

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

SUELEN LUCZYNSKI FLORENTINO

**O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM ATENÇÃO AO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**CURITIBA
2013**

SUELEN LUCZYNSKI FLORENTINO

**O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM ATENÇÃO AO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Alves da Silva

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

SUELEN LUCZYNSKI FLORENTINO

O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM ATENÇÃO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2013.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MUDANÇAS OCORRIDAS NO DIREITO PRIVADO	7
2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO, REPERSONALIZAÇÃO E DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA	7
2.2 FAMÍLIA: DA TRANSPESSOALIDADE AO EUDEMONISMO	9
3 ASPECTOS RELACIONADOS À PATERNIDADE E FILIAÇÃO	14
3.1 A IGUALDADE ENTRE FILHOS	14
3.2 PATERNIDADE JURÍDICA E BIOLÓGICA	16
3.3 POSSE DE ESTADO DE FILHO	21
4 AFETIVIDADE, MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E PATERNIDADE.....	24
4.1 AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO.....	24
4.2 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	31
4.3 O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	34

RESUMO

O intuito do presente trabalho monográfico foi pontuar alguns aspectos relacionados ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, levando-se em consideração as transformações pelas quais passou a família brasileira e, conseqüentemente, a natureza dos vínculos que a formam. Para tanto, procedeu-se à uma breve análise dos fenômenos da constitucionalização do direito privado, em especial do direito de família, da repersonalização e da descodificação do direito civil. Com a mudança dos motivos que levam as pessoas a se relacionar e a conviver em um núcleo familiar, objetivou-se fazer algumas considerações sobre o afeto como razão para unir os indivíduos e sobre a afetividade como princípio jurídico, de forma que as relações familiares sejam todas vistas sob o viés da afetividade. Nesse aspecto, diferentemente de momentos anteriores em que a paternidade era vista pela ótica das presunções, defende-se uma visão da paternidade formada pela socioafetividade, ultrapassando-se a chamada verdade biológica, na medida em que esta não pode prevalecer apenas pela existência da relação genética. Pelo contrário, no caso concreto o julgador deve pautar sua decisão na dignidade da pessoa humana, contemplando o princípio do melhor interesse da criança, concluindo por reconhecer aquela paternidade que melhor atenda aos interesses dessa pessoa em formação, seja biológica ou não-biológica.

Palavras-chave: afetividade; melhor interesse da criança; paternidade socioafetiva.

1 INTRODUÇÃO

O direito de família sofreu inúmeras modificações com o passar dos tempos, embora se possa dizer que tais mudanças ocorreram a passos lentos, já que por décadas a legislação civil brasileira não tutelava a realidade das relações existentes.

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que as inovações, já sustentadas por alguns doutrinadores, puderam ser mais veementemente defendidas. A igualdade entre filhos e entre entidades familiares estabelecidas no texto constitucional proporcionou o reconhecimento de diversas situações que eram excluídas da tutela jurídica. Nesse sentido, a constitucionalização do direito privado, bem como a repersonalização das relações familiares e a descodificação do direito civil, acabaram por democratizar as formas de família, que deixou de servir a funções morais, religiosas e econômicas, para permitir a realização pessoal de seu membros.

Por conseguinte, os motivos que levam as pessoas a conviver em núcleos familiares se alteraram, já que a família passou de uma função transpessoal para a eudemonista, em que as pessoas podem buscar sua satisfação e felicidade dentro do núcleo familiar. Assim, o afeto passou a ocupar lugar especial, pois vem a ser o motivo e o fim dos indivíduos ao se unirem para compartilhar a vida.

Partindo-se dessas considerações, o presente estudo procura demonstrar que a paternidade não pode mais ser vista sob o aspecto das presunções, como no sistema tradicional, regido sob o Código Civil de 1916, nem pelo aspecto dos laços meramente biológicos. Pelo contrário, o princípio da afetividade é que norteia as categorias do direito de família, o que permite o reconhecimento das situações fáticas fundamentadas pela socioafetividade.

Obviamente o intuito não é esgotar o tema, eis que o reconhecimento da paternidade socioafetiva é assunto amplo e complexo, que exige sensibilidade do intérprete e julgador, para decidir qual conclusão jurídica melhor tutelar os interesses das crianças e adolescentes.

O escopo é a sugestão de pontos para debates e questionamentos, a fim de que as decisões reconheçam o que a realidade já mostra, protegendo situações fáticas não originadas do vínculo genético, mas daquilo que é mais importante para as pessoas envolvidas, ou seja, os laços afetivos da convivência familiar.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MUDANÇAS OCORRIDAS NO DIREITO PRIVADO

2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO, REPERSONALIZAÇÃO E DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito Privado passou e tem passado por inúmeras transformações. Dentre os movimentos significativos pode-se citar a “constitucionalização”, a “repersonalização” e a “descodificação” do Direito Civil, em especial do Direito de Família, por interessar ao presente estudo.

Com a chamada “Virada de Copérnico”, nos dizeres de Luiz Edson Fachin, a Constituição da República passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico, e não mais o Código Civil, que deixa de ser o principal norteador das relações privadas. É a “constitucionalização” do Direito Privado, que, concernente ao âmbito das relações familiares, pluralizou o conceito de família, segundo Rosana Fachin.¹

Apesar da promulgação da Constituição de 1988, que determinou o tratamento igualitário entre os filhos e o fim da hierarquia entre homens e mulheres, ainda havia quem pensasse que a Constituição englobava apenas um conjunto de normas programáticas, as quais não se aplicariam diretamente às relações privadas. Assim, esse pensamento não concebia a igualdade determinada pela Carta Magna, pois somente com a inserção de tais normas em uma lei específica é que seriam tais regras aplicáveis ao Direito Privado.

Entretanto, a doutrina mais atualizada para uma interpretação sistemática e pautada no princípio da dignidade humana, fundamento da República brasileira, atentava-se para a aplicação direta do conteúdo constitucional tanto nas relações de Direito Público como naquelas de Direito Privado. A igualdade entre as entidades familiares e as demais normas relacionadas ao Direito de Família constantes do

¹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 131.

texto constitucional eram perfeitamente aplicáveis, não havendo a necessidade de se esperar a elaboração de um novo Código Civil para que se reconhecesse, por exemplo, a igualdade entre os filhos, o dever de não discriminação, bem como a existência de outras uniões, além das formadas pelo matrimônio, passíveis de reconhecimento pelo ordenamento.

O texto constitucional não é mais visto somente em sentido negativo, como limite ao legislador, mas sim como fundamento de todas as normas infraconstitucionais, as quais não podem contradizer as da Carta Magna, pois, do contrário, serão compreendidas como revogadas, se anteriores à Constituição de 1988, ou inconstitucionais, se posteriores.

Por conseguinte, o que se tem hoje é um “Direito Civil constitucionalizado”, isto é, transformado pela Constituição e aplicado de acordo com os princípios e valores desta.

Na aplicação prática do Direito nos casos concretos, ainda que haja perfeita subsunção a uma determinada lei, deve-se buscar uma justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico, pois a leitura das normas infraconstitucionais deve ser feita de acordo com a Constituição. Nota-se, portanto, que a norma constitucional possui a função de modificar, de acordo com seus valores e princípios, os institutos tradicionais.

Importante destacar nesse momento que a tradicional oposição entre Direito Público e Privado não mais se justifica, vez que tanto um quanto o outro devem ser lidos conforme os valores e normas constitucionais. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes,

Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de 'despatrimonialização' do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.²

Outra mudança importante foi a denominada “descodificação”, que, em síntese, consiste na fragmentação do abordado pelo Código Civil em leis esparsas e microssistemas jurídicos. Estes contêm dispositivos de várias espécies de normas

² MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Publicado na Revista de Direito Civil n. 65, p. 21-32.

(penal, administrativo, civil, etc.), como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. Dentre as leis especiais pode-se citar a Lei n. 8971/94 e n. 9278/1996 (união estável), a Lei 8009/1990 (impenhorabilidade do bem de família) e a Lei n. 11804/98 (alimentos gravídicos).

De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, enquanto o Estado e a sociedade mudaram, alterando substancialmente a Constituição, os códigos civis continuaram com a ideologia do Estado liberal, priorizando o patrimônio e os valores do individualismo jurídico. Acabaram, portanto, tornando-se obsoletos e obstaculizando o desenvolvimento do Direito Civil, porque incompatíveis com a ideologia constitucional e com a realidade contemporânea.³

Cumprindo aduzir que as relações construídas com base na autoridade e na hierarquia, em que os integrantes do núcleo familiar eram submetidos às vontades do chefe da família, que deveria ser respeitado e obedecido como marido e como pai, perderam lugar para as relações baseadas na afetividade, na solidariedade e no respeito recíproco entre todos os integrantes da família.⁴

Portanto, observa-se que a Constituição de 1988 consagrou “uma nova tábua de valores no ordenamento brasileiro”,⁵ deixando de ter a família a função precípua de perpetuar a espécie e de satisfazer fins econômicos. Com a repersonalização do Direito de Família é o ser humano que passa a ocupar o centro das relações civilísticas e a merecer a proteção do Estado.⁶

A diretriz personalista, enquanto critério de abordagem, apresenta-se, inegavelmente, como a pedra de toque para o Direito Civil em reconstrução. Sobrepondo-se à lógica formal, que orientou a civilística herdada, exsurge a pessoa humana, como critério último e como valor máximo, a partir da qual se vai estabelecendo um “outro” Direito Civil.⁷

O movimento denominado de “repersonalização” do Direito Civil, portanto, considerando a dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º, inciso III, da CF/88, coloca o ser humano como o elemento finalístico da proteção estatal, tendo importância a realização pessoal do indivíduo.⁸

³ LÔBO, Paulo. *Constitucionalização do Direito Civil*. Publicado no site www.mundojuridico.com.br em 05/01/2002.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 425.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 420.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷ SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

2.2 FAMÍLIA: DA TRANSPESSOALIDADE AO EUDEMONISMO

Com a repersonalização das relações familiares, não mais consiste o patrimônio em orientador da família, a qual deixa de ter finalidade transpessoal, como célula menor do Estado, existente para satisfação de fins econômico-sociais, para ser considerada vínculo que se forma pela afetividade, com a pessoa como centro das relações civilísticas.⁹

Ao longo dos anos tem-se observado significativas mudanças no conceito de família no Direito Brasileiro. Da família codificada à família constitucionalizada¹⁰, o fundamento e a finalidade da entidade familiar se alteraram substancialmente.

A fim de se compreender a importância do estudo sobre a paternidade socioafetiva, além de como se chegou ao seu conceito, faz-se necessária, preliminarmente, uma breve análise das mudanças nas características do núcleo familiar, alterações que foram ocorrendo aos poucos com a evolução das concepções sociais e das categorias jurídicas.

Uma vez que o escopo do presente trabalho não é o desenvolvimento em si da família brasileira, procura-se brevemente apontar algumas modificações no núcleo familiar e nos papéis desempenhados pelas pessoas que o compõem.

De uma família transpessoal, vista como a célula menor do Estado, cujas finalidades eram relacionadas à procriação e à satisfação de fins econômico-sociais, e que seguia o modelo heteropatriarcalista¹¹, pode-se afirmar que atualmente se está diante de uma família eudemonista¹², cuja finalidade é a satisfação e felicidade dos membros que a compõem. A família como instituição deixa de ser tutelada por si só¹³, uma vez que a proteção constitucional é voltada ao ser humano e à sua personalidade.

⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁰ GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.

¹¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 74.

¹² Eudemonismo é definido pelo dicionário como a “doutrina moral segundo a qual a felicidade é o bem supremo”. <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=eudemonismo>, acessado em 30 de setembro de 2013.

¹³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

O modelo familiar consagrado pelo Código Civil de 1916 era aquele fundado no matrimônio¹⁴, sendo que as uniões que não haviam se constituído pelo casamento, como ato solene que é, eram excluídas do conceito de família. Nesse sentido, o Direito conferia um tratamento desigual a casos similares, em razão da orientação positivista que reinava no país.

A família tutelada pelo ordenamento era patriarcal, matrimonializada, heterossexual, hierarquizada, formalista e transpessoal. Assim, os filhos não concebidos no interior do matrimônio perfeitamente constituído eram excluídos e deixados à margem da proteção jurídica¹⁵.

Com relação a outras uniões fáticas, era usual o emprego de expressões pejorativas para designá-las. Doutrina e jurisprudência classificavam o concubinato em duas espécies. O concubinato *puro* era formado por concubinos que poderiam se casar, caso desejassem, uma vez que não havia nenhum impedimento matrimonial entre eles. Já no concubinato *impuro*, havia algum impedimento para o casamento. Dividia-se em *adulterino* e *incestuoso*. Aquele ocorria quando algum dos concubinos possuía vínculo conjugal com outra pessoa, classificando-se em bilateral, quando ambos tinham o impedimento, *a matre*, quando somente a mulher estava impedida, e *a patre*, caso o impedimento fosse do homem.¹⁶

Além da impossibilidade de reconhecimento jurídico de outras uniões não formadas pelo casamento, o sistema hierarquizava as filiações. Apenas os filhos havidos na constância do casamento eram considerados legítimos. Os filhos oriundos de um concubinato *puro* eram categorizados como *naturais* e poderiam ser legitimados por ulterior casamento dos pais. Por outro lado, os filhos decorrentes do concubinato *impuro* eram chamados de *espúrios*, dividindo-se em *adulterinos* e *incestuosos*, que jamais poderiam legitimar-se.¹⁷

Entretanto, como é sabido que o Direito deve tutelar o que a realidade apresenta, tais discriminações, tanto com relação aos filhos não provenientes de uma relação matrimonial, quanto a desigualdade entre homem e mulher, não podem

¹⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 32.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 408.

¹⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 36-37.

¹⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 36-37.

mais ser sustentadas, diante das garantias constitucionais e dos princípios norteadores do Direito de Família contemporâneo.

Desde o Código de 2002, que reflete os efeitos da Constituição Federal de 1988, a família passou a ser pensada menos como uma unidade de dominação ou de poder de pais sobre seus filhos e passou a ser mais pensada como uma relação de mútua assistência, uma troca de cuidados que há ou deve haver entre os pais, entre os pais e os filhos, entre todos estes e os demais familiares. Assim, enquanto havia antes uma concepção da família enquanto uma célula da sociedade na qual há filhos que estão subordinados aos pais, ou mesmo há pais que estão subordinados aos filhos, passa-se agora a uma noção de uma família mais “democrática”, na qual os filhos são reconhecidos como dependentes (tanto materialmente quanto afetivamente) dos pais (e não como sua propriedade) ou os pais são reconhecidos como dependentes (afetiva e materialmente) dos filhos (e não sua apropriação).¹⁸

O artigo 226 da Carta Magna afirma que a família tem especial proteção do Estado e dispõe acerca da entidade familiar fundada no casamento, da união estável e da família monoparental. Embora existam interpretações divergentes, coaduna-se com o entendimento de que tais espécies não são as únicas formas possíveis de se constituir uma família, eis que não constitui um rol *numerus clausus* de espécies de núcleos familiares. Paulo Lôbo sustenta que, ao se suprimir a locução “constituída pelo casamento”, presente no artigo 175 da Constituição de 1967/1969, sem se substituí-la por qualquer outra, é posta sob a tutela constitucional a “família”, isto é, qualquer família constituída socialmente. Assim, a cláusula de exclusão desapareceu. Ainda, aduz o autor que não se pode proceder à interpretação de uma norma ampla para restringir direitos, bem como que, se forem possíveis dois sentidos de entendimento, um que inclui e outro que exclui, deve-se escolher o que melhor realize o princípio da dignidade humana, não se atendo o intérprete somente aos tipos de entidades familiares expressos na Constituição.¹⁹

Compreende-se, então, que o conceito de família é relativo,²⁰ renovando-se de acordo com as mudanças sociais, o que leva à percepção de que, para se evitar os preconceitos em virtude das modificações no modo de vida das pessoas, sobretudo no âmbito familiar, local primeiro de liberdade do indivíduo, necessário é ter o princípio da dignidade humana como norteador da leitura dos casos que se

¹⁸ ANDRADE, Fernando Dias. Poder Familiar e Afeto numa Perspectiva Espinosana. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 372.

¹⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82-83.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

apresentam para o intérprete do Direito. Guiando-se por tal princípio, com o entendimento de que as normas constitucionais devem ser diretamente aplicadas às relações privadas, será mais raro o cometimento de injustiças.

As leis não são feitas para perdurarem eternamente, mas apenas enquanto os valores da sociedade assim determinarem. Em outras palavras, é o Direito em movimento, à luz da dignidade humana, e a existência de normas abertas para contemplarem as mais diversas situações que promoverão a igualdade material entre os filhos, possibilitando o reconhecimento jurídico daquelas situações de fato englobadas pela ideia da paternidade socioafetiva.

3 ASPECTOS RELACIONADOS À PATERNIDADE E FILIAÇÃO

3.1 A IGUALDADE ENTRE FILHOS

O Código Civil de 1916 associava ao casamento a noção de legitimidade dos filhos, considerando como ilegítimos os nascidos fora do matrimônio. Sendo o casamento a base única a dar origem à família dita legítima, a filiação era seu corolário natural, submetida aos princípios e fins fixados pelo ordenamento jurídico àquele instituto.²¹

A situação jurídica dos filhos era determinada pela dos pais, uma vez que para se adquirir o status de filho, a origem da criança deveria ser o matrimônio de seus genitores, podendo ser posteriormente “legitimado” caso seus pais viessem a se casar, desde que inexistente impedimento para tal.

Heloísa Helena Barboza resume bem a situação que existia sob a égide do Código Civil anterior ao afirmar que a paternidade era “ficta, jurídica, estabelecida e mantida em nome da paz doméstica”.²²

Em síntese, pode-se dizer que,

Quanto à filiação, a ordem jurídica espelhada no Código Civil de 1916 repousava na discriminação da filiação, conforme provinha de casamento legítimo ou não, favorecendo os filhos legítimos, discriminações típicas do modelo familiar do seu tempo. Nesta época, a família, denominada por 'família clássica', se caracterizava por ser uma família matrimonializada, em que os filhos eram somente aqueles concebidos na constância do casamento, extremamente patriarcal e hierarquizada (...).²³

Paulatinamente, os filhos havidos em relações extramatrimoniais passaram a poder ser reconhecidos. A Lei n. 883 de 1949 admitiu o reconhecimento de filhos

²¹ BARBOZA, Heloísa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 135.

²² BARBOZA, Heloísa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 136.

²³ FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. A Filiação Adotiva na Família Contemporânea Brasileira e a Construção da Afetividade. In: Eroulths Cortiano Junior (Coord.). *Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 213.

adulterinos, por qualquer dos cônjuges, desde que após a dissolução da sociedade conjugal. A Lei do Divórcio, por sua vez, permitiu o reconhecimento na constância do casamento, através de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho. Essa lei, além de permitir o reconhecimento do filho adulterino, estendeu os efeitos civis do casamento incestuoso, em caso de anulação, aos filhos comuns. Ainda, a Lei n. 7.250 de 1984 admitiu o reconhecimento do filho adulterino pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos.

Também contribuíram para esse novo modo de compreender a filiação as Leis n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e n. 8.560/92 (Lei de Averiguação Oficiosa da Paternidade). Esta última permitiu que o Ministério Público pudesse apresentar ações investigatórias de paternidade.

Todavia, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que ocorreu o fim do tratamento legal discriminatório aos filhos, que deixaram de sofrer sanções pelas escolhas dos pais.

Da leitura do artigo 227, parágrafo 6º, da Carta Magna, percebe-se a inovação trazida pelo texto constitucional acerca da matéria, ao estabelecer a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem, nas seguintes palavras: “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”.

De acordo com Luiz Edson Fachin, “Do resguardo absoluto da vida íntima da família legítima, passou-se a dar vez ao direito que deve assistir ao filho, qualquer que seja o estado em que foi concebido”.²⁴

Pode-se afirmar, por conseguinte, que “a paternidade é um direito, eis que se ela se põe *ipso facto* no âmbito do casamento, de igual sorte deve se colocar fora do matrimônio”.²⁵

O texto constitucional, ao estabelecer a igualdade da filiação, proibiu a discriminação em razão da origem dos filhos. Por consequência, a classificação preconceituosa acerca dos filhos em legítimos e ilegítimos, estes compreendidos entre os naturais e os espúrios (adulterinos ou incestuosos) não tem mais lugar no

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. A Nova Filiação – Crise e Superação do Estabelecimento da Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 129.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. A Nova Filiação – Crise e Superação do Estabelecimento da Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 131-132.

Direito de Família Contemporâneo, pautado sobre o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Além do dispositivo constitucional, o artigo 1.596 do Código Civil de 2002 também afirma a igualdade entre os filhos, com palavras semelhantes às utilizadas pelo Constituinte: “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”.

3.2 PATERNIDADE JURÍDICA E BIOLÓGICA

O legislador de 1916 deixou de lado a paternidade natural e se preocupou com a preservação da paz doméstica. Por essa razão atribuiu excessiva importância à presunção de paternidade, ao contrário da maternidade, que era certa, por ser comprovada visualmente.²⁶

O princípio *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant* acabou gerando a “paternidade jurídica”, frequentemente desvinculada da realidade biológica da criança. De modo simplificado, isso significa que o pai do filho era o marido da mãe.²⁷

O artigo 338 do Código Civil de 1916 continha a seguinte redação:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:
I – Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339).
II – Os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite, ou anulação.

²⁶ BARBOZA, Heloísa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 135-136.

²⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 451.

Assim, além da presunção de paternidade, havia a presunção de concepção,²⁸ sendo considerados legítimos os filhos nascidos naqueles prazos e condições do referido artigo.

Mantendo a ideia de presunção e acrescentando a hipótese de reprodução assistida, o artigo 1.597 do atual Código Civil dispõe que:

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.

O artigo 1.598 do Código Civil de 2002, por sua vez, estabelece que:

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

A inovação desse dispositivo consistiu na expressão “salvo prova em contrário”, pois permitiu que o segundo marido da viúva pudesse demonstrar em juízo ser pai do filho dela.²⁹

A presunção disposta nos artigos supra mencionados não é absoluta, podendo ser afastada mediante prova em contrário do segundo marido, portanto, especialmente através do exame de DNA.

Por outro lado, a contestação de paternidade está vinculada a três circunstâncias: impotência absoluta (*generandi*) do marido (artigo 1.599 do Código Civil); inexistência de relações sexuais no período da concepção; e separação judicial ou de fato dos cônjuges no período da concepção.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 38.

²⁹ GUIMARÃES, Luíz Paulo Cotrim. A presunção da paternidade no casamento e na união estável. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 366-367.

Nas palavras de Luís Paulo Cotrim Guimarães, “Por ocasião da edição do atual Código Civil, a ciência biomédica não havia atingido índices seguros de comprovação do vínculo biológico de paternidade, conformando-se a ciência jurídica com uma paternidade calcada na “moral familiar”, que era a *paternidade jurídica*, independentemente de quem tivesse contribuído com o material genético”.³⁰

O artigo 1.600 dispõe que não basta o adultério da mulher, à época da concepção, para ilidir a presunção legal da paternidade. De acordo com Paulo Lôbo:

A norma do Código Civil anterior, que o atual reproduz, malgrado utilizar da negativa, partia do princípio da discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, no sentido de impedir que se atribuisse filiação ilegítima à mulher casada que adulterasse. Impunha-se ao marido uma paternidade eventualmente indesejada, para evitar o sinete da ilegitimidade. Como se vê, interessava mais a reputação e a aparência do que a real comunhão afetiva, que desconsidera a qualificação ou a origem do filho. A norma atual muda o foco para a preservação da paternidade, assentada no estado de filiação, ainda que tenha derivado de adultério da mulher.³¹

Haja vista que a sociedade atual não mais concebe o adultério como antigamente e a conquista da igualdade jurídica entre filhos, nascidos ou não no seio da conjugalidade, a norma atual do Código Civil, prevista no artigo 1.600, entende que a presunção da paternidade do marido não é afastada simplesmente pelo fato de a mulher ter tido relações sexuais fora do casamento.

Nesse sentido, o artigo 1.601 confere ao marido o direito de contestar a paternidade do filho de sua esposa, não podendo o pai biológico se insurgir caso o marido não tenha proposto a impugnação da paternidade. Ainda é preciso a prova da não existência de relações sexuais com a mulher à época da concepção.

Para evitar que represálias ocorridas após a dissolução do vínculo afetivo entre o casal atinjam a relação de filiação, não pode a mãe promover a desconstituição da paternidade em prejuízo do filho.

Com o passar dos tempos e o evoluir das novas tecnologias, a estrutura existente de presunções foi abalada pelo surgimento das formas de reprodução assistida e pelo avanço das técnicas de exames de DNA.

Segundo Heloísa Helena Barboza,

³⁰ GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. A presunção da paternidade no casamento e na união estável. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 367.

³¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 243.

No momento em que se conseguiu um meio científico de determinação da paternidade com quase absoluta precisão, impositivo foi admitir a denominada “paternidade biológica”. Vencido fora o jogo de presunções que predominava nas investigações de paternidade, à medida que as provas técnicas, até então existentes, não eram definitivas para o estabelecimento da paternidade.³²

A reprodução assistida, por outro lado, trouxe inúmeros questionamentos, principalmente quando o material genético utilizado para a fecundação é oriundo de doador, seja homem ou mulher. Da mesma forma, as dúvidas surgiram com relação às mulheres que gestaram filhos de outrem, as quais, apesar de dar à luz as crianças, não seriam suas mães.

Anteriormente ao DNA, o juiz analisava diversos meios de provas para decidir, por sentença, a paternidade em ação investigatória. Além da análise de grupos sanguíneos, que pouco significava diante da existência de milhões de indivíduos com o mesmo tipo de sangue, existiam outros indícios no processo, como a posse de estado de filho, o concubinato da mãe com o suposto pai, coincidência da época da concepção com as relações sexuais entre a mãe e o investigado, e quaisquer outras provas que pudessem comprovar a paternidade.

Para Zeno Veloso,

Toda uma construção jurisprudencial e doutrinária, velha de muitos séculos, tinha por base a circunstância de que a paternidade era um mistério impenetrável, um verdadeiro enigma, um fato que não podia ser provado com absoluta certeza. Até que o avanço científico, o progresso tecnológico, veio abalar todas estas concepções. A invenção do teste de DNA (ácido desoxirribonucléico) significou um avanço formidável, permitindo tanto a inclusão quanto a exclusão da paternidade com confiabilidade superior a 99,9999%.³³

Haja vista que o exame de DNA passou a determinar com alta precisão as relações de parentesco, tem-se considerado a verdade biológica como irrefutável.³⁴ Os demais meios probatórios, como testemunhos, indícios, presunções, são vistos

³² BARBOZA, Heloísa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 137.

³³ VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *A Família na Travessia do Milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 195.

³⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 455.

como extremamente frágeis em face da prova absoluta proporcionada pela ciência. Assim, aos poucos chegou-se à sacralização do DNA.³⁵

Entretanto, apesar de sua significativa importância, o teste de DNA é mais uma prova, não podendo ser absolutizada a ponto de ocasionar a desconsideração das demais. Do contrário, o livre convencimento do magistrado seria substituído pela prévia tarifação das provas, em que o DNA estaria no posto mais alto.

Deve-se entender que o laudo pericial não pode substituir a sentença do juiz, a ser baseada não apenas em uma das provas do processo, mas em todo o arsenal probatório disponível. Seria injusto substituir o *pater is est quem nuptiae demonstrant* pelo *pater is est quem sanguis demonstrant*.³⁶

A filiação é muito mais abrangente e complexa do que o parentesco biológico. Ainda que este esteja presente, não necessariamente existe a relação de paternidade e filiação, que envolve sentimentos de ordem afetiva e social.

Cumprir lembrar que os laços genéticos podem inexistir e ainda assim haver a paternidade, diante do relacionamento fático, construído pela socioafetividade entre pai e filho.

Assim sendo, as presunções ainda constantes do Código Civil contribuem para o reconhecimento dos vínculos afetivos formados entre o filho e aquele considerado seu pai, já que, de acordo com o artigo 1.601, nem mesmo o filho poderá impugnar a paternidade, apenas o marido da mãe. Conclui-se, portanto, que

A norma, assim lida em conformidade com a Constituição, desloca a paternidade da origem genética para a paternidade socioafetiva. A Constituição abandonou a primazia à paternidade biológica – que dominou o direito de família brasileiro anterior –, quando conferiu igualdade aos filhos de qualquer origem e quando suprimiu a discriminação entre família legítima e ilegítima, base da antiga legislação sobre paternidade e filiação.³⁷

O atual diploma civilístico optou pela imprescritibilidade das ações de estado. Entretanto, a impugnação pelo marido da mãe não pode ser baseada apenas na prova genética. Há que ser provada também a não existência de socioafetividade em decorrência da inexistência do laço biológico. Do contrário, “estar-se-ia negando

³⁵ VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *A Família na Travessia do Milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 197.

³⁶ VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *A Família na Travessia do Milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 199.

³⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 244-245.

a norma constitucional de proteção da família, para atender a impulsos, alterações de sentimentos ou decisões arbitrárias do pai.”³⁸

Se foi o declarante perante o registro de nascimento, para poder impugnar a paternidade que ele próprio declarou, necessário comprovar que agiu induzido em erro, por dolo ou coação, tendo em vista a proibição do *venire contra factum proprium*.

3.3 POSSE DE ESTADO DE FILHO

A posse de estado de filiação se dá quando alguém arrume o papel de filho em face da pessoa ou das pessoas que assumem o papel de pai ou de pais em face daquele, havendo ou não vínculos biológicos entre eles.

A posse de estado de filiação refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal (...) A filiação pode ser provada se inexistente ou desconhecido o registro público, quando se constituir e se estabilizar na convivência familiar.³⁹

No sistema do Código Civil anterior, a posse de estado de filho era permitida apenas se os pais fossem casados, em virtude da chamada filiação legítima. Entretanto, pela redação do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, é possível o reconhecimento da posse de estado de filiação no âmbito de uniões estáveis e de famílias monoparentais.⁴⁰

Pode-se dizer que atualmente a prova da filiação se dá pela certidão de nascimento ou por uma situação de fato, contrariamente ao direito anterior, que admitia o estado de filiação somente quando os pais fossem casados.⁴¹

No que tange à situação de fato, importante ressaltar que a doutrina considera haver o estado de filiação quando há *tratactus, nomen e fama*.

³⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 247.

³⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 236.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 510.

⁴¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237.

O *tratactus* está presente quando a pessoa é tratada pelos pais como filha e, por sua vez, trata-os como se fossem seus pais. O *nomen* ou *nominatio* é o portar o nome de família dos pais. E a *fama* ou *reputatio* é a imagem ou reputação no meio social, ou seja, é reconhecida pela comunidade e pelas autoridades como filha daqueles pais.⁴²

Salienta-se que tais características não precisam estar presentes simultaneamente, devendo o estado de filiação prevalecer em caso de dúvida.

A posse do estado de filho possibilita a tutela dos “filhos de criação”, tão conhecidos no meio social do povo brasileiro, pelo grande número de pessoas que foram criadas por outras, com as quais não possuíam parentesco genético, após a morte dos pais, em caso de dificuldades financeiras ou por terem nascido no meio rural e irem morar com outra família para estudar.

Nas sábias palavras de Luiz Edson Fachin,

Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação socioafetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.⁴³

É claro que após o reconhecimento da posse de estado de filiação não pode este ser contestado em ação de investigação de paternidade fundada em prova de DNA.⁴⁴ O prevalecimento do vínculo genético sobre outras formas de filiação não tem mais lugar no ordenamento jurídico.

Em suma, pode-se dizer que,

Com o desaparecimento da legitimidade e a expansão do conceito de estado de filiação para abrigar os filhos de qualquer origem, em igualdade de direitos (adoção, inseminação artificial heteróloga, posse de estado de filiação), o novo paradigma é incompatível com o predomínio da realidade biológica. Insista-se, o paradigma atual distingue paternidade e genética.⁴⁵

A ação de estado de filiação não prescreve nem decai.

⁴² FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 128.

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 169.

⁴⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 238.

⁴⁵ LÔBO, Paulo. Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula nº 301/STJ. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 799.

Depois da demonstração em juízo, a filiação será regularizada junto ao registro de nascimento.

Nesse aspecto, destaca-se que a legitimidade para a propositura da demanda é do filho, constituindo um direito personalíssimo, não podendo sua vontade ser substituída ou suprida por outra pessoa, nem atribuída compulsoriamente por decisão judicial.

Em caso de filho menor de idade, seu representante legal – geralmente a mãe – poderá propor a demanda. Contudo, a legitimidade do Ministério Público para a ação de investigação de paternidade não se estende para a de prova da filiação.

4 AFETIVIDADE, MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E PATERNIDADE

4.1 AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

Primeiramente, impende lembrar que a Constituição Federal de 1988 é composta por princípios e regras. Estas indicam suporte fático hipotético mais determinado e fechado e são aplicáveis mediante a tradicional subsunção. Aqueles, por sua vez, indicam suporte fático hipotético indeterminado e aberto, cuja incidência depende do intérprete, a quem caberá dar a solução em caso de aparente antinomia, através da ponderação, decidindo qual deve prevalecer no caso concreto quando ocorrer colisão entre dois ou mais princípios.⁴⁶

Como se vê, os princípios não oferecem solução única (tudo ou nada), segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.⁴⁷

Tendo em vista que a pessoa passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, após a chamada repersonalização do direito civil, o papel de cada indivíduo no núcleo familiar, consoante já salientado, também modificou-se, na medida em que a família deve contribuir para a realização pessoal de seus membros e não mais servir como instituição com função econômica, religiosa e social.⁴⁸

A Carta Magna estabeleceu no artigo 3º, inciso I, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária*.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57-58.

⁴⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

⁴⁸ CALDERON, Ricardo Lucas. Famílias: afetividade e contemporaneidade – para além dos Códigos. In: Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Orgs.). *Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 266.

Nesse sentido, o princípio da solidariedade foi previsto constitucionalmente e acarretou uma transformação na própria lógica do direito civil, já que o individualismo acabou superado para dar lugar à pessoa em uma concepção mais social, mais solidária.⁴⁹

Diz-se que tal princípio atravessa todos os ramos do direito e não apenas as relações familiares. Entretanto, neste aspecto

A repersonalização do direito de família no Brasil deve refletir a aplicação do princípio da solidariedade, de modo a não corresponder a uma retomada do individualismo, já que envolve claramente um conjunto de pessoas (e não mais o indivíduo de modo isolado).⁵⁰

Além da previsão do artigo 3º, inciso I, da Constituição, no capítulo destinado à família a solidariedade também está presente, no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família, de proteção à criança e ao adolescente, de acordo com o artigo 227, e ao idoso, conforme o artigo 230.⁵¹

Algumas normas do Código Civil contêm o princípio da solidariedade implícito. É o caso do artigo 1.513, que tutela “a comunhão de vida instituída pela família”; do artigo 1.567, no qual consta a colaboração dos cônjuges na direção da família; do artigo 1.566, que prevê a mútua assistência moral e material entre eles; e do artigo 1.694, do qual se conclui que o dever de prestação de alimentos entre parentes, cônjuges ou companheiros decorre da solidariedade entre indivíduos familiarmente vinculados.

Para Paulo Lôbo,

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.⁵²

No âmbito do direito de família, o princípio da afetividade se originou da solidariedade e serve de fundamento para as relações socioafetivas, importando a

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 255.

⁵⁰ CALDERON, Ricardo Lucas. Famílias: afetividade e contemporaneidade – para além dos Códigos. In: Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Orgs.). *Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 273.

⁵¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

⁵² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

comunhão de vida entre os membros da entidade familiar e não o caráter patrimonial ou biológico de seus vínculos.

Inicialmente foi reconhecido o afeto como valor de natureza constitucional, como sintetizou Luiz Edson Fachin ao afirmar que

(...) a Constituição de 1988, ao vedar o tratamento discriminatório de filhos, a partir dos princípios da igualdade e inocência, veio a consolidar o afeto como elemento de maior importância no que tange ao estabelecimento da paternidade. Foi para a Constituição o que já estava reconhecido na doutrina, na lei especial e na jurisprudência.⁵³

A afetividade é a especialização no direito de família dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, norteadores das relações familiares baseadas na convivência familiar, na igualdade entre cônjuges ou companheiros e entre filhos, sejam biológicos ou não. É o afeto a razão para as pessoas se unirem e decidirem viver em comunhão de vida, contrariamente a interesses patrimoniais, sociais ou religiosos que uniam as famílias de outrora.

Consoante já referido, ao longo do tempo a maneira de constituição de vínculos foi se alterando,

Esquematzava-se com traços marcantes a nova família, a família nuclear, que tende a se manter invulnerável até o final do século. Perdia a grande família, deslocava-se, para a sociedade conjugal, a primazia exercida pelo parentesco. Ganhava o casal, perdia, definitivamente, a família tronco. Perdia-se em quantidade de membros, ganhava-se na qualidade de afeto entre o reduzido círculo da família conjugal.⁵⁴

Pode-se dizer que a forma de relacionamento entre os membros do grupo familiar modificou, passando a ser mais igualitária e sentimental, com menor interferência da religião e do meio social.

A proximidade das pessoas, bem como o reconhecimento de sua subjetividade, aliados ao aumento da igualdade e da liberdade no interior da família, contribuíram para que as relações se fundamentassem muito mais na afeição do que em critérios institucionais.⁵⁵

⁵³ FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil. *Apud* CALDERON, Ricardo Lucas. Famílias: afetividade e contemporaneidade – para além dos Códigos. In: Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Orgs.). *Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 274.

⁵⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 337.

⁵⁵ CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 203.

Para Eduardo de Oliveira Leite,

A segunda metade do século XX verá triunfar, definitivamente, o amor sobre qualquer consideração de ordem prática ou utilitária (...). Com o triunfo do sentimento, o casal moderno se liberta de toda pressão do meio social, da família, da comunidade (...). Restringindo-se o nível de relacionamento ao pai, mãe e filhos, aumentava-se proporcionalmente o estreitamento dos laços afetivos.⁵⁶

Embora no presente trabalho o foco esteja na afetividade presente na filiação socioafetiva, o fato é que ela passou a ter importância nas questões familiares de modo geral, inclusive na família constituída pelo matrimônio e nas relações de parentalidade decorrentes do vínculo biológico ou jurídico.

Esse aspecto foi bem mencionado por Ricardo Lucas Calderón, segundo o qual,

A afetividade assumiu paulatinamente importância crescente nas questões familiares, eis que mesmo na família tradicional (biológica e matrimonial) acabou por ser considerada como digna de atenção e exercício efetivo. Em outros relacionamentos figurou como único elo a sustentá-los. É possível afirmar que os relacionamentos interpessoais, de modo geral, restaram a partir de então, de alguma forma, influenciados pela indelével marca da afetividade.⁵⁷

É claro que, por exemplo, no caso das uniões não formadas pelo casamento, na época em que o divórcio era vedado, bem como na filiação decorrente da socioafetividade, o liame afetivo era o único existente a sustentar o relacionamento.

Sobretudo com a tomada de lugar da família tradicional pela nuclear, pode-se falar até em uma função afetiva, já que a preocupação passou a ser com a realização pessoal de cada membro. Nesse sentido, denota-se que

Certamente remanesceram em grande parte relações sustentadas por aspectos biológicos, matrimoniais ou registraes, muitas vezes cumuladas com o liame afetivo, de modo que não se fala em qualquer substituição de um vínculo por outro. (...) Por outro lado, acabou por se mostrar inegável que um outro número expressivo de relações era efetivamente sustentado apenas pelo vínculo afetivo.⁵⁸

⁵⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 338.

⁵⁷ CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 204.

⁵⁸ CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 208.

Consequentemente, afirma Silvana Maria Carbonera que “as pessoas que desejavam reconstruir suas vidas por meio de uma nova família fizeram-no, mesmo que o ordenamento jurídico não abrigasse claramente tal vontade”.⁵⁹

Diante das modificações axiológicas e sociais, não restou alternativa ao Direito a não ser passar, embora pouco a pouco, a conferir tutela jurídica às outras formas de relacionamento diversas do matrimônio, haja vista que

Buscando a realização pessoal, o ordenamento foi posto em segundo plano e os sujeitos se impuseram como prioridade. Formaram-se novas famílias, marginais e excluídas do mundo jurídico, mas ainda assim se formaram. A verdade social não se ateve à verdade jurídica e os fatos afrontaram e transformaram o Direito.⁶⁰

Com a mudança nos valores e comportamentos sociais, a Constituição de 1988 veio para conceder amparo jurídico às entidades familiares não formadas pelo casamento e trouxe em seu bojo princípios extremamente relevantes para a construção de novos modelos de família, tais como o princípio da solidariedade, igualdade, liberdade e dignidade.

Os valores acolhidos pelo texto constitucional permitiram perceber a afetividade implícita em suas disposições, uma vez que muitas delas visaram, em *ultima ratio*, tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção.⁶¹

Entende-se que na Carta Magna estão presentes os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, implícito no texto constitucional, que são: a igualdade entre filhos, prevista no artigo 227, parágrafo 6º; a adoção colocada com igualdade de direitos, de acordo com os parágrafos 5º e 6º; a previsão da família monoparental com a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida, segundo o parágrafo 4º; a prioridade da convivência familiar à criança e ao adolescente, nos termos do artigo 227.

Todavia, cumpre ressaltar que a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, pois aquela pode subsistir mesmo ante a inexistência deste e

⁵⁹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 494.

⁶⁰ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 496.

⁶¹ CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 240.

só desaparece com a morte de um dos sujeitos envolvidos. A afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que não possuam afeto entre si.

É o que destaca Paulo Lôbo ao aduzir que

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar.⁶²

Para o autor, o artigo 1.593 do Código Civil contém regra geral fundamentada pelo princípio da afetividade, pois estabelece que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, da qual se extrai a conclusão de que a paternidade biológica não pode ser a única a ser considerada, na medida em que qualquer vínculo de filiação deve ser tratado com a mesma dignidade e regido pelo princípio da afetividade.

Além dessa interpretação do dispositivo civilista, ao fazer uma leitura do Código a partir da Constituição e de seus princípios, não há dúvidas de que o princípio da afetividade, ainda que implícito, está presente no sistema jurídico brasileiro, mesmo porque a Lei n. 11.698/2008, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584, previu no inciso I do parágrafo 2º do artigo 1.583 que a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e mais aptidão para propiciar aos filhos *afeto* nas relações com o genitor e o grupo familiar.

Tal inovação demonstra que a afetividade está presente no ordenamento pátrio, já que o legislador a considera para definir de quem será a guarda dos filhos, o que demonstra sua relevância.⁶³

Nesse sentido, o princípio pode ser aplicado em diferentes situações no Direito de Família, sob o viés da solidariedade, da cooperação, da concepção eudemonista; na funcionalização da família para realizar a personalidade de seus membros; na reprodução humana assistida; quando ocorrer colisão entre direitos

⁶² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

⁶³ CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 251.

fundamentais; para a primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não.

Em suma,

Sua aceitação como princípio jurídico indica sua assimilação quando da análise de todo o ordenamento infraconstitucional. O conceito de família, a definição do que se entende por entidade familiar, o reconhecimento da relação paterno/materno-filial, os institutos da guarda e da visitação, os critérios para estipulação de famílias substitutas, os casos de dever alimentar, enfim, todas as categorias de direito de família serão afetadas pelo princípio da afetividade.⁶⁴

De acordo com Ricardo Calderón, o princípio da afetividade possui dupla face, consistindo a primeira naquela voltada para as pessoas que já possuem algum vínculo familiar estabelecido e reconhecido pelo sistema. Assim, para elas o princípio reflete a *face de dever jurídico*. Por sua vez, a segunda face é direcionada àqueles que não possuem vínculo familiar reconhecido pelo Direito, motivo pelo qual reflete a *face geradora de vínculo familiar*, englobando a noção de posse de estado, seja de filho ou de cônjuge ou companheiro.

Ou seja, para as pessoas que não possuam qualquer relação de parentalidade ou de conjugalidade estabelecida prevalecerá, inicialmente, a face geradora de vínculo familiar do princípio da afetividade, pela qual se verificará se as relações fáticas subjacentes àquela relação são suficientes para caracterizar um liame jurídico (...).⁶⁵

É claro que, após o reconhecimento de uma relação parental pela incidência da face geradora do vínculo familiar, surgirá para os envolvidos o dever jurídico da afetividade, tais como o dever de cuidado, de prestação de alimentos, de providenciar educação, etc.

Conforme já salientado, para a concessão de efeitos jurídicos não importa o sentimento que a pessoa nutra por aquela outra, já que a existência do sentimento de afeto é estranha ao Direito, mas sim os atos praticados ao longo do tempo em determinadas situações. Nesse sentido, sendo possível falar em um princípio da afetividade objetiva, conclui-se, por exemplo, que,

⁶⁴ CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 241-242.

⁶⁵ CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 310-311.

(...) caso determinada pessoa crie um filho como seu durante vários anos, dando-lhe educação, alimentação, cuidado, suporte físico-psíquico e se apresente como pai publicamente, poderá ver declarada uma paternidade socioafetiva (...). Note-se que não se questiona se o declarado pai tem intimamente afeto pela criança ou não (é possível até que não o tenha, ou que esse sentimento varie com o tempo, mas isso não é relevante para o direito) (...).⁶⁶

Nesse momento, a questão que surge diz respeito às características que teriam que estar presentes para se chegar ao reconhecimento da presença da afetividade objetiva. Entretanto, não existem respostas prévias, pois as situações são complexas e diferentes entre si, determinando que os intérpretes analisem cada caso concreto específico para então concluir pela presença ou não de uma relação afetiva.

Impende destacar que a afetividade deve ser vista sob a perspectiva de princípio jurídico, como um mandamento de otimização, podendo ter maior ou menor eficácia e aplicação dependendo da situação sob análise. Tal maneira de trabalhar é a mais indicada para se encontrar a solução mais justa para os envolvidos, haja vista que os princípios permitem sua adequação de acordo com a relação concreta.

4.2 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do *best interest of the child* é oriundo da ideia de que o Estado poderia exercer sua autoridade sobre a criança que pratica algum ato contra a lei, na ausência ou incapacidade de seus pais de proverem a necessária assistência ao filho. Os Estados Unidos adotaram a filosofia do *parens patriae*, que autoriza a exclusão ou suspensão do poder familiar quando um menor se comporta contrariamente à lei, cabendo ao Estado assumir um papel de orientação paternal, decidindo questões concernentes à custódia do infante, podendo, inclusive, determinar seu aprisionamento para receber os “cuidados” necessários.⁶⁷

⁶⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 312.

⁶⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do best interest of the child na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 411.

É sabido que, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a vigorar no Brasil *a doutrina jurídica da proteção integral*, de acordo com a qual as crianças e os adolescentes merecem proteção, em qualquer situação, e seus direitos devem ser garantidos. Como sujeitos de direitos, além daqueles comuns aos adultos, são titulares de direitos especiais, por se tratarem de pessoas em desenvolvimento, cabendo à família, à sociedade e ao Estado zelarem por eles.⁶⁸

Nas palavras de Pedro Caetano de Carvalho,

O Estatuto assegurou às crianças e aos adolescentes os mesmos 'Direitos Humanos' garantidos aos adultos. Evoluiu do chamado 'direito do menor', em que eram tratados como 'objeto de direito', para elevá-los a 'sujeitos de direitos'.⁶⁹

Os artigos 5º e 6º do ECA proporcionam, de certa forma, uma melhor compreensão do princípio do melhor interesse da criança, ao disporem que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (ECA, artigo 5º) e que, na interpretação da Lei n. 8.069/90, levar-se-á em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (ECA, artigo 6º, parte final).

Tânia da Silva Pereira lembra que o princípio do melhor interesse consta da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989, que foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90.⁷⁰

O referido princípio obriga diversas autoridades, inclusive instituições privadas, a considerar os interesses dos infantes no exercício de suas atribuições, e “cumpre uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infanto-adolescência, ao mesmo tempo que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância”. Pode-se dizer

⁶⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 16.

⁶⁹ CARVALHO, Pedro Caetano de. A Família e o Município. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 189.

⁷⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21-22.

que é, ainda, um “princípio jurídico garantista” e deve assegurar a efetividade dos direitos subjetivos.⁷¹

Luiz Edson Fachin sintetiza o princípio do melhor interesse da criança como “critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma”.⁷²

Para Heloísa Helena Barboza,

a doutrina da proteção integral (...) não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico, como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal.⁷³

Assim, o reconhecimento da filiação socioafetiva deve ser guiado pelo princípio do melhor interesse da criança, que é protagonista na atualidade, contrariamente ao que se concebia até pouco tempo, de que os interesses dos pais é que deveriam prevalecer, sendo a criança mero objeto das decisões daqueles.

É por isso que Luiz Edson Fachin afirma que,

Da família matrimonializada por contrato chegou-se à família informal, precisamente porque afeto não é um dever e a coabitação uma opção, um ato de liberdade. Da margem ao centro: os interesses dos filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, restam prioritariamente considerados.⁷⁴

Hoje se entende que o melhor interesse da criança deve servir para a interpretação de conflitos entre princípios, devendo ser priorizado, mas cabendo ao intérprete ponderar e decidir qual deve prevalecer no caso concreto, em caso de colisão.

⁷¹ MENDEZ, Emílio Garcia e BELOFF, Mary. *Apud* PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21-22.

⁷² FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 125.

⁷³ BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 115.

⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. A Nova Filiação – Crise e Superação do Estabelecimento da Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 133.

O fundamento essencial do referido princípio está no artigo 227 da Carta Magna, que dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente, todos os direitos enunciados.⁷⁵

Ressalta Paulo Lôbo que “O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”.⁷⁶

Para Heloísa Helena Barboza, a nova ordem constitucional estabeleceu dois princípios estruturais da nova filiação, a saber, o da igualdade entre filhos (artigo 227, parágrafo 6º) e o da proteção integral à criança e ao adolescente (artigo 227, *caput*), que passaram a ter direitos próprios e a serem vistos como pessoas em desenvolvimento.

Por conseguinte, de acordo com a autora, a plena adoção da doutrina da proteção integral possui como consequência imediata a admissão da paternidade socioafetiva, quando ausente o vínculo biológico.⁷⁷

4.3 O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Primeiramente, interessante mencionar que o termo socioafetividade significa fato jurídico refletor da manifestação social da afetividade. Ou seja, quando são publicamente externados elementos identificadores da afetividade, resta caracteriza a socioafetividade.⁷⁸

O Código Civil anterior estabelecia prazos curtos para a impugnação da paternidade pelo marido da mãe, com a finalidade de afirmar a presunção *pater is est* para tutelar a chamada família legítima. O Código de 2002, diferentemente, optou pela imprescritibilidade, prevendo que o marido da mãe poderá contestar a

⁷⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

⁷⁶ LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 516.

⁷⁷ BARBOZA, Heloísa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 140.

⁷⁸ CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 322.

paternidade a qualquer tempo, com fundamento na imprescritibilidade do estado das pessoas.

Contudo, entende-se que, embora imprescritível, a impugnação não poderá ser exercida se fundada apenas no argumento da origem genética. O marido da mãe terá que provar não ser o genitor e, por este motivo, não ter sido constituído o estado de filiação socioafetiva. No caso de ter ele mesmo realizado o registro, pela vedação de *venire contra factum proprium*, terá que comprovar ter agido em razão de erro, dolo ou coação.⁷⁹

Ao se permitir que a inexistência de vínculo biológico seja suficiente para a impugnação da paternidade, apesar de os laços afetivos terem sido firmados ao longo da vida, a norma constitucional que protege a família estaria sendo violada.

Ressalta-se que o genitor biológico não tem ação contra o pai socioafetivo que for o marido da mãe, pois somente este (pai socioafetivo) pode exercer a impugnação quando constatar não ter vínculo genético com o filho e isso gerar a ruptura da relação de paternidade e filiação. Apesar da diferença genética, se a afetividade e o melhor interesse da criança forem mais fortes, nem mesmo o marido da mãe poderá contestar a paternidade, sem violar o Código Civil e a Constituição.⁸⁰

Nesse aspecto, importante compreender que o reconhecimento de uma paternidade fundada na afetividade não significa mera concessão do direito a um laço de afeto, mas uma verdadeira forma de constituição de relação jurídica, fundamentada no vínculo afetivo, que pode ser em muitos casos o único capaz de propiciar à criança ou ao adolescente a realização de seus direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à saúde, à dignidade, à convivência familiar, dentre outros.⁸¹

Por conseguinte, conclui-se que a nova filiação é pautada por três pilares constitucionais, a saber: a plena igualdade entre os filhos, a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a proteção integral. Por isso diz-se que

(...) em nome do melhor interesse da criança, deve prevalecer a paternidade afetiva, em detrimento da biológica, sempre que se revelar

⁷⁹ LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 520.

⁸⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 248.

⁸¹ BARBOZA, Heloísa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 140.

como o meio mais adequado de realização dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, especialmente de um dos seus direitos fundamentais: o direito à convivência familiar.⁸²

Percebe-se que as verdades jurídica e biológica serviam ao sistema codificado, para tutelar mais a família como instituição e o modelo de legitimidade que existia. A verdade socioafetiva, ao contrário, coaduna-se com o modelo de família eudemonista, pautada no afeto e na valorização das pessoas que a compõem.⁸³ Assim, com a alteração na concepção do que vem a ser família, o reconhecimento da situação fática que se chama de paternidade socioafetiva faz-se necessário para tutelar aquelas situações não abrangidas pelas regras tradicionais do sistema codificado.

Nas palavras de Maria Christina de Almeida,

(...) chega-se à seguinte reflexão: diante da constatação histórico-social de que a paternidade não se esgota na visão reducionista do mero ato de geração, mas é constituída pelos laços afetivos e de solidariedade e pela influência do ambiente familiar – visto que os laços de afeto derivam da convivência, da proximidade, e não do sangue – os testes científicos não podem, e jamais poderão, alcançar a realidade que envolve os laços paternais e filiais.⁸⁴

Esse entendimento leva à conclusão de que, em face do caso concreto, deve o julgador, em havendo colisão entre a verdade genética e a socioafetiva, apurar qual delas contemplará o melhor interesse da criança ou do adolescente.⁸⁵

Nas decisões atuais não há mais justificativa para se conceder privilégios apenas em razão da existência do vínculo genético, sob pena de se cometer injustiças e até afastar a criança do convívio daquelas pessoas que atuam como seus pais, pelo contato diário, pela afetividade demonstrada publicamente, etc.

O sistema de presunções, que tinha por objetivo manter a família legítima e sua imagem perante o meio social, deixou lugar para as verdades ditadas pelos exames de DNA. Todavia, consoante mencionado anteriormente, não pode a origem

⁸² BARBOZA, Heloísa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 141.

⁸³ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 505.

⁸⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 456.

⁸⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

biológica ser vista como superior ao vínculo construído pela afetividade, pois estar-se-ia colocando em risco uma relação paterno-filial de origem não-biológica, a qual poderia ser a que melhor atendesse aos interesses da criança, princípio que deve nortear o julgador ao analisar questões atinentes à paternidade.

Salienta-se que a filiação socioafetiva não consiste em espécie que foi posteriormente acrescida no direito brasileiro. É, ao contrário, a própria natureza do atual paradigma da paternidade e filiação, haja vista que as relações são constituídas tendo o afeto como motivo e fim. Assim, pode-se dizer que toda paternidade é socioafetiva e que as espécies de paternidade são a biológica e a não-biológica.

É em virtude dessa concepção que o princípio do melhor interesse da criança deve ser observado ao se decidir qual verdade, biológica ou socioafetiva, deve prevalecer no caso concreto, a fim de melhor atender aos direitos da pessoa em formação.

De acordo com Paulo Lôbo,

O princípio inverte a ordem de prioridade: antes no conflito entre a filiação biológica e a não-biológica ou socioafetiva, resultante de posse de estado de filiação, a prática do direito tendia para a primeira, enxergando o interesse dos pais biológicos como determinantes e raramente contemplando os do filho. De certa forma, condizia com a ideia de poder dos pais sobre os filhos e da hegemonia da consanguinidade-legitimidade. Menos que sujeito, o filho era objeto da disputa. O princípio impõe a predominância do interesse do filho, que norteará o julgador, o qual, ante o caso concreto, decidirá se a realização pessoal do menor estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não-biológicos. De toda forma, deve ser ponderada a convivência familiar, constitutiva da posse do estado de filiação, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227 da Constituição Federal).⁸⁶

Quando se pensa em questões relacionadas ao reconhecimento da paternidade, é importante ter em mente que a tutela jurídica deve refletir a realidade social, isto é, ao Direito cabe conferir proteção à relação paterno-filial que foi construída ao longo do tempo, com base na afetividade e no exercício do papel de pai. Para se decidir com base no melhor interesse da criança é preciso não haver prevalência *a priori* da verdade biológica. Pelo contrário, se a situação fática

⁸⁶ LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 517.

demonstra que a paternidade é a socioafetiva, deve o julgador reconhecê-la e dotá-la de efeitos jurídicos.

Sem o intuito de esgotar o tema, amplo e complexo, pois envolve os sentimentos mais íntimos e significativos das pessoas, objetivou-se pontuar alguns aspectos relacionados ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, a partir da formação de laços de afetividade e da contemplação do melhor interesse das crianças e adolescentes, como forma de atender aos seus direitos fundamentais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, levando-se em consideração as alterações na concepção de família e no tratamento dado aos filhos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, intentou-se pontuar as mudanças sofridas pelo direito de família, a ponto de se alterarem as razões que levam as pessoas a constituir um núcleo familiar. Com os movimentos de constitucionalização do direito privado, de repersonalização das relações familiares e de descodificação do direito civil, as características da família brasileira e as formas de receberem tutela jurídica também se modificaram.

De uma família patriarcal, hierarquizada, matrimonializada, desigual e transpessoal passou-se para a família eudemonista, baseada no afeto, em que as pessoas podem buscar sua realização pessoal dentro do núcleo familiar, sem haver desigualdade entre homem e mulher ou entre filhos.

Deixou, portanto, de atender a fins econômicos, sociais, religiosos e morais, para atender aos interesses de seus membros, passando a merecer reconhecimento jurídico aquelas situações consideradas pelo sistema clássico do Código Civil de 1916 como ilegítimas.

As relações de fato que permaneceram por muitas décadas à margem do reconhecimento judicial ganharam proteção, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade entre filhos e entre entidades familiares.

Nesse sentido, procurou-se defender que a paternidade não é decidida pelas presunções do sistema anterior, nem pela existência ou não de laços genéticos entre os envolvidos. Pelo contrário, é a presença da afetividade que deve nortear o reconhecimento das relações.

Assim é que se pode dizer que a paternidade é biológica ou não-biológica, sem que haja hierarquia ou prevalência de uma delas, não importando a origem da relação paterno-filial, mas sim sua presença. Conseqüentemente, não pode a socioafetividade deixar de ser reconhecida apenas por não haver vínculo genético entre aquele que possui o estado de filiação e aquele que se comporta como seu pai.

É importante que nos casos concretos os julgadores considerem o melhor interesse da criança, uma vez que são os direitos e interesses dessas pessoas em

formação que devem ser considerados em caso de colisão entre a verdade biológica e a socioafetiva.

Para se tomar a decisão mais justa é imprescindível jamais esquecer que pai é aquele que cria, que dá afeto, que proporciona educação e ensina valores; é, quem, em suma, atua como suporte e exemplo para a pessoa em formação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ANDRADE, Fernando Dias. Poder Familiar e Afeto numa Perspectiva Espinosana. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BARBOZA, Heloísa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CALDERON, Ricardo Lucas. Famílias: afetividade e contemporaneidade – para além dos Códigos. In: Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARVALHO, Pedro Caetano de. A Família e o Município. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. A Nova Filiação – Crise e Superação do Estabelecimento da Paternidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Comentários ao novo Código Civil. *Apud* CALDERON, Ricardo Lucas. Famílias: afetividade e contemporaneidade – para além dos Códigos. In: Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Rosana. **Do parentesco e da filiação**. In: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. A Filiação Adotiva na Família Contemporânea Brasileira e a Construção da Afetividade. In: Eroulths Cortiano Junior (Coord.). **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2007.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GUIMARÃES, Luíz Paulo Cotrim. A presunção da paternidade no casamento e na união estável. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do best interest of the child na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. In: Tânia da Silva Pereira (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do Direito Civil**. Publicado no site www.mundojuridico.com.br em 05/01/2002, acessado em 30 de setembro de 2013.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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

_____. Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula nº 301/STJ. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Filiação e Homossexualidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MENDEZ, Emílio Garcia e BELOFF, Mary. *Apud* PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Publicado na Revista de Direito Civil n. 65.

_____. O princípio da solidariedade. In: Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **A Família na Travessia do Milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.