneira, gerando expectativas em outra de que seu comportamento permanecerá inalterado.

¹¹⁰ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

¹¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.149.

¹¹² Art. 141. A transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta.

¹¹³ 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.

documentais, periciais e testemunhais são complementares dos requisitos mencionados neste artigo.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o erro é o desvio não intencional da declaração do nascimento, concernente ao próprio ato de registro, e pode ser imputado tanto ao oficial de registro ou ao declarante legitimado a dar a informação com base no art. 52 da lei n. 6015 (lei de registros públicos).¹¹⁴

O erro na declaração concernente a atribuição da paternidade ou maternidade da pessoa pode ser derivado de outro erro. Neste sentido, o autor comenta sobre a possibilidade de troca voluntária ou involuntária de recém-nascidos por parte do hospital onde acontece o nascimento da criança, invalidando o estado de filiação, tanto em face do pai quanto em face da mãe.¹¹⁵

Na falsidade existe um erro, mas a intenção é de enganar. No entendimento de Marcos Bernardes de Mello, é uma situação de erro induzida pela outra parte, seja por ação ou omissão, com a finalidade de manter a outra parte em falsa representação da realidade para que pratique ato jurídico que não realizaria se conhecesse a verdade.¹¹⁶

Paulo Luiz Netto Lôbo menciona que a falsidade é a declaração intencionalmente contrária à verdade do nascimento. É atribuir a si ou a outrem (declarantes outros que não os pais) a maternidade ou a paternidade da criança, ou, ainda, declarar o nascimento inexistente. O Código Penal considera crime promover dolosamente no registro civil a inscrição de nascimento inexistente¹¹⁷, como também, é crime declarar como seu filho de outrem¹¹⁸, salvo se o crime é praticado “por motivo de reconhecida nobreza”.¹¹⁹

¹¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2011, p. 235.

¹¹⁵ *Ibidem. loc.cit.*

¹¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.168.

¹¹⁷ Art. 241 - Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

¹¹⁸ 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: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

¹¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2011, p. 235.

O ECA no seu art. 229 considera crime “deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto”.

Não há vício no registro quando, decorrente de processo de investigação de paternidade, a decisão judicial estabelece o vínculo paterno-filial. Também, não haverá falsidade se o declarante for marido da mãe, sabendo não ter o filho sua origem genética, porque prevalece a presunção *pater is est* e o reconhecimento foi voluntário.¹²⁰

No erro e na falsidade do registro de nascimento há vício na vontade porque é uma falsa representação da realidade e, para estes casos, tem se admitido a desconstituição posterior da filiação, com as ressalvas já comentadas.

4.3 A DESCONSTITUIÇÃO DO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILHO

O reconhecimento voluntário, como foi visto até este momento, é ato jurídico que deve ser praticado por agente capaz; é ato unilateral, personalíssimo e é declaratório, pois não cria paternidade, mas apenas declara uma realidade fática.

Esta realidade, entretanto, muitas vezes pode ser bastante complexa, como nos casos em que o pai registral é também genitor biológico, mas não é pai afetivo, tendo em vista que não conviveu com o filho e não o tratou como filho.

Coincidiu, como normalmente deve acontecer, a paternidade registral e biológica, mas o genitor não assumiu os deveres inerentes ao poder familiar e não se criou vínculo afetivo nesta relação. Diante do caso concreto, surgem situações em que a criança passa a ser tratada pelo marido da mãe como filho, consolidando uma relação paterno-filial em função do abandono pelo pai biológico.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela desnecessidade, excepcional, de prévia ação para destituição do poder familiar do genitor biológico na hipótese de estar caracterizado o abandono do menor e de situação consolidada entre a criança

¹²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2011, p. 235.

e o marido da mãe, pautando-se, assim, no princípio do melhor interesse da criança.¹²¹

ADOÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MENOR QUE MORA, DESDE O CASAMENTO DE SUA GENITORA COM SEU PADRASTO, EM DEZEMBRO DE 2000, COM ESTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MOLDURA FÁTICA APURADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEMONSTRANDO QUE O MENOR FOI ABANDONADO POR SEU PAI BIOLÓGICO, CUJO PARADEIRO É DESCONHECIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. As instâncias ordinárias apuraram que a genitora casou-se com o adotante e anuiu com a adoção, sendo "patente a situação de abandono do adotando, em relação ao seu genitor", que foi citado por edital e cujo paradeiro é desconhecido. 2. No caso, diante dessa moldura fática, afigura-se desnecessária a prévia ação objetivando destituição do poder familiar paterno, pois a adoção do menor, que desde a tenra idade tem salutar relação paternal de afeto com o adotante - situação que perdura há mais de dez anos -, privilegiará o seu interesse. Precedentes do STJ. 3. Recurso especial não provido.¹²²

Nesta decisão, o julgador, no intuito de preservar o bem estar do menor, dispensou o consentimento paterno para fins de adoção pelo pai socioafetivo, como também, não considerou a ação de destituição do poder familiar como requisito prévio para a desconstituição da paternidade.

Pais que convivem separadamente devem considerar que o poder familiar não se esgota com a separação. O “abandono afetivo” acarreta sofrimento moral e psíquico, portanto, deve o pai ou a mãe, ainda que tenha constituído nova família, conviver com os filhos de relação anterior promovendo os deveres de educação, companhia, alimentos, etc.

A situação de desamparo e abandono do menor pelo genitor ocasionou este entendimento pelo STJ, prevalecendo à relação socioafetiva, desenvolvida com o padrasto do menor. Houve, então, o reconhecimento voluntário da paternidade através da adoção, com uma implícita destituição do poder familiar.

Nem sempre o vínculo biológico é o fator determinante da paternidade, e, a filiação, cada dia mais, é fundamentada na concepção de família socioafetiva.

¹²¹ CARVALHO, Salsamendi de Carvalho. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**: a análise sobre a desconstituição do estado filial pautada no interesse do filho. Curitiba: Juruá, 2012, p.150.

¹²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.207.185 / MG**, RECURSO ESPECIAL 2010/0149110-0. Relator. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DJ 22 nov. 2011, RBDfs vol. 25 p. 136. RIOBDF vol. 69 p. 161. RT vol. 920 p. 743. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22ado%27%E3o%22+e+%22destitui%E7%E3o+do+poder+familiar%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>.

Muitos pleitos judiciais, em torno da desconstituição de estado filial, são feitos por terceiros que, em razão de interesses estritamente patrimoniais, querem desfazer o reconhecimento de paternidade ou maternidade mediante solicitação de anulação do registro, alegando falsidade ideológica incorrida pelo falecido pai ou pela falecida mãe.

Abaixo, um julgado reflete este posicionamento de uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que registrou filha recém-nascida de outrem como sua. A recorrente busca, portanto, a desconstituição do reconhecimento de maternidade de sua irmã, registrada como filha por sua mãe.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PREPONDERÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DA ESTABILIDADE FAMILIAR. Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.¹²³

Em louváveis decisões como esta, a Corte Superior considera que é inviável deixar de reconhecer a adoção, ainda que à moda brasileira. O longo período de convivência, até o falecimento da mãe, consolida o reconhecimento da maternidade e gera para o registrado a posse do estado de filho.

Concluiu-se pela ausência de erro na declaração de vontade emitida pela falecida, houve sim, uma verdadeira adoção como filha, ainda que sem os moldes legais.

Também no REsp 1115428\SP¹²⁴ o irmão tenta anular o registro de nascimento da irmã, para tanto, alega a inexistência de consanguinidade entre “pai” e “filha” e solicita a declaração de invalidade de cláusula testamentária. Este recurso especial

¹²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1000356 / SP**, RECURSO ESPECIAL 2007/0252697-5. Relator. Min. Nancy Andrigui. Brasília, DJE 07 jun. 2010, LEXSTJ vol. 251 p. 125, RMP vol. 43 p. 241. Disponível

em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22falsidade%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>.

¹²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1115428 / SP**, RECURSO ESPECIAL 2009/0102089-9. Relator. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). Brasília, DJe 27/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22socioafetiva%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>.

não foi provido, pois, entendeu-se que estava configurada a relação de parentesco socioafetiva.¹²⁵

Logo abaixo, segue citação na qual a Corte Superior decidiu pela alteração do registro de nascimento, pois ficou demonstrada a ausência de vínculo paterno-filial afetivo e também biológico. O autor da ação tentou por diversas vezes a realização do exame de DNA, mas a responsável legal pelo menor impediu a realização desta prova técnica.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NÃO INCIDENTE NA HIPÓTESE. RECUSA REITERADA DA MÃE A SUBMETTER O MENOR A EXAME GENÉTICO. QUADRO PROBATÓRIO. EXISTÊNCIA DE LAUDO NOS AUTOS NEGANDO A PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA. ESTADO DE FILIAÇÃO. DIREITO PERSONALÍSSIMO.¹²⁶

Nesta decisão, houve divergência nas ponderações colocadas pelos Ministros. O relator, no seu voto condutor, considerou que a prova pericial não serviria para a elucidação do processo, porquanto não existiu vício de consentimento, o genitor teria registrado o filho espontaneamente na constância da união com a genitora do menor.

Por outro lado, no voto de vista, outro julgador entendeu que a ação negatória de paternidade é cabível na presente hipótese¹²⁷, diante da ausência comprovada nos autos do vínculo biológico e do vínculo afetivo. O vício de consentimento restou configurado e, por fim, entendeu-se que a manutenção de um vínculo de paternidade a toda força impede a criança de conhecer seu verdadeiro estado de filiação.

¹²⁵ 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.

¹²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 786.312 / RJ**, RECURSO ESPECIAL 2005/0165373-7. Relator. Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DJe 21/09/2009 RT vol. 890 p. 191. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22erro%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>>.

¹²⁷ Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha votaram nos termos do voto-vista do Ministro Fernando Gonçalves. Vencido o Ministro Relator, que não conhecia do recurso especial.

4.4 PRECEDENTES QUANTO A PREVALÊNCIA DO LIAME AFETIVO

Diante das modificações ocorridas no Direito de Família, os operadores do Direito buscam se adequar a essas transformações, com o objetivo de contemplar a realidade social e alcançar a justiça.

Os fatos se impõem ao direito, a vida social delinea o cenário jurídico, e, neste sentido, deve se ter em mente que a filiação socioafetiva veio atender as necessidades postas pela sociedade contemporânea.

A afetividade é elemento de maior importância na relação paterno-filial. Não há que se falar em desconstituição posterior da filiação socioafetiva, tendo em vista que a personalidade do indivíduo é adquirida por meio da convivência familiar.

É comum no meio familiar ocorrer desentendimentos entre pais e filhos, mas isto não é suficiente para destruir a relação que nutre o desenvolvimento e molda a personalidade do indivíduo.

Meados do mês de agosto de 2012, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, numa inédita decisão, sem excluir o nome da mãe biológica que já se encontrava falecida, inseriu o nome da mãe socioafetiva nos registros de duas crianças, ou seja, a alteração fez constar concomitantemente com a maternidade biológica, o nome dos avós maternos, o nome da mãe socioafetiva e dos avós socioafetivos.

Isto se deu em função de uma ação declaratória de maternidade socioafetiva movida pela mulher e as crianças, cuja intenção era o reconhecimento de um vínculo materno-filial pautado numa relação afetiva e duradoura entre as partes.

Conforme texto da decisão predominou o seguinte entendimento:

[...] a matéria é polêmica, mas o Judiciário não pode ignorar essa realidade. O fato de o ordenamento jurídico não prever a possibilidade de dupla maternidade não pode significar, segundo a decisão, impossibilidade jurídica do pedido. “Afim, não são os fatos que se amoldam às leis, mas sim estas são criadas para regular as consequências que advêm dos fatos, objetivando manter a ordem pública e a paz social”.¹²⁸

¹²⁸ IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **TJRS entende que afeto se sobrepõe à lei em ação declaratória de maternidade socioafetiva.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5108/TJRS++entende+que+afeto+se+sobrep%C3%B5e+%C3%A0+lei+em+a%C3%A7%C3%A3o+de+declarat%C3%B3ria+de+maternidade+socioafetiva%22#.UmB0pS-5fWE>>. Acesso em: 17 out. 2013.

O afeto se sobrepôs à lei e, mesmo diante de omissão legislativa, para assegurar os direitos das crianças, a magistrada considerou que ao incluir o nome da mãe socioafetiva as crianças estariam mais bem resguardadas, perante o ordenamento jurídico.

O REsp 922462/SP trata da situação em que uma esposa infiel tem o dever de reparar por danos morais o marido traído, porque ocultou, durante muitos anos, o fato de que a criança nascida na constância do matrimônio não era filho biológico do casal, mas apenas sua filha com outro homem.

Considerou-se que caberia dano moral por descumprimento do dever de fidelidade nas relações conjugais e, conseqüentemente, lesão ao direito da personalidade do marido.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. 1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida.¹²⁹

O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico do filho gerado durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais, porque o autor viu frustrado o sonho da paternidade, que desmoronou seis anos após a separação, acarretando a dilaceração de um importante projeto de vida, frustração que lhe imputou intensa dor, humilhação e baixa autoestima.

O autor, nesta ação, tinha como filho seu o de outrem, pois não sabia que a ex-mulher mantinha relações extraconjugais com um suposto “amigo” seu. Após a separação, a ex-mulher continua ocultando a real paternidade biológica do filho,

¹²⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 922462 / SP**, RECURSO ESPECIAL 2007/0030162-4. Relator. Min. RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA (1147). Brasília, DJe 13/05/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22socioafetiva%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>.

inclusive judicialmente, quando ingressou com uma demanda requerendo verba alimentar para o filho, contra o autor. Afirmou em juízo que o autor era pai e, por isso, devia alimentos.

A socioafetividade é o liame existente entre pais e filhos pelo vínculo do afeto, amor e carinho. Neste caso, houve uma quebra na ligação entre o pai registral e o filho, decorrente de ato ilícito praticado pela genitora, pois deixou de cientificar ao pai afetivo a real paternidade biológica do filho. Isto gerou um abalo emocional, pois o afeto é o principal elo entre pais e filhos e, posteriormente, a condenação à indenização por danos morais.

Em meados de 2010, o STJ entendeu, através de recurso especial, que é possível estabelecer uma relação socioafetiva entre padrasto e enteado, diante do reconhecimento de novas estruturas familiares. O padrasto ajuizou uma ação para propor a destituição do poder familiar do pai biológico, para depois pleitear a adoção unilateral pautada na socioafetividade.

Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança. - O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança. - O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade [...].¹³⁰

A inibição do poder familiar se justifica quando há afronta aos direitos fundamentais dos menores à integridade física, psíquica, intelectual e inobservância pelos pais dos deveres previstos e, ainda, nos casos de abuso no exercício do poder de forma a suprimir direitos inerentes à dignidade humana dos menores, também, quando existe inobservância pelos pais das ordens judiciais fixadas com objetivo de proteger os menores.

¹³⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1106637 / SP**, RECURSO ESPECIAL 2008/0260892-8. Relator. Min. Nancy Andrigui. Brasília, DJe 01 jul. 2010, REVFOR vol. 409 p. 444, RIOBDF vol. 63 p. 43, RT vol. 902 p. 210. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22destitui%E7%E3o+do+poder+familiar%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15>>.

Ao padrasto foi conferida legitimidade ativa para propor a destituição do poder familiar, e, amparado na socioafetividade e no superior interesse do menor, presente, também, comprovação inequívoca de motivo para a destituição, pôde pleitear a adoção do menor.

Percebe-se que a filiação tem uma visão inovadora no Direito, é muito mais que um mero laço de sangue. A filiação socioafetiva prioriza os sentimentos de pai e filho.

4.4.1 Filiação Biológica X Filiação Socioafetiva

No segundo capítulo restou demonstrado que toda pessoa tem o direito de saber a origem genética, que está relacionado a direito da personalidade. É algo que diz respeito à esfera íntima de cada ser. Todos têm o direito de saber sobre si mesmo e sobre sua ancestralidade. É diferente de investigar a paternidade, pois a paternidade é decorrente de estado de filiação, independente de origem biológica ou não.

Atualmente, o que garante o exercício dos deveres inerentes ao poder familiar não é a origem consanguínea, mas sim, a dedicação proporcionada aos filhos. A simples geração do filho não condiciona a paternidade ou maternidade, pois o que importa é o cuidado, a forma como a criança será criada, os deveres inerentes ao poder familiar para que a criança no futuro se torne uma pessoa dotada de personalidade.

Logo abaixo resta demonstrado através de precedentes o entendimento da Corte Superior neste sentido.

Em 2011, numa ação, o pai biológico pleiteia a anulação do registro de paternidade, do qual consta o nome de outra pessoa como pai da sua filha. O tribunal conclui que existia uma filiação socioafetiva configurada e não justificava a anulação do registro de nascimento da criança, pois o pai biológico foi omissivo no papel de pai e, também, demorou cerca de três anos para ajuizar a ação.

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação. 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe. 3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de

ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.¹³¹

Trata-se de conflito entre o pai biológico e o pai registral ou afetivo, neste caso, o tribunal entendeu que o pai biológico é legítimo para propor a ação com o objetivo de anular suposta falsidade no registro. Por outro lado, reconheceu o vínculo socioafetivo existente entre o pai registral e a filha, assim sendo, é cabível afirmar que a mera paternidade biológica não tem a capacidade de se impor, quando ausentes os elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

Mais do que isso, dentro do contexto familiar é preciso ponderar a boa fé dos envolvidos e o comportamento do pai para o sadio desenvolvimento da filha. Como não houve cuidado, carinho ou interesse pela menor desde o início, quando soube do vínculo biológico, para o bem da criança prevaleceu a paternidade registral ou socioafetiva.

Logo a seguir, a questão central do recurso envolve um embate entre a denominada paternidade socioafetiva e a biológica, porque a demandante, após o falecimento dos pais registrais busca o reconhecimento da filiação biológica.

A autora, com apenas 6 meses de vida, foi entregue pela mãe biológica para os pais registrais. Tratou-se de fato numa adoção à brasileira, mediante o reconhecimento registral sem obedecer aos trâmites legais. A mãe biológica permaneceu como madrinha da autora, com o conhecimento dela, contudo, nunca soube o paradeiro do pai biológico.

A situação mostra que a iniciativa de reconhecimento da paternidade biológica foi da filha registral, e não do pai registral, como comumente acontece nas ações negatórias de paternidade.

O julgador, nesta decisão, entendeu que quando é o filho quem vindica o estado contrário ao que consta no registro civil, parece claro que lhe socorre a existência de "erro ou falsidade" para os quais ele mesmo não contribuiu. A filha registral, após o

¹³¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1087163 / RJ**, RECURSO ESPECIAL 2008/0189743-0 . Relator. Min. Nancy Andrigui. Brasília, DJe 31 ago. 2011, RIOBDF vol. 73 p. 38. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22socioafetiva%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>>.

falecimento dos pais registrais, demonstrou o interesse pelo reconhecimento da sua origem genética.

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira".¹³²

A adoção à brasileira, diferente de adoção legal, segundo o voto do Ministro Relator, não tem aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico nascido do registro ilegalmente levado a efeito.

Não se pode proceder a equiparação entre a adoção à brasileira e a regular quando os filhos desejem o reconhecimento da filiação biológica.

Por outro lado, o Ministro Marco Buzzi, no voto de vista, entendeu em sentido diverso. Para ele, ainda que a adoção tenha sido irregular, o vínculo com a família socioafetiva restou estabelecido, sendo assim, o cancelamento do registro ensejaria uma insegurança jurídica para esta relação familiar.

Ao final, o entendimento foi no sentido de que a paternidade ou maternidade socioafetiva prevalece para sempre preservar o melhor interesse do filho. Como no caso concreto, vislumbra-se a situação na qual a própria filha é quem vindica a desconstituição da filiação, houve uma ponderação e, assim, considerou-se o direito ao reconhecimento da filiação genética tendo em vista que a filha, enquanto menor, não deu causa ao vício no ato registral.

Em suma, inexistente um critério uniforme ou mesmo critérios do que venha ser o melhor interesse do filho, na aplicação do direito há sempre que levar em conta as peculiaridades de cada caso, porquanto, as normas e princípios que envolvem a

¹³² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1167993 / RS**, RECURSO ESPECIAL 2009/0220972-2. Relator. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). Brasília, DJe 15/03/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22socioafeti va%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>>.

filiação socioafetiva possuem certa indeterminação devendo ser aplicada para garantir à convivência familiar conforme as circunstâncias no caso concreto.

4.4.2 Filiação Registral X Filiação Socioafetiva

Como já foi fartamente demonstrada nos capítulos anteriores, a parentalidade registral goza de presunção de veracidade e publicidade a partir da lavratura do assento de nascimento da criança.

Logo acima, no capítulo dedicado aos casos de erro e falsidade no registro, foi abordada a situação do marido enganado que registrou o filho da sua esposa, por pensar que fosse seu. Nesse caso, coube a ação negatória de paternidade para desconstituir o estado de filiação viciado.

Entretanto, a maioria das decisões considera que o ato do registro é irrevogável e, ainda que haja divergência em relação ao liame biológico, uma vez feito o registro, nasce um vínculo de afeto decorrente da convivência no dia a dia que supre eventual equívoco na relação paterno-filial.

Ademais, normalmente, o ato declaratório de existência de filiação é voluntário e consciente; não cabe declaração posterior de inexistência do estado filial.

O simples insucesso no casamento ou na união estável, com a posterior separação do casal, não é motivo suficiente para a desconsideração do estado filial, mesmo diante da ausência do vínculo biológico.

O REsp 1244957 / SC¹³³ demonstra que a espontaneidade na declaração da paternidade fez surgir o liame socioafetivo e, mesmo na ausência de ascendência genética, o vínculo deve permanecer. Nesse caso a falsidade alegada pelo pai

¹³³PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL INVERÍDICO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha. 2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1244957 / SC**, RECURSO ESPECIAL 2011/0068281-0. Relator. Min. NANCY ANDRIGHI (1118). Brasília, DJe 27/09/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22socioafetiva%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>>.

registral deve ser desconsiderada, porque ninguém é dado beneficiar-se da invalidade que deu causa.

O direito de personalidade da criança não pode ficar à deriva, em face das incertezas, instabilidades ou interesses do declarante, mesmo que vindicados sob o manto da ausência de vínculo biológico, pois este foi relegado a segundo plano, quando do nascimento da menor, não podendo posteriormente ser usado para desconstituir a paternidade voluntariamente admitida.¹³⁴

Já no REsp 833712/RS¹³⁵, decidiu-se pela prevalência do liame biológico em razão da falsidade no ato registral de reconhecimento da criança. Os fatos demonstram que houve uma espécie de arranjo e a investigante foi enviada para os pais registrais com a finalidade de preservar a figura paterna. O pai biológico pertencia a uma família tradicional e importante na sociedade local e, dessa forma, forçou indiretamente a entrega da filha biológica a outra família.

Assim, analisando o processo conclui-se que a investigante havia sido duplamente penalizada, pois foi enjeitada pelos pais biológicos, como também, sofreu com a omissão dos pais registrais. Por isso, é perfeitamente justo que tenha direito ao conhecimento da sua história real, devendo ter reconhecido o vínculo biológico.

A situação demonstra que a vertente socioafetiva que envolveu a filiação registral não pôde prevalecer, em face das circunstâncias que rodearam o falso registro.

Como regra, a filiação registral faz coincidir com a filiação socioafetiva, quando acontece de forma diversa, envolvendo a falsidade ou o erro, prevalece o liame genético. Mas, é preciso ter cautela voltada ao interesse do filho na desconstituição da filiação e, na solução dos conflitos, é importante ponderar as três dimensões da filiação.

¹³⁴ *Idem*

¹³⁵ Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 833712 / RS**, RECURSO ESPECIAL 2006/0070609-4. Relator. Min. NANCY ANDRIGHI (1118). Brasília, DJ 04/06/2007 p. 347 RBDfs vol. 19 p. 135 RNDJ vol. 92 p. 77. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>.

5 CONCLUSÃO

Dentro do tema, pesquisou-se a desconstituição posterior da filiação, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ponderando no caso concreto os princípios relacionados à filiação preservando a dignidade da pessoa do filho.

O vínculo paterno-filial decorre não somente de fatos biológicos, mas de mecanismos postos em prática pelo homem no exercício da função de pai. A paternidade resulta de filhos biológicos e não biológicos; o importante é o liame afetivo existente.

As decisões consideram que o critério de presunção legal ou a simples comprovação biológica não é determinante para estabelecer a filiação, mas deve-se contemplar sempre o melhor interesse da criança, tendo em vista o liame socioafetivo que envolve as relações entre pais filhos.

Diante de um caso concreto, na aplicação deste princípio do melhor interesse da criança, deve se ter em mente a condição de desenvolvimento e vulnerabilidade que enseja cuidados. Para tanto, protege-se integralmente os interesses da criança em detrimento dos demais, resguardando os direitos fundamentais e dignidade desta pessoa humana. Como sujeito de direitos, a criança deve ter a salvo a sua personalidade com decisões jurídicas que coloquem a sua integridade física, moral e intelectual como centro de debates.

A afetividade é elemento de grande importância na relação paterno-filial. Não há que se falar em desconstituição posterior da filiação socioafetiva, tendo em vista que personalidade do indivíduo é adquirida por meio da convivência familiar.

A sentença concessiva de adoção faz nascer um vínculo de filiação novo, ou seja, um novo estado familiar para o filho, desconstituindo o anterior. Como regra, a adoção tem caráter irrevogável, pois o reconhecimento voluntário de filho pressupõe autonomia da vontade.

A espontaneidade na declaração da paternidade faz surgir o liame socioafetivo e, mesmo na ausência de ascendência genética, o vínculo deve permanecer. Por esta razão é que um indivíduo que reconhece uma pessoa como filho com base em erro

ou falsidade, poderá pleitear posterior invalidação do registro. Na verdade, esta exteriorização da vontade é inconsciente e, por isso, passível de invalidação.

Muitos pleitos judiciais, em torno da desconstituição de estado filial, são feitos por terceiros que, em razão de interesses estritamente patrimoniais, querem desfazer o reconhecimento de paternidade ou maternidade mediante solicitação de anulação do registro, alegando falsidade ideológica incorrida pelo falecido pai ou pela falecida mãe. Para situações como esta, a Corte Superior considera que é inviável deixar de reconhecer a adoção, ainda que à moda brasileira, pois o liame socioafetivo já existe.

O ato de registrar alguém como filho pressupõe manifestação consciente de vontade, portanto, quando existe erro e falsidade e, também, quando inexistente o vínculo afetivo, os tribunais entendem que o melhor para a criança é desconstituir a filiação.

A maternidade e a paternidade socioafetiva prevalecem para preservar o melhor interesse do filho. Quando é o próprio filho quem vindica a desconstituição do estado filial, porque não construiu uma relação de afeto com os pais registrai, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível a desconstituição da filiação, pois este filho não deu causa ao vício no ato registral, portanto, não pode ser punido pelo vício cometido por outra pessoa.

Conclui-se, desse modo, que inexistente um critério uniforme ou mesmo critérios de que venha a ser o melhor interesse do filho. Na aplicação do direito devemos levar em conta as peculiaridades de cada caso. Deve-se ter muita prudência com a desconstituição da filiação registral ou biológica. Entre elas, é necessário verificar se existe ou não um vínculo afetivo constituído.

Importante, também, verificar quem é o interessado na desconstituição da filiação, pois pode ser o pai, terceiro ou mesmo o próprio filho. O entendimento jurisprudencial é pela preservação do melhor interesse do filho.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2007.

AMARAL, Francisco. A Prova Genética e os Direitos Humanos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.), **Grandes Temas da Atualidade**. DNA como meio de prova da filiação. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AREND, Sílvia Maria Fávero. Um lugar para as crianças. **Revista de História da Biblioteca Nacional**. Ano 3, n. 30, mar. 2008.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani Barbosa. **Aspectos Jurídicos do Contrato de Recepção de Sêmen em Inseminações Heterólogas**. Jus navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/947904-camilo-de-lelis-colani-barbosa/artigos>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

BÔAS, Renata Malta Vilas, A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias, **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº63. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p.28-37, Dez-Jan, 2011.

BOSCARO, Márcio Antonio, **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Código Civil, processo Civil e Constituição Federal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei 8069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 20 maio. 2013.

_____. **Lei 6015**, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 01 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 605708 / RJ**, RECURSO ESPECIAL 2003/0199850-1. Relator. Min. Castro Filho. Brasília, DJ 16 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 878954 / RS**, RECURSO ESPECIAL 2006/0182349-0. Relator. Min. Nancy Andrigui. Brasília, DJe 28 maio. 2007, p. 339. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=filia%E7%E3o+e+v%E9dicio+de+consentimento&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>. Acesso em: 08 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1328306 / DF**, RECURSO ESPECIAL 2012/0120657-7. Relator. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, DJe 20 maio. 2013, RBDfS v.34, p. 165. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=filiação e erro no registro>>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1059214 / RS**, RECURSO ESPECIAL 2008/011832-2. Relator. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DJe 12 mar. 2012, RDDP v.111, p. 136. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22falsidade%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.207.185 / MG**, RECURSO ESPECIAL 2010/0149110-0. Relator. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DJe 22 nov. 2011, RBDFS vol. 25 p. 136. RIOBDF vol. 69 p. 161. RT vol. 920 p. 743. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22ado%E7%E3o%22+e+%22destitui%E7%E3o+do+poder+familiar%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>.

Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1000356 / SP**, RECURSO ESPECIAL 2007/0252697-5. Relator. Min. Nancy Andrigui. Brasília, DJe 07 jun. 2010, LEXSTJ vol. 251 p. 125, RMP vol. 43 p. 241. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22falsidade%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 786.312 / RJ**, RECURSO ESPECIAL 2005/0165373-7. Relator. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DJe 21/09/2009 RT vol. 890 p. 191. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22erro%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 922462 / SP**, RECURSO ESPECIAL 2007/0030162-4. Relator. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147). Brasília, DJe 13/05/2013. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22socioafetiva%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1115428 / SP**, RECURSO ESPECIAL 2009/0102089-9. Relator. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). Brasília, DJe 27/09/2013. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22socioafetiva%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1106637 / SP**, RECURSO ESPECIAL 2008/0260892-8. Relator. Min. Nancy Andrigui. Brasília, DJe 01 jul. 2010, REVFOR vol. 409 p. 444, RIOBDF vol. 63 p. 43, RT vol. 902 p. 210. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22destitui%E7%E3o+do+poder+familiar%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15>>. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1087163 / RJ**, RECURSO ESPECIAL 2008/0189743-0. Relator. Min. Nancy Andrigui. Brasília, DJe 31 ago. 2011, RIOBDF vol. 73 p. 38. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22socioafetiva%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1167993 / RS**, RECURSO ESPECIAL 2009/0220972-2. Relator. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). Brasília, DJe 15/03/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22filia%E7%E3o%22+e+%22socioafetiva%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1244957 / SC**, RECURSO ESPECIAL 2011/0068281-0. Relator. Min. NANCY ANDRIGHI (1118). Brasília, DJe 27/09/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=23669905&sReg=201100682810&sData=20120927&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 833712 / RS**, RECURSO ESPECIAL 2006/0070609-4. Relator. Min. NANCY ANDRIGHI (1118). Brasília, DJ 04/06/2007 p. 347 RBD FS vol. 19 p. 135 RNDJ vol. 92 p. 77. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 out. 2013.

CANEZIN, Claudete Carvalho, Filiação Socioafetiva, **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº69. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p. 9-23, Dez-Jan, 2012.

_____, Tutela da Personalidade Humana a Partir da Constituição Federal de 1988, **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº64. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p. 79-96, Fev- Mar, 2011.

CARVALHO, Salsamendi de Carvalho, **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**: a análise sobre a desconstituição do estado filial pautada no interesse do filho. Curitiba: Juruá, 2012.

CHINELLATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família. Coordenador: Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992;

_____; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Coord) *et al.* **Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo**: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de, Um Alento ao Futuro: Novo Tratamento da Coisa Julgada nas Ações Relativas à Filiação, **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº69. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p. 58-73, Dez-Jan, 2012.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, 2ª tiragem. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

DIAS, Maria Berenice, **Manual do direito de Família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Luiz Flavio. **O que é venire contra factum proprium ?**. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/20745/o-que-e-venire-contra-factum-proprrium>>. Acesso em: 12 out. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 7. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

IBDFAM. Assessoria de Comunicação. **TJRS entende que afeto se sobrepõe à lei em ação declaratória de maternidade socioafetiva**. Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5108/TJRS++entende+que+afeto+se+sobrep%C3%B5e+%C3%A0+lei+em+a%C3%A7%C3%A3o+de+declarat%C3%B3ria+de+maternida+de+socioafetiva%22#.UmB0pS-5fWE>>. Acesso em: 17 out. 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 10. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº67. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p.19-28, Ago-Set,2011.

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

MELLO, Marcos Bernardes de, **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Rodrigo Santos et al. O Estado Atual da Filiação, **Revista Brasileira do Direito de Família**. RDF nº71. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p.98-117, Abr-Maio, 2012.

MEDEIROS, Aloizio Sinuê da Cunha. Breves Considerações sobre a Nova Lei de Adoção, **Revista IOB de Direito de Família**. RDF nº57. Porto Alegre: Síntese, p.07-11, Dez-jan,2010.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico.** São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OTONI, Maria Aparecida Corrêa, A filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a Impossibilidade de Sua Desconstituição Posterior, **Revista Brasileira do Direito de Família.** RDF nº69. Belo Horizonte: IBDFAM e ed. Lex Magister, p. 43-57, Dez-Jan, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70007016710.** Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 26 de jun. 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta>. Disponível em: 01 de jul. 2013. Acesso em: 27 ago. 2013.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 10056.06.1322691/001(1)**, 5ª Câmara Cível. Relator: Des.(a) Nepomuceno Silva. Julgado em 6 de dez. 2007. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.06.132269-1%2F001&pesquisaNumeroCNJr>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito de Família Contemporâneo.** Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 572.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. **Revista Forense.** Rio de Janeiro, n. 71, 1980.

WELTER, Belmiro Pedro, **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.