

A DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE: O AFETO SEMPRE SUPERA A VERDADE GENÉTICA?

Julia dos Santos Carneiro (IC) e Marco Antonio dos Anjos (Orientador)

Apoio: PIBIC CNPq

Resumo: A desbiologização da paternidade é a ideia de que tanto a paternidade quanto a maternidade podem se estabelecer pelo vínculo afetivo, pressupõe que não se deve apenas analisar a questão genética, deste modo, há uma valoração da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica. Nota-se que a aceitação de tal modalidade de paternidade acompanha a evolução histórica de família e parentesco. Neste momento, deve se observar que por ainda ser tema relativamente recente não há legislação que o regulamenta, o que gera diversas dúvidas sobre o efeito que a valoração da paternidade socioafetiva pode gerar, como casos de reconhecimento de dois pais ou duas mães. Assim, buscou-se saber se é preciso limitar a desbiologização, bem como entender se é possível ajuizar ação de investigação de paternidade afetiva. Nesta pesquisa foi feito o estudo da evolução da concepção de família, sobre como o princípio da afetividade influencia no Direito de família, observou-se que este deve ser considerado como o princípio norteador de tal ramo do direito, além disto foi feita a análise de doutrinas, artigos e jurisprudências acerca do tema. Deste modo concluiu-se que é preciso haver limites à desbiologização, estabelecendo-se requisitos para o reconhecimento da paternidade socioafetiva e sua prevalência, de modo a não se generalizar que o afeto sempre irá superar a verdade genética, e, por fim, observou-se que a investigação de paternidade socioafetiva é pedido juridicamente possível.

Palavras-chave: paternidade socioafetiva; desbiologização; princípio da afetividade.

Abstract: The no biological paternity is the idea that both paternity as motherhood can be established by bonding presupposes that it should not analyze only the genetic question, therefore there is an assessment of the socio-affective paternity at the expense of biological. It is noticed that the acceptance of this mode of paternity follows the historical evolution of family and kinship. At this point, it should be noted that by still relatively recent topic there is no legislation that regulates it, which creates many doubts about the effect that the assessment of the socio-affective paternity can generate, as cases of recognition of two fathers or two mothers. Thus, it sought to know whether to limit the no biological paternity and also understand if it is possible to judge lawsuit affective paternity investigation. This research was done to study the evolution of the concept of family, on the principle of affectivity influence on Family Law, noted that this should be regarded as the guiding principle of this branch of law, beside it was made analysis of doctrines, articles and law cases on the subject. Thus it was concluded that there must be limits to no biological

paternity, establishing requirements for the recognition of socio-affective paternity and its prevalence, so as not to generalize the affection will always overcome the true genetic, and finally observed that the investigation of socio-affective paternity is legally possible application.

Keywords: socio-affective paternity; no biological; principle of affectivity.

1.INTRODUÇÃO

A importância do estudo da desbiologização da paternidade é de relevância social, uma vez que tal instituto ganha cada vez mais espaço no mundo jurídico já que o conceito de família e filiação vem se ampliando, de modo que não são mais considerados parentes apenas aqueles que possuem vínculos sanguíneos, sendo a afetividade uma questão a ser observada. Nota-se que a família deixou de ser um núcleo econômico, perdeu a hierarquia patriarcal e tornou-se um espaço de amor e afeto.

Diante disso, nota-se que há certa insegurança diante da insciência dos efeitos e das consequências que o reconhecimento da afetividade como premissa para estabelecer o vínculo paterno pode trazer, uma vez que ainda não goza de proteção jurídica e é pouco conhecida, apesar de já se verificar diversos julgados valorizando o vínculo afetivo, estes apenas apontam a existência de tal modalidade de paternidade, mas não elencam quais as consequências da mesma.

No objeto deste estudo busca-se compreender qual a real importância do vínculo afetivo, pretende-se analisar se este deve sempre prevalecer sobre o biológico, bem como se as consequências jurídicas deste serão as mesmas.

Em outras palavras, busca-se entender se deve haver um limite para a desbiologização da paternidade, tendo em mente que a situação da época em que o vínculo afetivo se deu pode se modificar com o passar do tempo.

Assim, o presente procurou avaliar o impacto que a filiação socioafetiva pode gerar e buscou-se, ainda, entender se é possível reconhecer tal modalidade de parentalidade por meio judicial e se possível se seria o caso de propositura de ação de reconhecimento de paternidade.

2.REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Conceito de família e sua evolução

É preciso dizer que o instituto da família existe há muitos anos e se modifica conforme o passar deles. Sabe-se que inicialmente a família estava ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel e foi considerada assim por muito tempo. Conforme Maria Berenice Dias:

“A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo.” (DIAS, 2016, p.59)

Diante disto, percebe-se que se considerava família apenas aquelas que seguissem a descrição supracitada, sequer se aceitando outra formação. Nota-se, ainda, que primeiramente era um fenômeno somente sociológico, tornando-se, posteriormente, fenômeno jurídico e neste foi inserida exatamente a ideia patriarcal e hierarquizada de família; deixou as relações de afeto de lado e teve bastante influência de ideias religiosas e morais.

Assim, o Código Civil brasileiro de 1916 tratava da família de forma conservadora, ressaltava o poder paterno, a submissão da mulher e dos filhos, bem como determinava que o matrimônio deveria ser indissolúvel. A tese de doutorado de André Cleófas Uchôa Cavalcanti ensina que:

“A família legítima não era vista somente como um modelo legal, mas, acima de tudo, como um valor moral. Assim, a sociedade conjugal poderia apenas ser desfeita pela morte de um dos cônjuges, pela anulação do casamento ou pelo desquite (artigo 315). A ação de desquite, por sua vez, só poderia se fundar no adultério, na tentativa de morte, no caso de sevícia ou injúria grave ou no abandono do lar conjugal por mais de dois anos (artigo 317).” (CAVALCANTI, 2007, p. 65-66)

No mesmo sentido encontra-se a Constituição de 1934, a primeira a tratar da família. Desta forma, se vê o quanto não se considerava o amor e o afeto para a formação da família, sendo que os moldes dela eram extremamente conservadores, além de várias ideias discriminadoras, como a de que os desquitados teriam cometido condutas desonrosas. Outro ponto que pode se destacar é que se dividiam os filhos em legítimos e ilegítimos, sendo que estes últimos muitas vezes não podiam sequer ser reconhecidos.

Apenas em 1960 que a sociedade brasileira passou por mudanças, com isso as mulheres adquiriram mais direitos e liberdade, retirando aquela ideia do poder patriarcal e, então, outras modulações de relacionamento familiar foram aceitas, mas foi apenas em 1977 quando se implantou o divórcio e, conseqüentemente, se regularizou as relações havidas em decorrência dos desquites. Este foi o ponto de partida para a real evolução da família, neste momento que novos casamentos tiveram anuência para existir, e hoje com a Constituição de 1988 até a união estável é reconhecida, bem como existe inclusive resolução que permite o casamento homossexual.

Diante do exposto, percebe-se que a família mudou muito, de modo que algumas destas mudanças já encontram amparo jurídico, tanto na Constituição Federal de 1988, como no Código Civil de 2002, mas Maria Berenice Dias destaca que:

“A lei, como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés **conservador**. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca

consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito (DIAS, 2016, p. 33)”

Destarte, entende-se assim, que ainda que haja muitas mudanças na família e a legislação tente acompanhá-las, há situações que não estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso de que se trata a presente pesquisa. Compreende-se que com a evolução da família, hoje o afeto é um dos laços que a forma, mas não há posicionamento das consequências de se reconhecer o mesmo como premissa dos laços familiares.

Assim, de modo geral, antes considerava-se unidade familiar aquela baseada em caráter social, econômico e religioso, já na sociedade pós-moderna, época em que novas organizações familiares são criadas, tem-se que a família é formada da relação de companheirismo e afetividade advinda de um grupo de pessoas.

2.1 Princípio da afetividade

Há diversos princípios que orientam o direito de família, alguns estão escritos na legislação, enquanto outros são implícitos; além disto há princípios gerais, ou seja, que se enquadram em diversos ramos do direito, mas há também os especiais que derivam das relações familiares.

Entre diversos princípios, como da função social da família, da solidariedade familiar, da proibição de retrocesso social, há o princípio da afetividade, este já apontado por vários doutrinadores, por exemplo Maria Berenice Dias (DIAS, 2016) e Flávio Tartuce (TARTUCE, 2015), como o principal fundamento das relações familiares.

Importante notar que o afeto está intimamente ligado aos direitos fundamentais trazidos pela Constituição de 1988, de modo que, ainda que implícito, o princípio da afetividade deve ser considerado constitucional, uma vez que a Carta Maior elenca um rol de direitos individuais e sociais que tem por objetivo garantir a dignidade da pessoa humana, como Tartuce destaca:

Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana.(TARTUCE, 2015, p. 23-24)

É possível observar, ainda, que é o princípio em comento que norteia o reconhecimento da união estável, uma vez que ela se forma sem o selo do casamento, portanto o que une as pessoas é justamente o vínculo afetivo. Outro exemplo em que este encontra-se presente é na forma de se igualar filhos adotivos e biológicos, sendo dada a devida importância ao laço criado a partir do afeto.

Assim, há tanto na Constituição como no Código Civil, institutos que ainda que de forma implícita utilizaram-se do princípio da afetividade. Tartuce menciona que:

(...) o *princípio da afetividade* tem fundamento constitucional, particularmente na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), na solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988) e na igualdade entre filhos (arts. 5.º, caput, e 227, § 6.º, da CF/1988) (TARTUCE, 2015, p. 26)

Portanto, é justamente o princípio da afetividade que vai guiar os novos modelos de família, sendo esta cada vez mais direcionada por funções afetivas. Como explica Maria Berenice Dias, o IBDFAM¹ instalou uma nova ordem jurídica para família, atribuindo valor jurídico ao afeto. Cita, inclusive, que a Lei Maria da Penha define família como uma relação íntima de afeto.

Diante de tudo isto há de se depreender que o princípio da afetividade deve mesmo ser considerado como norteador do atual direito de família.

2.3 Conceito de desbiologização da paternidade

Para se entender do que a desbiologização da paternidade trata é preciso, inicialmente, compreender que, com a evolução da família, consequentemente o parentesco também evoluiu.

Assim, como Christiano Cassettari (CASSETTARI, 2015) ensina, no parentesco romano antigo só havia efeitos civis ao que fosse derivado do poder e não de laços de sangue, de modo que apenas a relação masculina era considerada para efeitos civis, visto que aqueles que estivessem sob mesmo *pater* é que seriam considerados parentes e apenas os homens poderiam ter tal poder, enquanto que a ligação materna ou paterna sanguínea não geravam efeitos civis.

Segundo o autor supracitado:

Essa a diferença profunda entre o parentesco romano antigo e o moderno. (CASSETTARI, 2015, p. 5.)

Após atravessar a fase rígida mencionada, passou-se a considerar parentes aqueles que tenham laços sanguíneos ou por afinidade, este último gerado a partir do casamento e da união estável, sendo a relação do cônjuge ou companheiro com os parentes do outro. Deste modo, conforme Maria Berenice Dias:

O **parentesco** também é um **vínculo jurídico** estabelecido por **lei**, assegurando direitos e impondo deveres recíprocos. A espécie de parentesco, a maior ou menor proximidade dos parentes, despõe de

¹ Instituto Brasileiro de Direito de Família

reflexos jurídicos diversos, a depender do grau de intensidade da solidariedade familiar. (DIAS, 2016, p. 373)

Após saber disto, pode-se entender o que é a desbiologização da paternidade, sendo esta mais uma evolução do parentesco, de acordo com ela este não deve derivar apenas do vínculo sanguíneo ou por afinidade, mas também pelo afeto. Segundo Venosa:

As fontes das relações de família são o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Não se pode esquecer atualmente da socioafetividade, como outra fonte do parentesco, como já faz o Projeto nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias), bem como da união estável. (VENOSA, 2011, p.215)

Assim, a ideia da desbiologização é que a paternidade deve se estabelecer também pelos laços de afeto que as pessoas criam entre si, ou seja, pela relação de carinho e cuidado que se tem com outrem.

Em outras palavras, a desbiologização nada mais é do que retirar o foco da questão biológica para determinar a paternidade, tendo em mente as palavras de Villela:

A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o País sofre com seus milhões de crianças em abandono de deferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber. (VILLELA, 1980, p.415-416)

Assim, com a desbiologização da paternidade se ganha uma família mais humanizada, visto que se consideram parentes não apenas aqueles que tem o mesmo sangue, ou os adotados, mas também aqueles que possuem profundos sentimentos mútuos.

Há de se notar que a ideia da desbiologização não é tão recente tendo o autor acima escrito sobre ela há mais de trinta anos. Ele afirmou em seu texto que a concepção de que ser pai e mãe não está tanto ligada ao fato de gerar, mas sim na circunstância de amar e servir, dando como exemplo a história bíblica do rei Salomão, na qual duas mulheres alegam ser mães de uma criança, na sentença dada pelo rei é observado e dada a guarda a aquela que demonstrou maior preocupação com o bem da criança. Portanto, com a desbiologização, a paternidade/maternidade passa a ter um conceito plural, “no qual a vontade, o consentimento, a afeição, a responsabilidade servirão de base para o seu estabelecimento” (GOUVEIA, 2010, p.64).

Nota-se que a desbiologização acompanha as mudanças da sociedade, visto que o parentesco aceito apenas por vínculo sanguíneo, por meio da adoção ou por afinidade não reflete as situações fáticas ocorrentes na atualidade, enquanto que o parentesco socioafetivo reflete bem todas as modulações de famílias existentes e que possam vir a se formar.

3. MÉTODO

A metodologia utilizada para a presente pesquisa foi de abordagem exploratória e qualitativa, de modo que inicialmente encaminhou-se para o levantamento bibliográfico e, após, para a leitura de obras sobre a paternidade socioafetiva e as diferentes modulações de família, bem como de doutrinas de Direito Civil que abordassem o tema da desbiologização da paternidade.

Em seguida foram realizadas análises doutrinárias e jurisprudenciais que tratassem sobre a filiação afetiva em contraposição com a advinda de base biológica.

Ademais, fora realizado o estudo sobre o conceito de família, bem como suas novas características, sobre o princípio da afetividade como um dos princípios do direito de família e, também, sobre o conceito de desbiologização da paternidade.

Além disso, foram pesquisadas obras que abordassem especificamente a questão da necessidade de se compreender as consequências da perfilhação socioafetiva, sua problemática e como se dará o reconhecimento desta judicialmente. Continuamente, foi feito o exame de artigos de relevância ao tema. Por fim foi realizado fichamento do material citado para avaliações reflexivas e conclusivas.

A presente pesquisa foi finalizada através de conclusão escrita, com o objetivos de responder às questões suscitadas acerca do tema.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1 Limites a desbiologização da paternidade

Conforme se analisou, a desbiologização da paternidade nada mais é do que valorizar o afeto em detrimento da questão biológica. Segundo Maria Berenice Dias:

O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família (DIAS, 2016, p.55).

Além disto, o artigo 1.593 do Código Civil preconiza que o parentesco pode decorrer de “outras origens”, termo este utilizado pelo próprio código. Assim abriu-se espaço para

novas modulações e classes de parentesco, principalmente quanto à classe socioafetiva. A desbiologização vai se tornando cada vez mais presente, de forma que se atribui a paternidade pela convivência afetiva, ou seja, deliga-se da verdade biológica e prestigia-se o afeto, de forma que o pai/mãe será aquele que desempenha tal função. Mas é preciso atentar que tal artigo é extremamente abrangente, devendo ser bem interpretado para que não se banalize a relação de parentesco socioafetivo. Por este termo entende-se que a paternidade socioafetiva não deve simplesmente ser aceita sem quaisquer requisitos, observando o que diz Regina Beatriz Tavares da Silva em seu artigo na revista do Instituto dos Advogados de São Paulo:

“Bem por isso, não se pode deduzir que da geração de vínculos emocionais e afetivos exsurja obrigatoriamente a relação de paternidade”. (SILVA, 2014, p.3)

Pois bem, sabendo-se disto, há de se dizer então que para ter a desbiologização da paternidade e, conseqüentemente, o reconhecimento da paternidade socioafetiva é preciso estabelecer requisitos, com o intuito de que a desbiologização não gere injustiças nem fique sem limites. Ela precisa sim de limites para que também se determinem as conseqüências deste tipo de vínculo.

A primeira observação a se fazer é de que o reconhecimento de paternidade socioafetiva não pode apenas derivar de meros interesses materiais, uma vez que se assim o fosse tal modelo de paternidade perderia total e completamente, nas palavras de Regina Beatriz Tavares da Silva em seu já mencionado artigo, “a nobreza dos sentimentos que a inspira.”(SILVA, 2014, p.7)

Portanto, o primeiro requisito para que se configure a paternidade socioafetiva é justamente o laço de afetividade, ou seja, é preciso que se prove a convivência harmoniosa e voluntária entre os envolvidos, que se comprove a existência de real envolvimento emocional e afetivo. É importante que realmente se exija tal comprovação, para que não haja reconhecimento de paternidade apenas por interesses banais.

O segundo requisito que deve ser analisado é o tempo de convivência, afinal laços de afeto se formam com o decorrer dele, se estabelecem e se solidificam apenas com o passar dos anos, de forma que não se deve reconhecer a paternidade socioafetiva entres pessoas que não conviveram um período suficiente para que o mesmo se formasse. A dificuldade neste requisito está em saber qual seria a duração mínima. Cassettari (CASSETTARI, 2015) apresenta um julgado que tem a paternidade reconhecida por um tempo de convivência de vinte e três anos, mas ele ressalta que:

(...) desnecessário que o tempo de relacionamento seja dessa monta, mas é que, de fato, quanto maior o tempo, maior será a certeza da existência dos vínculos afetivos, pois, como dito na ementa, há a existência de sólido vínculo afetivo(...). (CASSETTARI, 2015, p.31)

Através disto, encontra-se o terceiro requisito, sendo este o de existir um sólido vínculo afetivo, isso quer dizer que deve ser comprovado um laço forte e compacto, que seja compatível com o existente entre pais e filhos e através disto é possível se estabelecer outro requisito, o de que haja tratamento paternal entre as partes, este configurado quando se identifique de fato um situação entre pai/mãe e filho.

Por último, é importante notar um ponto polêmico em torno do reconhecimento da paternidade afetiva, o de ser necessário ou não que haja reciprocidade na afetividade, ou seja, se a paternidade socioafetiva só pode se manter por ato de vontade de ambas as pessoas. É uma questão difícil de se resolver, uma vez que, teoricamente, se os envolvidos se distanciam, deixa de haver a relação socioafetiva, porém é também descabido pensar que a paternidade possa ser desconstituída, de modo que nenhum filho deva ser tratado como descartável. Daí, então, a importância dos supra mencionados requisitos, entendendo-se que uma vez constatado o vínculo afetivo sólido, este torna a paternidade socioafetiva irretratável. Cabe notar que deve ser dada devida importância ao melhor interesse do filho, observando o que Camila Collucci coloca em sua dissertação:

(...) o melhor interesse, de fato, não pode ser rigidamente previsto na legislação, por não ser possível a previsão objetiva de situações que não o são. Apesar disso, critérios devem ser observados, para que se evite a tomada de decisões que vinham a privilegiar outros interesses. Os critérios que devem ser considerados, segundo esta pesquisa, são o bem da criança e do adolescente, suas relações afetivas, a continuidade de suas rotinas, seu atendimento prontuário e, por fim, suas preferências.(COLLUCCI, 2014, p.16)

Visto isto, fica claro o quanto o afeto, e não a relação biológica, vem sendo valorizado, mas é preciso que se estabeleça limites, tais como rigor no reconhecimento da paternidade afetiva, estabelecimento de tempo mínimo para que o afeto supere o vínculo biológico e além disto há de se notar que através da desbiologização da paternidade, surge a multiparentalidade, ou seja, que seja possível o reconhecimento tanto do pai biológico, quanto do afetivo, porém isto não deve ser generalizado, uma vez que pode gerar diversos problemas, como exemplifica Carlos Roberto Gonçalves:

(...) vários são os problemas que podem ocorrer com a multiparentalidade, tais como: quem irá autorizar a emancipação e casamento de filhos menores; (...) quem representará os absolutamente incapazes e quem assistirá os relativamente; (...) como será dividida a pensão alimentícia entre os vários pais(...). (GONÇALVES, 2016, p. 304)

Assim, este é mais um momento em que a desbiologização deve ter limite, uma vez que ao se dar tal valoração a relação afetiva, de modo a chegar ao ponto do reconhecimento desta e da biológica em um mesmo caso, deve se estabelecer que isto só pode ocorrer em situações extremamente especiais, como por exemplo em caso de a mãe biológica ser falecida e se manter no registro com a afetiva em respeito a sua memória ou nos casos que seja preciso harmonizar a relação entre as partes biológicas e afetivas. É necessário que se estabeleça tal limite, ao menos até que haja jurisprudência e, até mesmo, se faça presente no ordenamento jurídico quais os efeitos de tal reconhecimento quanto, por exemplo, em relação ao direito sucessório, à pensão alimentícia, e ainda com os demais ramos do direito de família, como a guarda e o exercício do poder de família.

Por derradeiro, é importante fixar até onde vai a valoração da afetividade, uma vez que a sociedade vive uma era de relações líquidas, como Zygmunt Bauman defende (BAUMAN, 2013), ou seja, que se fazem e desfazem rapidamente, de forma que se estabelecem diversas relações ao longo da vida. Assim, é importante que haja a valoração do afeto apenas e tão somente se este preencher os requisitos aqui demonstrados, uma vez que não se pode conceber, por exemplo, que o filho que tenha uma mãe que se case quatro vezes, queira estabelecer a paternidade afetiva com todos seus padrastos.

Portanto é imprescindível se valorizar o afeto, uma vez que este se liga muito mais a ideia de família, porém é necessário que se faça com cautela e se atente sempre a princípios como a dignidade da pessoa humana e o interesse primordial da criança e do adolescente.

4.2 Reconhecimento da paternidade socioafetiva judicialmente

O que se busca compreender aqui é se como se deve proceder para haver o reconhecimento de tal paternidade judicialmente, se há a possibilidade de ação de investigação de paternidade afetiva.

A primeira observação a se fazer é que a ação de investigação de paternidade é personalíssima, de modo que apenas poderia ser proposta pelo filho, porém não se pode descartar a hipótese de o pai querer que a paternidade seja reconhecida, neste caso a ação que poderia ser proposta seria declaratória. Cassettari afirma que:

“Não vemos problema algum nisso, por ser medida da mais clara justiça, que deverá retratar o que está ocorrendo faticamente, e irá gerar ganho e não perda ao filho”. (CASSETTARI, 2015, p.61)

Portanto, o que mais se preza aqui é o melhor ao filho, o que deve ser notado é que o judiciário não pode se negar a reconhecer o vínculo afetivo, desde que preenchidos os requisitos acima mencionados. A ideia é que o afeto seja realmente valorado, de modo que casos em que interesse do filho no reconhecimento seja apenas patrimonial, o mesmo não deve ser reconhecido, do mesmo modo caso o pai negue a relação apenas para evitar que isto lhe produza efeitos jurídicos, deve ser declarada a paternidade.

Sabendo-se disto há de se destacar a ação de investigação de paternidade que deve ser proposta pelo filho, gera o registro civil do pai, enquanto que as declaratórias apenas afirma a existência de uma relação jurídica. Porém, para Cassettari:

(...) sendo investigatória ou declaratória, deve o magistrado determinar, ao julgar procedente, a expedição de mandado de averbação endereçado ao Registro Civil para que altere o assento do nascimento, casamento ou óbito, dando publicidade e oponibilidade *erga omnes* dessa parentalidade.(CASSETTARI, 2015, p.75)

Assim, é certo dizer que é possível sim a propositura de ação de investigação de paternidade socioafetiva, por parte do filho e, ainda que esta pode ser reconhecida também por meio de ação declaratória, por sua vez proposta pelo pai. Inclusive, há de se notar que ainda que o pai negue tal relação, o filho ainda pode ter a paternidade reconhecida, desde que preencha os devidos requisitos e não haja apenas interesses patrimoniais.

Além disso, há de se dizer que o reconhecimento da paternidade, pode se dar até mesmo, após a morte, tanto do pai, quanto do filho, e se reconhecida gerará todos os direitos sucessórios. Cabe anotar que tal ação deverá então ser proposta por parente que tenha interesse legítimo e claro, devendo ser a relação afetiva comprovada.

Além disso, outra ação ainda pode reconhecer a paternidade afetiva, sendo ela a de pedido de alimentos, de modo que só seria possível se estabelecer o dever de pagar alimentos de um padrasto, por exemplo, se ficasse provada a existência da relação afetiva, ou seja, que o mesmo agia como verdadeiro pai. Uma vez reconhecida a relação afetiva e julgada procedente a ação alimentícia, esta deve, consequentemente produzir os mesmos efeitos derivados a ação de investigação ou declaratória, de modo que também deve ser feito o registro civil do pai.

Desta forma, há de se notar que uma vez registrado o filho, isto deve gerar todos os efeitos civis que um filho de pai biológico tem, inclusive quanto à guarda e visitas. Daí a importância de em casos de multiparentalidade serem definidos na própria sentença quais os efeitos que isto gerará em relação à ambos os pais.

4.3 Espécies parentais e decisões dos tribunais

Primeiramente, é necessário que se saiba que pode se dizer que há duas formas de parentalidade socioafetiva se constituir, sendo elas a registral e a por afinidade, ocorre que na primeira há o registro do filho, enquanto a segunda não.

A paternidade é registral decorre dos casos em que o pai ou a mãe registre filho alheio como se seu o fosse, é a conhecida adoção a brasileira. Nota-se que neste caso, a principio aquele que registrou o filho o fez por vontade própria e com o conhecimento de que o filho não era seu. Neste caso, a principio não poderia haver anulação do registro civil, porém decisões do tribunal de São Paulo entendem que se comprovado vínculo afetivo não há que se falar em anulação, apenas podendo ser anulado em casos que seja provada a inexistência do vínculo ou que não haja vício de consentimento, ou seja, que aquele que registrou não tenha consciência de que o filho não era seu, caso não se comprove isto, a paternidade socioafetiva prevalece, como demonstrado a seguir:

AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Pai que pretende a anulação do registro em relação à filha – Inadmissibilidade - **Ausência de vício de consentimento** – Exame de DNA que excluiu a paternidade - Irrelevância - Apelante que reconhece ter realizado o registro sem exigir o exame de DNA, em que pese o alegado relacionamento superficial – **Comprovação da existência de paternidade afetiva – Estudo social nesse sentido – Filiação socioafetiva que deve prevalecer sobre a biológica** – Impossibilidade de anulação de registro civil realizado de forma espontânea e consciente - Improcedência mantida – Recurso desprovido. (Relator(a): Galdino Toledo Júnior; Comarca: Presidente Epitácio; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/11/2015; Data de registro: 17/11/2015) Apelação - 002545-12.2010.8.26.0481 (grifo nosso)

E

Negatória de Paternidade e Alteração de Assento de Nascimento – Pleito ajuizado pelo pai em face da filha – Realização do exame de DNA, que concluiu pela exclusão da paternidade respectiva – **Prevalecimento, no caso, da paternidade socioafetiva – Resultado do exame de sangue que não se sobrepõe ao vínculo construído ao longo do tempo** – Manutenção da paternidade registral – Apelo improvido.

(Relator(a): Ramon Mateo Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/10/2015; Data de registro: 20/10/2015) – Apelação, 0028013-83.2012.8.26.0003 (grifo nosso)

Tal entendimento presente também no Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO: ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.604 e 1.609 do Código Civil.

1. Ação negatória de paternidade, ajuizada em fevereiro de 2006.

Recurso especial concluso ao Gabinete em 26.11.2012.

2. Discussão relativa à nulidade do registro de nascimento em razão de vício de consentimento, diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes.

3. A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC-02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro.

4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar.

5. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquele que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser pai da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

6. Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

7. Recurso especial desprovido.

(REsp 1383408/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 30/05/2014)

A segunda forma de paternidade socioafetiva é aquela formada por afinidade, nesta não há o registro do filho, mas há o envolvimento com ele, ou seja, se cria laços de pai e filho, neste caso para o reconhecimento da paternidade, é preciso que os requisitos que comprovem os laços estejam presente. Tal reconhecimento de paternidade já é muito bem recepcionado pelo Tribunal, inclusive em casos *post mortem*, conforme se verifica:

Ação declaratória. Reconhecimento de filiação socioafetiva. Indeferimento da inicial. Irresignação. **Acolhimento. Pretensão que encontra fundamento no alcance do artigo 1.593 do Código Civil.** Pedido, em tese, juridicamente possível, inobstante o falecimento dos pais socioafetivos. Posse do estado de filho. **Vínculo da afetividade que deve ser prestigiado e tutelado juridicamente.** Extinção afastada. Recurso provido. (Relator(a): Rômulo Russo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/12/2015; Data de registro: 16/12/2015) – Apelação 0073009-38.2013.8.26.0002 (grifo nosso)

No mesmo sentido:

*POSSESSÓRIA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESPÓLIO. **RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE PÓSTUMA.** PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. HERDEIRO NECESSÁRIO. LIMINAR.

1. A liminar de reintegração de posse foi deferida em favor do espólio de Paulo Artur, porque este não teria deixado filhos.
2. Houve reconhecimento de paternidade socioafetiva em favor do réu, Yuri, que passou a ser considerado herdeiro necessário de Paulo Artur.
3. Ocorre, porém, que tal decisão ainda não transitou em julgado, e a parte agravada demonstrou ter interposto recurso contra ela. O feito já se encontra em fase de sentença, não havendo razões para afastar a liminar concedida neste momento.
4. Recurso não provido.* (Relator(a): Melo Colombi; Comarca: Rio Claro; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 07/07/2014; Data de registro: 07/07/2014) Agravo de Instrumento 2065782-32.2014.8.26.0000 (grifo nosso)

Outro ponto que é importante notar é que ainda que o STJ tenha entendimento de se privilegiar o vínculo afetivo, nos casos em que a próprio filho busca o reconhecimento do pai biológico, deve ser analisado o caso, visto que se entende ser direito personalíssimo buscar a filiação, de modo que nesses casos nem sempre o afeto irá superar a verdade genética, como se demonstra:

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPEDIMENTO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA ANTE A EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INVIABILIDADE. DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO.

SÚMULA Nº 7 DO STJ. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. **Os precedentes desta Corte que privilegiam a paternidade socioafetiva em detrimento da biológica** o fazem de forma a proteger os interesses daquele registrado como filho.
2. Hipótese em que a demanda foi promovida pelo filho que apenas adulto soube de sua real origem genética.
3. Esta Corte firmou entendimento no sentido de **que a existência de vínculo socioafetivo com o pai registral não impede o acolhimento de pedido investigatório promovido contra o pai biológico.** Precedentes.
4. O conhecimento da filiação biológica é direito da personalidade, indisponível, imprescritível e afeto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.
5. Se o Tribunal local, soberano na análise probatória, reconheceu o vínculo biológico entre as partes, a alteração desse entendimento demandaria reavaliação do conjunto dos fatos trazidos aos autos, o que é vedado nos termos da Súmula nº 7 do STJ.
6. Recurso especial provido.

(REsp 1458696/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 20/02/2015) (grifo nosso)

Bem como:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002.

Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012.

2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica.

3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.

5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.

6. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.

7. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética.

9. Recurso especial desprovido.

(REsp 1401719/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013) (grifo nosso)

Através de análise de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no período de 01/01/2014 a 31/12/2015, bem como jurisprudência do STJ, é possível notar que a maioria das ações envolvendo o tema da paternidade socioafetiva caminham para um mesmo resultado, sendo este o da desbiologização da paternidade, ou seja, o vínculo afetivo tem se sobreposto à verdade genética.

5. CONCLUSÃO

Através das análises e estudos feitos em relação ao tema da desbiologização da paternidade, pode-se levantar diversas propostas para o tratamento desta, bem como a ideia de que o instituto da paternidade socioafetiva deve ser regulamentado, sanando assim a maioria das dificuldades encontradas para estabelecê-lo, como por exemplo qual o tempo de convivência mínimo que deve haver para que a paternidade seja caracterizada.

A falta de conhecimento sobre suas consequências gera preocupação em vários doutrinadores, principalmente no caso da multiparentalidade, uma vez que esta é gerada pela desbiologização, pela valoração do afeto. É preciso fazer uma reflexão para que se chegue a um consenso, para que se estabeleça quando pode haver o caso de dois pais ou duas mães, para que não haja banalização do afeto.

Então é preciso que se imponham limites à desbiologização, que esta não seja aceita apenas por se entender que o afeto deve superar a verdade genética, ainda que na maioria das vezes deva, visto que o afeto cria muito mais laços e se insere muito mais na concepção de família, não se pode generalizar, devendo ser analisado cada caso, encaixando-se nos requisitos, de tempo de convivência, de relação de afeto, de tratamento característico de pai/mãe e filho.

Assim, não se pode simplesmente aceitar como verdade absoluta que o vínculo afetivo deve sempre prevalecer sobre o biológico, devendo ser feito um estudo de casos. Além do mais, o direito de família está intimamente ligado a pessoa, a dignidade humana, ao direito à felicidade, aos direitos fundamentais, de modo que é preciso ter bastante cautela ao se lidar com ele, de modo que se entenda que em relação a paternidade socioafetiva é preciso que se observe com cuidado cada caso, que se procure verdadeiras comprovações de vínculo.

Dessa forma vislumbra-se que o ponto de partida para se impor os limites à desbiologização da paternidade é inseri-la no ordenamento jurídico, e se valorizar a jurisprudência, que está no caminho certo em relação ao tema. Nota-se que já é um ganho o

Judiciário brasileiro caminhar cada vez mais para a valorização de precedentes. É preciso também que o entendimento pela valoração do afeto, bem como reconhecimento de multiparentalidade não se preocupe apenas em declarar a paternidade, mas se preocupe também em dizer os efeitos que tal decisão terá.

Além disso, conclui-se que é possível sim propositura de ação de investigação de paternidade socioafetiva pelo filho, até porque é bem cabível que por vezes o pai não queira admitir a paternidade para evitar os efeitos jurídicos que isto possa gerar, porém é preciso sempre se pensar no melhor a criança ou adolescente que busca o reconhecimento. Deve se ter em mente que não se pode admitir, que para o filho, o pai que conviveu por anos e com relacionamento paterno, simplesmente deixe de sê-lo por, por exemplo, ter cortado relações com o cônjuge ou companheiro. Ressalva-se a possibilidade do pai pedir a confirmação da paternidade por meio de ação declaratória, mas que também deve produzir efeitos de registro civil.

Do mesmo modo, é preciso observar a investigação de paternidade socioafetiva não será igual a investigação que tem a parte biológica a ser analisada, uma vez que para que se comprove a paternidade biológica basta o exame de DNA positivo, já em relação a paternidade socioafetiva é preciso que haja muito mais do que a alegação de vínculo afetivo, devendo ser a comprovação muito mais complexa.

Por fim, conclui-se que não há como negar que a desbiologização da paternidade é uma realidade vivida na sociedade, bem como que o prevalecimento do vínculo afetivo é realidade nos tribunais brasileiros, devendo-se apenas ser analisada com cuidado e cautela, para que não se perca o verdadeiro significado que o afeto tem.

6. REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa. *Família, dignidade e afeto: possibilidades e limites jurídicos para o estabelecimento de múltiplos laços parentais*. 2007. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC- SP, São Paulo. 2007.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOUVEIA, Débora Consoni Gouveia. *A autoridade parental nas famílias reconstituídas*. 2010. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Matéria de Repercussão Geral – Supremo Tribunal Federal. Prevalência de uma das espécies de paternidade – socioafetiva e biológica. *Revista dos Tribunais Online*. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. 400-401. Belo Horizonte: UFMG.

Contato: juuscarneiro@gmail.com e anjos.m@adv.oabsp.org.br