SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SUA IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR

A PATERNITY SOCIO AFFECTIVE AND THEIR INABILITY TO SUBSEQUENT DECONSTITUTION

Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]
Jardel Junio De Souza

Resumo

O presente trabalho científico pretende abordar uma nova visão da paternidade sócioafetiva, demonstrando que o direito caminha sempre um passo atrás da sociedade. As modificações propostas pelo moderno Direito de Família que se pretendem apontar neste estudo dão conta de que já não se pode considerar as relações de parentescos tendo por base unicamente o vinculo sanguíneo; prega-se, atualmente, que tais relações já ultrapassaram estas barreiras e vão muito além de características biológicas. Será adotada a pesquisa bibliográfica, com o método hipotético dedutivo. O trabalho teve como marco teórico o direito civil constitucional.

Palavras-chave: Paternidade, Socioafetividade, Família, Filiação

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific work aims to address a new vision of socio-affective paternity, demonstrating that the right always goes a step behind society. The changes proposed by the modern family law that are intended to point this study realize that no longer can be considered the relations of kinship based on only the blood bond; It folds up today that such relationships are past these barriers and go far beyond biological characteristics. Is the literature adopted, with the hypothetical deductive method. The work was theoretical framework constitutional civil law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fatherhood, Socioafetividade, Family, Membership

[1] Professor orientador da pesquisa e coautor

1 INTRODUÇÃO

As constantes modificações sociais trouxeram para o Direito de Família uma grande ocupação: adaptar-se rapidamente às mudanças e livrar-se do caráter patriarcal presente no Código Civil (CC) de 1916 e ainda vistos nas famílias brasileiras atuais, mesmo com o advento do CC de 2002.

Provando mais uma vez que o Direito caminha um passo atrás da sociedade, o entendimento acerca das relações familiares tem sido relativizado e modificado, a fim de buscar um bem muito mais nobre. Qual seja, o bem estar dos filhos e sua proteção. Cediço que o Direito de Família guia-se pelo Princípio da Prioridade e Prevalência dos interesses dos filhos, em concomitância com os já consagrados Princípios da Paternidade e Maternidade responsáveis, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, ainda, pelo Princípio da Igualdade entre os filhos.

As modificações propostas pelo moderno Direito de Família que se pretendem apontar neste estudo dão conta de que já não se pode considerar as relações de parentescos tendo por base unicamente o vínculo sanguíneo; prega-se, atualmente, que tais relações já ultrapassaram estas barreiras e vão muito além de características biológicas. Tem-se, hoje, que tais relações se valem de laços de afeto, carinho, respeito mútuo e de comunhão.

Deste modo, não mais se considera pai apenas aquele que conferiu uma carga genética ao filho; a relação familiar moderna baliza-se, hoje, muito mais pela proteção e co-participação.

Com o advento da Constituição da República (CR/88), consagrou-se a igualdade entre filhos e tornou-se inaceitável qualquer distinção entre estes, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, conforme aponta o art. 227, §6º do mesmo Diploma Legal. Dado novo entendimento, não mais se consideraria filho apenas o detentor de herança genética. Com esta nova concepção familiar apontada pela CR/88, tem-se que ser pai não é tão somente conceber um filho e sim, antes de tudo, conferir-lhe amparo, proteção, dignidade; em suma, exercer a função de pai.

2 DA FAMÍLIA

O Direito de Família Moderno apresenta uma definição em que seus membros estão ligados por uma relação conjugal ou de parentesco. Varias foram, no entanto, as

tentativas de se definir o que vem ser parentesco. Como o Direito de Família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como aqueles que convivem em uniões sem casamento, dos filhos e das relações destes com os pais; da sua proteção por meio de tutela dos incapazes por meio da curatela, importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas.

As relações familiares afirmam os valores afetivos que a família unida consegue trazer para a sociedade, o bem estar de cada indivíduo integrante desta.

3 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação, historicamente, foi sempre confundida com o destino do patrimônio da Família, que era eminentemente fundada no vínculo material. Com o advento do desenvolvimento da ciência e, ainda, com a proibição de tratamento diferenciado aos filhos tidos, até então, por ilegítimos, obteve-se um considerável avanço no Direito de Família. Tal avanço tratou de igualar os filhos, inicialmente e, em dias modernos, o direito não mais fundados em critérios matérias ou meramente biológicos. Hoje, tem-se que a filiação não é unicamente um critério biológico, mas também dotado do critério de socioafetividade.

Nos dizeres de José Bernardo Ramos Boeira a filiação ganha nova vertente, segundo a qual o ambiente social é capaz de assegurar ao filho, além do nome de família, afeto, amor dedicação e abrigo assistencial, que revela uma convivência paterno-filial identificada com a verdadeira paternidade, garantidora da estabilidade social. (BOEIRA, 1999).

Hoje se percebe que a filiação constitui-se pelo amor que une pai e filho, não se importando, para tanto, com a existência ou não de laços biológicos. Esse laço ligando pai e filho é a posse de estado de filho, que dá formato à filiação afetiva e denota que a paternidade foge aos limites da biologia, tornando inviável a paternidade aferida apenas por este critério. Isso quer dizer que ser pai vai além de doar a carga genética a alguém.

Como afirma Luis Edson Fachin, quando se cogita da paternidade baseada no afeto, não se está propondo a substituição de um modelo de paternidade por outro,

rígido e definido, pois o que se questiona é a perspectiva de uma construção da nova paternidade jurídica (FACHIN, 2002).

Afirmando uma das maiores verdades do direito de família, Julie Cristine Delinsk diz que "o vínculo biológico é apenas um dado que determina a responsabilidade pela procriação e que a paternidade é aquela construída no dia-a-dia, como ato de opção, resultante de manifestação espontânea da vontade" (DELINSK, 1997, p. 33).

4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Houve um avanço considerável no Brasil no diz respeito à paternidade sócio afetiva. A convivência familiar, independente da origem, deu novos ares à constituição familiar. Esta nova realidade fundou-se na aceitação do sujeito em um grupo familiar e no fato de que a relação sócioafeitiva foi construída entre quem assumiu o dever/papel de pai e aquele que recebeu o papel/dever de filho. Tais características, vistas unicamente, não resultariam em qualquer mudança no direito. Todavia, vistas em conjunto, foram atraídas pelo mundo jurídico em uma categoria própria. Tal atração deu-se em razão da Constituição de 1988, talvez a mais avançada do mundo no que diz respeito às garantias e direitos, e que serviu de base para o Código Civil de 2002. Ocasião em que o Direito Brasileiro sofreu grande mudança.

A paternidade envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquirida principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade, sendo um *múnus*, pressupõe direitos e deveres que devem ser construídos com base na afetividade, de modo a conferir uma base para a construção dos direitos fundamentais da pessoa em formação. É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor.

É de se ressaltar que o estado de filiação é compreendido pela relação existente entre pai e filho; compreende, portanto, uma série de deveres e direitos reciprocamente considerados. Infere-se, deste modo, que o filho é o titular do estado de filiação, enquanto que o pai é titular da paternidade em relação a ele. Onde houver esta relação, haverá a relação jurídica de paternidade e, portanto, o estado de filiação.

5 PATERNIDADE REAL (OU BIOLÓGICA) E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

No que tange a paternidade/ maternidade é necessário reconhecer que tais relação são dotadas de contextos subjetivos. Daí, a necessidade de efetiva aplicação de normas que disciplinam a matéria. Assim sendo, é necessário traçar as diferenças entre a paternidade/maternidade socioafetiva, biológica e jurídica, de modo a melhor entender os diversos posicionamentos doutrinários. A paternidade biológica refere-se ao laço genético que liga a prole aos genitores, aferível através da tipagem do DNA, a jurídica, é decorrente do registro civil e a socioafetiva, oriunda dos vínculos de afetividade entre as figuras paterno-materna e o filho.

Atualmente verifica-se que fundar a paternidade puramente no critério biológico é insuficiente, tendo em vista que tal relação é composta por elementos outros; fundando-se não somente no genoma humano. Conforme afirma Lúcia Maria Teixeira Ferreira, não se pode sacramentar a perícia médica em detrimento da condição de afetividade existente entre pai e filho (FERREIRA, 2015). Caso assim o fosse, estaríamos ante a defesa da desconstituição da paternidade a todo tempo, ao simples fundamento de não haver coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica. Valoriza-se sobremaneira o exame de DNA e muitas vezes desconstitui-se situações fáticas consolidadas pelo tempo e pelo afeto.

A paternidade envolve a construção de um amor filial, a criação de ambiente propício para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação, a educação da prole de forma sadia e em condições de liberdade e dignidade.

6 PREVALÊNCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Adverte Luis Edson Fachin que a filiação socioafetiva baseia-se na ideia de qualidade de filho, onde os elementos formadores da relação paterno-filial são construídos através dos laços de amor visando a felicidade dentro da família. A filiação socioafetiva encontra sólido apoio nas normas Constitucionais sobre Direito de Família, passa a ter a assento infraconstitucional no art. 1.593 do Código Civil, que menciona a possibilidade de embasar-se o parentesco na consanguinidade ou em ‘outra origem’, locução que engloba a origem afetiva. o entendimento esposado pelo citado autor fora afirmado pelos enunciados 103 e 108 da primeira Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (FACHIN, 2003).

O elemento socioafetividade esta, também, protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seus artigos 28 a 52 trata das famílias substitutivas. Há, ainda, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que afirma a busca pela finalidade social. Decerto não constitui exagero algum se dizer que, no direito civil brasileiro contemporâneo, vige mesmo a prevalência da socioafetividade, como regra geral do sistema. Por esse motivo, esclarece com muita propriedade, o autor Jédison Daltrozo Maidana, que pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu seio o novo ser, providenciando-lhe a criação, o bem estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção de sua individualidade e de seu caráter (MAIDANA, 2004). Aquele que se dispõe a assumir espontaneamente a paternidade de uma criança, levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento. Assim, a paternidade sócioafetiva se firma na distinção entre pai e genitor e no desejo de reconhecimento da filiação, por entender por pai aquele que desenvolve o trabalho proteger e educar.

A constituição brasileira é dotada de vario fundamentos que dão base para o estado de filho que, em regra, não se prendem à filiação biológica. Cite-se: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); não é relevante a origem ou existência de outro pai (genitor); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e o do adolescente (art. 227, *caput*).

Reconhece-se, pois, que o parentesco psicológico "prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal" (DIAS, 2006) tendo em vista que não se pode mais confundir genitor com pai. Neste ultimo caso, conforme já reiteradamente dito, prevalecerá o vínculo constituído pela convivência e pelo convívio diário.

7 CONCLUSÃO

A evolução da família brasileira mostra que a ideia da família legítima, patrimonial e hierárquica, atualmente, cedeu espaço ao modelo fundado nos laços de afeto e de co-participação, visando o bem estar de todos que a integram.

O exame de DNA ocupou lugar da presunção de paternidade estabelecida pelo Código Civil de 1916, à medida que afirma com certeza a verdade sobre a paternidade biológica. Todavia, estas transformações conduziram o direito à procura da paternidade voltada para as relações de respeito, convivência, afetos, amor, vistos como características maiores que a carga genética. Afirme-se, porém, que não se pode desprezar o caráter biológico da paternidade em razão do direito do filho em tomar conhecimento de tal característica.

Ante a todo o exposto, é necessário repensar a paternidade fundada unicamente no critério biológico, posto que ser pai não é apenas conferir carga genética a outrem, muito pelo contrario. Ser pai é criar raízes paterno-filiais gigantescas e profundas, baseadas no carinho, na compreensão, na educação, co-participação e, especial e essencialmente, no amor.

BIBLIOGRAFIA

ASSUNPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2004.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Porto Alegre: **Síntese IBDFAM**. v. 4, n. 14, jul./set., 2002.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade**. Posse de Estado de Filho – Paternidade socioafetiva. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1999.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.com.br>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.com.br>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências**. Disponível em: <www.planalto.com.br>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.com.br>. Acesso em: 28 ago. 2016.

DELINSKI, Julie Cristine. **O Novo Direito da Filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luis Edson. Direito além do novo Código Civil. Porto Alegre: **Síntese IBDFAM**. v.5. n. 17, p. 07-35 abr./maio, 2003.

FACHIN. Luis Edson. **Enunciando a família brasileira contemporânea**. 19 de julho de 2008. Disponível em < www.parana-online.com.br/canal/direito-ejustica/ news/113901/>. Acesso em: 24 mar. 2008.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, Jun/jul., 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Visões sobre o teste de paternidade**. *In:* Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais. Coord. LEITE, Eduardo de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2002.