



PATERNIDADE E AFETO

Angela Rossini¹

RESUMO

O Direito se preocupa muito com o reconhecimento biológico dos filhos, deixando de lado a questão emocional que envolve este tipo de relação. A Constituição Federal de 1988, bem como a legislação posterior a sua promulgação, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) e a Lei nº10.406, de janeiro de 2002 (o novo Código Civil) deixaram de disciplinar assuntos atuais e importantes que fazem parte da realidade social hodierna, dentre eles o conceito mais atual de família, constituída ou não pelo casamento, que preceitua que a entidade familiar é na verdade uma unidade afetiva e não simplesmente uma unidade biológica. Assim, o presente artigo tem por objetivo analisar as questões afetivas e sociológicas que envolvem a relação de filiação, já reconhecidas pelos nossos tribunais. **Palavras-Chave:** direito de família, filiação, Afeto. paternidade socioafetiva.

ABSTRACT

The law is very concerned with the recognition of biological children, leaving aside the emotional issues surrounding this type of relationship. The 1988 Federal Constitution and the law after its promulgation, the Law 8069 of July 13, 1990 (the Statute for Children and Adolescents - ECA) and Law No. 10406, January 2002 (the new Code Civil) failed to discipline current issues and important part of social reality today, including the latest concept of family, constituted or not by marriage, which requires that the entity is actually a family unit and not simply an emotional biological unit . Thus, this article aims to analyze the emotional and sociological issues involving the parental relationship, already recognized by our courts. **Keywords:** family law, affiliation, affective paternity.

INTRODUÇÃO

As crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, que não possuem capacidade de auto-desenvolvimento nos aspectos intelectual, moral, social e afetivo, bem como condições de se auto-proteção, pois não contam com meios próprios para atenderem suas necessidades básicas. O recém-nascido, ainda que pertença a uma entidade familiar materialmente abastada, se não receber desse mesmo grupo, de forma direta e regrada, alimentação e cuidados com sua saúde e higiene pessoal, certamente perecerá. Da mesma forma, a criança ou adolescente que não recebe orientação moral e intelectual adequada, certamente ficará à margem da sociedade. Portanto, é inegável a fragilidade desse grupo social e por tal motivo necessitam atenção e cuidados especiais.

Em razão dessa fragilidade, ao longo dos tempos a humanidade vem criando regras especiais para garantir a proteção desse grupo social. Dessa forma, a Declaração de Genebra de 1924 já previa a proteção especial para a criança, e nesse aspecto ela foi repetida e confirmada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, pelo Pacto de San José da Costa

¹ Mestre em Direito Constitucional pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (SP). Advogada e Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos (SP). angelarossini@faeso.edu.br



ARTIGO DE REVISÃO

Rica de 1969 e, notadamente, pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1989 na Assembléia Geral das Nações Unidas, que adotou a “Doutrina da Proteção Integral”.

Essa doutrina implica em reconhecer que todas as crianças e adolescentes merecem proteção especial e que todos os direitos a eles inerentes devem ser observados com prioridade por todos, dentre eles, guardadas as devidas proporções em relação a condição especial de pessoa em desenvolvimento, a autonomia, a capacidade de entendimento, a liberdade de expressão e pensamento, a liberdade de associação, a liberdade de consciências e crença, direitos estes que lhe são assegurados de forma expressa pela Convenção dos Direitos da Criança em seus artigos 12², 13³ e 14⁴.

Essa doutrina também foi contemplada no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que impõe à família, à sociedade e ao Estado, o dever de “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta primazia, 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”.

Da mesma forma, a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), seguindo a norma constitucional, contempla a *Doutrina da Proteção*

² Art. 12

1- Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essa opinião, em função da idade e da maturidade da criança.

2- Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial e administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

³ Art. 13

1- A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo o tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita e impressa, por meio das artes ou de qualquer outro meio escolhido pela criança.

2- O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas e consideradas necessárias:

a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou

b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas.

⁴ Art. 14

1- Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.

2- O Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança em relação ao exercício de seus direitos de maneira com a evolução de sua capacidade. 3- A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.



ARTIGO DE REVISÃO

Integral, especialmente em seus artigos 1º, 3º, 4º e 5º, conferindo aos infanto-juvenis todos os direitos fundamentais reconhecidos e inerentes à pessoa humana.

Tais regras devem ser observadas inclusive no tocante a relação de paternidade e suas modalidades.

No entanto, a Lei nº10.406, de janeiro de 2002 (o novo Código Civil) deixou de disciplinar assuntos atuais e importantes que fazem parte da realidade social. Na verdade referida legislação foi neutra em relação à dimensão axiológica, ignorando as profundas alterações trazidas pela Constituição Federal e legislação especial (ECA) e, sobretudo, pela rica produção jurisprudencial consolidada na experiência constitucional da última década, acabando por receber forte oposição de alguns civilistas pátrios quanto ao caráter retrógrado do texto codificado, especialmente sob o aspecto material, ou seja, quanto ao conteúdo do tratamento jurídico-normativo adotado pelo referido texto, proporcionando a reabertura das discussões polêmicas sobre diversos temas jurídicos ligados ao Direito de Família, tais como paternidade socioafetiva, biotecnologia, desbiologização da paternidade, união civil de pessoas do mesmo sexo etc.

Entretanto, a de se destacar a contribuição de algumas emendas incorporadas ao texto original deste código, por influência da nova ordem constitucional, eu trouxeram significativas modificações ao Direito de Família. Como exemplo pode ser citado o artigo 1.596, *in verbis*, “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.”

O Direito se preocupou muito como reconhecimento biológico dos filhos, deixando de lado a questão emocional que envolve este tipo de relação. Afinal de contas, o que seria melhor para uma criança um pai biológico que a reconhece por força de uma Ação de Investigação de Paternidade, sem nunca ter mantido ou ter interesse em manter contato emocional ou um pai de afeto, que mesmo sabendo não ser o progenitor da criança lhe entrega dedica todo o seu amor, a exemplo do que ocorre na adoção?

FILIAÇÃO: Noções Gerais e Conceito

O termo filiação deriva do latim *filiato*, traduzida como a relação de parentesco que se estabelece entre os pais e a sua prole em linha reta, gerando o estado de filho (Grunwald, 2003). Portanto, entende-se por filiação o vínculo de parentesco que une os filhos aos pais.



ARTIGO DE REVISÃO

Nesse sentido afirma Silvio Rodrigues (2007, p. 297) que: “Filiação é a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geram, ou a receberam como se tivessem gerado.”

A doutrina tem por costume empregar a expressão paternidade em sentido amplo, englobando tanto a filiação paterna (quanto considerada em relação ao pai) quanto materna (quando esta se relaciona a mãe).

No entanto, a filiação sem sempre decorre da consangüinidade, ou seja, de laços sanguíneos entre pais e filhos. Assim, além da filiação civil estabelecida por meio do instituto da adoção, tem-se atualmente a filiação decorrente de inseminação artificial homóloga, em que o marido pode depositar os seus espermatozoides em um banco de sêmen e, após meses, anos ou até mesmo após a sua morte², a esposa ou viúva do mesmo pode se submeter à inseminação artificial e vir a dar à luz a um bebê que será filho do casal, bem como de inseminação artificial heteróloga, quando ela é feita na mulher casada ou convivente em união estável, com a utilização de espermatozoides de terceiros.

Filiação No Direito Brasileiro

A filiação no Direito brasileiro pode ser dividida em dois períodos distintos: um anterior a Constituição de 1988 e outro posterior. Assim, antes da Constituição Federal de 1.916, a matéria era regida pelo Código Civil de 1.916, que classificava os filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos.

Eram considerados legítimos os filhos que tinham o pai e a mãe vinculados entre si pelo casamento no momento da concepção, ainda que nulo ou anulado, conforme redação original do art. 337.

Os filhos legitimados eram aqueles que foram concebidos por pai e mãe não vinculados entre si pelo casamento, mas que foram rehabilitados e equiparados os filhos legítimos por conta da celebração subsequente do casamento dos pais (art. 352 à 354)

Por fim, a classificação de filhos ilegítimos era subdividida em ilegítimos naturais e ilegítimos espúrios. Consideravam-se ilegítimos naturais, que não se confundem com a filiação

² Há uma grande discussão doutrinária em relação ao prazo para a inseminação artificial post mortem, ou seja, o prazo de utilização do material genético do marido falecido pela esposa, em face da omissão do legislador no Código Civil de 2002. Todavia não trataremos disso aqui, pois o assunto é extenso e controvertido, ensejando a elaboração de outro trabalho de pesquisa específico.



ARTIGO DE REVISÃO

natural consangüínea, os filhos nascidos de pais que, embora não fossem vinculados entre si pelo casamento, não portavam qualquer tipo de impedimento matrimonial decorrente de parentesco (art. 183, I a V, do Código Civil de 1.916) ou de casamento anterior (inciso VI do mesmo artigo). Ou seja, eram considerados ilegítimos naturais os filhos cujos pais viviam em concubinato, mas que não apresentavam nenhum tipo de impedimento para o casamento válido (Rodrigues, 2007).

Segundo Orlando Gomes (2002, p. 308):

Provindo os filhos naturais da livre união dos pais, têm condição superior à dos filhos espúrios, equiparando-se completamente, em nosso Direito, aos filhos legítimos. O filho natural adquire esse status com o reconhecimento por ambos os pais, ou por um deles. Antes de reconhecido, há simples situação de fato, que não gera qualquer direito.

Por outro lado, os filhos ilegítimos espúrios eram aqueles oriundos da união de homem e mulher impedidos para o casamento na época da concepção da criança. Tal impedimento decorria de grau de parentesco em grau proibido ou por já ser qualquer deles casados com outra pessoa (Rodrigues, 2007).

Com isso, surgiu uma subdivisão dos filhos ilegítimos espúrios em adúlteros e incestuosos. Dessa forma, eram considerados adúlteros os filhos nascidos de pessoas impedidas de se casarem em virtude de já serem casadas com terceiros (art. 183, VI do Código Civil de 1.916). Essa adúlterinidade poderia ser bilateral (quando tanto o pai quanto a mãe fossem impedidos) ou unilateral (quando o impedimento fosse apenas do pai ou da mãe). Em contrapartida, eram considerados incestuosos os filhos nascidos de pessoas impedidas de se casarem em razão de haver entre elas relação de parentesco, seja ele natural, civil ou afim (art. 183, I a V, do Código Civil de 1.916), na linha reta em todos os graus ou na linha colateral até o 3º grau.

Cumprido salientar que o filho incestuoso não poderia ser beneficiado pela legitimação, já que o impedimento subsistia por todo o tempo.

Essa classificação da filiação, consagrada no Direito brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988, era por demais discriminatórias.

Em razão disso, na sistemática atual do ordenamento jurídico brasileiro, influenciado pela Constituição Federal de 1988, a distinção entre filhos legítimos, legitimados ou ilegítimos



ARTIGO DE REVISÃO

deixou de existir em nosso ordenamento jurídico por conta do princípio da isonomia entre filhos, estabelecido no art. 227, §6º da Constituição Federal³.

As legislações posteriores já abordaram a nova visão constitucional do Direito brasileiro em relação à filiação, em especial a Lei nº8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu artigo 26⁴ e, principalmente, a Lei nº8.560/92 – Lei da Investigação da Paternidade, que permite o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio.

Por fim, o Código Civil de 2002 acolheu o princípio da isonomia dos filhos estatuído na Constituição Federal, mediante cópia integral no art. 1.596.

Assim, atualmente e didaticamente, a filiação pode ser classificada em matrimonial e não-matrimonial (Diniz, 2006), como veremos a seguir.

Filiação Matrimonial

A filiação matrimonial ou oriunda do casamento, que antigamente era chamada de legítima, é aquela que cujo filho é concebido na constância do casamento dos pais, ainda que nulo ou anulado, conforme dispõe os artigos 1.561 e 1.617 do Código Civil de 2002.

Além disso, verificam-se no art. 1.597 deste mesmo código as hipóteses de presunção da filiação matrimonial, dentre os quais podemos citar os incisos I e II, quais sejam: dos filhos nascidos a pelo menos 180 (cento e oitenta) dias após o estabelecimento da convivência conjugal pelo casamento ou nos 300 (trezentos) dias após a dissolução do casamento, seja pela morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento. Portanto, a filiação também será considerada matrimonial se o filho nascer após a dissolução ou anulação do casamento, desde que concebido na constância do mesmo.

A presunção estatuída no art. 1.597 do Código Civil de 2002, também denominada *pater is est*, se fundamenta na probabilidade, através do qual a lei estabelece a presunção legal de paternidade ao marido da mãe, ou seja, ao homem que contraiu matrimônio que gerou a criança.

Esta presunção é considerada relativa, ou também denominada *juris tantum*, “[...] pois a prova contrária é limitada, porém, em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode

³ 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.

⁴ 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.



ARTIGO DE REVISÃO

contestar a filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai (CC, art. 1.601)”, conforme afirma Diniz (2006, p. 441).

Todavia, tal presunção não ocorrerá se o filho nascer após os 300 (trezentos) dias da dissolução do matrimônio, podendo, neste caso, o próprio pai ou seus herdeiros - em caso de morte do genitor - propor ação impugnativa de paternidade. Da mesma forma, poderá ser impugnada a paternidade se o filho nascer antes de se completarem 180 (cento e oitenta) dias da celebração do casamento.

Além dessas duas hipóteses citadas como exemplo, o artigo 1.597 trás também outras a respeito da presunção da filiação matrimonial para os filhos:

[...]

III- havidos por fecundação artificial homóloga⁵, 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 heteróloga⁶, desde que tenha prévia autorização do marido.

Por fim, vale mencionar que a ciência moderna, através dos testes de DNA que fazem a análise da estrutura genética do suposto pai e filho, revolucionou completamente o Direito de Família, fazendo com que o conteúdo deste artigo 1.597 seja considerado inoperante, pois referidas presunções perdem completamente o valor diante da conclusiva técnica de comparação das estruturas genéticas.

Filiação Não-Matrimonial

A doutrina entende por filiação não-matrimonial aquela cujos pais não se vinculam entre si pela relação do casamento (Diniz, 2006). Entretanto, como já dito anteriormente, por conta do princípio da isonomia entre os filhos previsto no artigo 1.596 do Código Civil de 2002, não há mais que se falar nessa classificação, posto que ficaram proibidas quaisquer discriminações.

Na sistemática da legislação civil vigente, os filhos de pais casados não precisam ser reconhecidos, devido á presunção de paternidade existente nos filhos oriundos do enlace matrimonial ou na constância deste já mencionada acima. Porém, nos termos do art. 1.607⁷ do

⁵ Fala-se em inseminação artificial homóloga quando todo o material genético (óvulo e espermatozóide) pertence ao casal interessado, conforme Marques, 2003.

⁶ Considera-se heteróloga a inseminação quando o espermatozóide ou o óvulo utilizado provém de um doador estranho ao casal (idem).

⁷ “O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.”



ARTIGO DE REVISÃO

mesmo código citado no parágrafo anterior, os filhos havidos fora dos laços matrimoniais precisam ser reconhecidos.

Assim, entende por reconhecimento o ato pelo qual se declara a filiação que foi havida fora do matrimônio, estabelecendo a relação de parentesco entre o filho e seus pais. Tal reconhecimento, nos termos do artigo 26, Parágrafo Único da Lei 8.069/90 (ECA) é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer tipo de restrição.

O reconhecimento pode ser efetuado de modo voluntário ou judicial. Entendese por reconhecimento voluntário o ato pelo qual a mãe ou o pai, em conjunto ou separadamente, admite como sendo sua a filiação por meio de um ato escrito e espontâneo. Já o reconhecimento judicial é obtido por meio de sentença prolatada em ação de investigação de paternidade ou maternidade⁸. Mas vale lembrar que, de um modo ou de outro (voluntário ou judicial) o reconhecimento é irrevogável e irreatável, nos termos do art. 1.609 do Código Civil vigente e do art. 26 da Lei nº8.069/90 (ECA).

Portanto, quanto o reconhecimento não é feito de forma espontânea pela mãe e/ou o pai (voluntário), nasce para o filho o direito de reivindicar seu estado de filiação forçosamente, através de ação de investigação de paternidade e/ou maternidade.

AFETIVIDADE NA FILIAÇÃO

Como já visto anteriormente, o novo Código Civil, em conformidade com a norma constitucional instituída no artigo 227, §6º da Constituição Federal, demonstra claramente a impossibilidade de distinção de qualificações ou direitos entre as espécies de filiação, seja ela matrimonial ou não.

Muito embora tenha apresentado inovações relacionadas aos avanços científicos, a exemplo das normas contidas nos incisos III, IV e V do art. 1.597, já examinadas anteriormente, a disciplina da filiação está totalmente voltada à questão da verdade biológica da paternidade. Independentemente da origem da filiação, matrimonial ou não-matrimonial, o objetivo da legislação é garantir que os filhos sejam mantinham o vínculo de filiação com seus pais genéticos ou biológicos.

⁸ Segundo art. 1.606 do CC/2002: "A ação de prova da filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor e incapaz."



ARTIGO DE REVISÃO

No entanto, diante das mudanças sociais, referida legislação deveria ter seguido o entendimento moderno de que a entidade familiar, constituída ou não pelo casamento, é na verdade uma unidade afetiva, e não simplesmente uma unidade biológica.

Com efeito, a criança não se importa ou se preocupa com a origem biológica, pois desde os seus primeiros momentos de vida ela precisa, na verdade, de alguém que se interesse por sua sorte, alguém que lhe alimente, lhe aqueça, lhe acalente, ou seja, alguém que lhe dê afeto, independentemente dessa pessoa ser ou não responsável por sua criação.

Com efeito, segundo entendimento da Desembargadora Maria Berenice Dias, presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e relatora da Apelação Cível nº70012250528/2005: “[...] a filiação, mais do que um fato biológico, é um fato social.”

Prova disso é que a Constituição Federal de 1988 não tutela apenas a família constituída pelo casamento, pois a proteção constitucional foi estendida também a entidade familiar constituída pela união estável, bem como àquela constituída simplesmente por um dos genitores e sua prole – a denominada família monoparental (art. 226, §3º e 4º). Da mesma forma, segundo Lôbo (1999), é igualmente protegida a família constituída por pessoas que se unem em comunhão de afeto, embora não possam ou queiram ter filhos.

Sendo assim, não há que negar as implicações afetivas e sociológicas na relação de filiação, devendo o sistema jurídico civil, acompanhar o entendimento jurisprudencial sensivelmente construído nas questões relativas à fraternidade, ao carinho e ao afeto que giram em torno da relação que unem pais e filhos.

A paternidade socioafetiva surge então como sendo aquela emergente da construção afetiva, através da convivência diária, do carinho e cuidados dispensados à pessoa. Surge dentro do conceito mais atual de família, ou seja, de família sociológica, unida pelo amor, onde se busca mais a felicidade de seus integrantes.

Existem diversas decisões judiciais reconhecendo a paternidade baseada nos laços de afetividade, apesar da nossa legislação manter-se inerte. Tais como:

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO EXTRAMATRIMONIAL. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. NÃO OFENDE A VERDADE O REGISTRO DE NASCIMENTO QUE ESPELHA A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, MESMO QUE NÃO CORRESPONDA A PATERNIDADE BIOLÓGICA. ACOLHERAM OS EMBARGOS.
(Embargos Infringentes nº70000904821, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 10/11/2000.



“Negatória de Paternidade. Anulação de Registro. Caracterização da Filiação socioafetiva. Impossibilidade. 1. Entre a data do nascimento da criança e o ajuizamento da ação transcorreu mais de seis anos. 2. Narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. 3. ***Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação do registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico e sim o do pai afetivo.*** 4. reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível. 5. Hipótese do que a doutrina e jurisprudência nomeiam de adoção à brasileira. Negado Provimento ao Apelo” (Apelação Cível nº 70012250528, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Maria Berenice Dias, julgada em 14.09.2005).

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.

- O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.
- **Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.**
- Assim, ainda que despida de ascendência genética, **a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente.** Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.
- Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”,



ARTIGO DE REVISÃO

a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. **Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança.**

- A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade.
- 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.**
- Recurso especial não provido.

(STJ, REsp nº2007/0252697-5, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25.05.2010, publ. DJe 07/06/2010)

Verifica-se, portanto, que a fundamentação jurídica da paternidade socioafetiva é pautada na atual Constituição Federal nos artigos 1º, inciso III e art.227, §6º, assim como na doutrina da proteção integral disposta nos artigos 4º e 6º do Estatuto da Criança, que admitem a possibilidade de reconhecimento da filiação pautando-se na posse de estado de filho, sem a exigência ou consideração de qualquer vínculo biológico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordar o tema da filiação no Direito de Família contemporâneo implica na abordagem de três espécies relação paterno-filial: a paternidade presumida ou jurídica, a paternidade genética ou biológica e a paternidade socioafetiva.

Mas, afinal de contas, o que seria melhor para uma criança um pai biológico que a reconhece por força de uma Ação de Investigação de Paternidade, sem nunca ter mantido ou ter interesse em manter contato emocional com seu filho, ou um pai de afeto, que mesmo sabendo não ser o progenitor da criança lhe dedica toda a sua atenção, seu amor e sua devoção?



ARTIGO DE REVISÃO

Observa-se no desenvolvimento desse trabalho que a Lei nº10.406, de janeiro de 2002 (o novo Código Civil) deixou de disciplinar assuntos atuais e importantes que fazem parte da realidade social. Na verdade referida legislação foi neutra em relação à dimensão axiológica, ignorando as profundas alterações trazidas pela Constituição Federal e legislação especial (Lei 8.069/90 - ECA) e, sobretudo, pela rica produção jurisprudencial consolidada na experiência constitucional da última década, especialmente sob o aspecto material, ou seja, quanto ao conteúdo do tratamento jurídico-normativo adotado pelo referido texto, especialmente em relação à desbiologização da paternidade e a paternidade socioafetiva.

O verdadeiro e mais importante elo que une pais e filhos é, antes de qualquer outro, socioafetivo, ou seja, moldado nos laços da solidariedade e do amor. A família assume o perfil de núcleo de afetividade e realização pessoal de todos os seus integrantes, recuperando, por certo a sua função real.

O desafio que se coloca aos operadores do Direito de Família é a capacidade de visualizar, enxergar a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica. A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis, especialmente familiares, é primeira condição para adequação do Direito a realidade social e aos fundamentos constitucionais.

Os tribunais já estão fazendo a sua parte, porém cabe ao legislador adequar à legislação infraconstitucional civil aos ditames constitucionais que admitem a possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva, pautada na posse de estado de filho, sem a exigência ou consideração de qualquer vínculo biológico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 5º volume: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2006)

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renoovar, 2003.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



ARTIGO DE REVISÃO

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Volume VI: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRUNWALD, Astried Brettas. Laços de família: critérios identificadores da filiação. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 112, 24.10.2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>>. Acesso em: 06 de novembro de 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, 1999.

MARQUES, Alessandro Brandão. Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4267/>>. Acesso em: 13 de agosto de 2008.

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

RODRIGUES, Silvio. Direito de família. Volume 6, 28 ed, ver e atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.