

A DESCONTINUIDADE DA PATERNIDADE E SEUS REFLEXOS NA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Mariana Morsoletto Carmo¹

José Geraldo Taborda Carvalho²

Resumo:

O presente artigo objetiva demonstrar a possibilidade de o pai registral de propor, Ação de Desconstituição de Paternidade, de filho que não é seu, pela inexistência de vínculo biológico e pela ausência de relação socioafetiva. O fato da ocorrência de vício de consentimento do recorrente, em que o pai registral foi induzido ao erro, pela mãe, e que foi cessado após a verificação dos fatos, onde o pai registral busca pela desconstituição de paternidade. O método utilizado é o dedutivo, fazendo parte de uma pesquisa explicativa, com metodologia comparativa entre doutrinas e jurisprudências acerca da possibilidade de descontinuidade da paternidade.

Palavras-chave: Desconstituição, paternidade, vínculo, socioafetiva, vício.

Abstract:

This article aims to demonstrate the possibility of the registral father propose Paternity deconstitution action, child that is not yours, the lack of biological relationship and the lack of socio-affective relationship. The fact of the occurrence of the recurring consent of addiction, where registral father was misled by the mother, and it was stopped after checking the facts, where the father registral search for paternity deconstitution. The method used is deductive, as part of an explanatory research with comparative methodology between doctrines and jurisprudence about the possibility of paternity discontinuity.

Key words: Deconstitution, paternity, relationship, socioaffective, addiction.

Sumário: 1. Introdução; 2. Paternidade afetiva e a possibilidade de sua desconstituição; 3. Implicações da desconstituição da paternidade para o pai; 4. Consequências da desconstituição para a criança; 5. Considerações Finais; 6. Referência bibliográficas

¹ Mariana Morsoletto Carmo, Mestre em Direito do Estado (UFPR), Professora do Curso de Bacharel em Direito da Faculdade – SECAL.

² José Geraldo Taborda Carvalho, Graduando em Direito pela Faculdade - SECAL.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, busca demonstrar a possibilidade de o pai registral propor Ação de Desconstituição de Paternidade de filho que não é seu, pela inexistência de vínculo biológico, pela ausência de relação socioafetiva e pelo fato da ocorrência de vício de consentimento, situação em que o pai registral foi induzido ao erro pela mãe.

O tema encontra-se na área de Direito Civil, especificamente na área de Direito de Família.

A relação socioafetiva é o tratamento dispensado a um filho, por alguém independente de imposição legal ou vínculo sanguíneo.

A paternidade jurídica é imposta por presunção, despreza-se a verdade real para atender à necessidade de estabilização social e de proteção ao direito à filiação, mas outorga-se ao pai o direito de propor ação negatória, havendo suspeita de que o filho não é seu, a qualquer tempo, ou após o exame de DNA, a certeza a respeito da origem genética.

Há situações em que pai registral, por força do relacionamento que viveu com a mãe, acreditava ser o pai biológico da criança que nasceu nesse período. Após verificação de exame de DNA, constatou-se que o pai registral não era o pai biológico dessa criança. A mãe alegou que o companheiro tinha pleno conhecimento, que não era o pai biológico, e mesmo assim registrou a criança como filho.

O fato demonstra a ocorrência de vício de consentimento do recorrente, em que o pai registral foi induzido ao erro, sendo assim, o pai registral pode buscar pela descontinuidade de paternidade.

Conforme Cesar Fiuza, “Defeito é todo vício que macula o ato jurídico, tornando-o passível de anulação.”³

O presente artigo abordará as consequências decorrentes da relação paterno-filial, com foco nos direitos e os deveres dos pais e dos filhos. Será a existência dessas consequências jurídicas que justificará a necessidade de se desconstituir os vínculos paternais que não existem de fato e que poderão repercutir na esfera jurídica da mesma forma.

³ Fiuza, Cesar. Curso de Direito Civil, 2014, p.284.

2. A PATERNIDADE AFETIVA E A POSSIBILIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO

A paternidade socioafetiva é demonstrada através do vínculo afetivo, o verdadeiro pai é aquele que ama independente dos vínculos biológicos, é aquele que cria o filho por mera opção, assumindo para si os deveres de guarda, cuidado, educação e proteção.

Ainda que a verdade afetiva mereça sempre ser prestigiada, porque a tudo se sobrepõe, não pode servir de obstáculo à pretensão de descobrir a verdade genética, não revelada anteriormente. Não há como se negar o uso quer da ação investigatória, quer da negatória da paternidade.

O Estado, pelo dever de dar proteção a todos os cidadãos, principalmente a crianças e adolescentes, cria mecanismos para que os filhos integrem as estruturas familiares. Por isso a família é considerada a base da sociedade, a lei gera um sistema de reconhecimento da filiação por meio de presunções: deduções que se tiram de um fato certo para provar um fato desconhecido. Independente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos. Trata-se de presunção tão antiga que é identificada por uma expressão latina: “pater is est quem nuptiae demonstrant.”⁴ Ou seja, qualquer que seja origem, o filho é do marido; certeza que induz, presume ou pressupõe a segurança para aquele a quem se transferirá a propriedade privada em caso de sucessão.

Essa verdade tem uma função pacificadora, pois visa a eliminar a incerteza do marido em relação aos filhos de sua esposa. Pai é aquele que o sistema jurídico define como tal. É fixado o momento da concepção para definir a filiação, certificar a paternidade e os direitos e deveres decorrentes. Portanto, a filiação matrimonial decorre de uma ficção jurídica: o pai sempre é o marido da mãe. Desse modo, os filhos de pais casados têm, e de pleno direito, estabelecidas a paternidade e a maternidade. O nascimento dentro de um casamento imputa a paternidade jurídica presumida ao marido.

Mas o que a lei presume, de fato, nem é o estado de filiação, é a fidelidade da esposa ao seu marido. Como base no dever de fidelidade da mulher, e não na sua

⁴ Em tradução livre: pai é aquele que as núpcias demonstram.

fidelidade efetiva, é que se formou a regra pater est. Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa. Com isso regula-se a geração de sucessores. Há justificativas históricas para essa certeza. A mulher era obrigada moralmente a casar virgem, não podia trabalhar, ficava confinada no lar cuidando do marido, a quem devia respeito e obediência. Claro que os seus filhos só podiam ser filhos do marido!

De forma absolutamente injustificada a lei não estende a presunção de paternidade à união estável. Tal leva boa parte da doutrina a afirmar que a presunção pater est só existe no casamento. Talvez por isso não seja imposto o dever de fidelidade aos conviventes, somente o dever de lealdade, conforme determina o Código Civil no art.1.724.

As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

A diferenciação é de todo desarrazoada. Se a presunção é de contato sexual exclusivo durante o casamento, esta mesma presunção existe na união estável.⁵

Conforme Cesar Fiuza; “Assim, os filhos havidos na constância do casamento presumem-se do marido. Observe-se, contudo, que os filhos nascidos até 180 dias após a celebração do casamento não se presumem do marido.”⁶ A presunção da paternidade leva ao estabelecimento de prazos, para aquém e para além da constância do casamento. Como entre a concepção e o nascimento decorre um período de tempo de cerca de nove meses, não descuidou o legislador de tal fato. Buscando afastar qualquer dúvida quanto ao vínculo de paternidade, são estabelecidos limites que não correspondem às médias fixadas pela ciência. São reconhecidas como concebidas na constância do casamento as crianças nascidas pelo menos 180 dias (6 meses), depois da celebração do matrimônio, conforme o Código Civil art. 1.597.

Antiquíssimo brocardo sustenta que a maternidade é certa, mas não a paternidade. Não é bem assim, contudo, em vista das muitas situações a que a vida pode conduzir. Também a maternidade pode ser duvidosa, assim como é possível não haver incertezas quanto ao pai.

⁵ Dias, Maria Berenice. Manual de Direitos das Famílias, 2015, p.392 e 393.

⁶ Fiuza, Cesar. Curso de Direito Civil, 2014, p.1211.

O reconhecimento de filhos é ato ligado essencialmente à filiação biológica. Não pode ter por objeto a instituição de filiação adotiva ou socioafetiva. Tem lugar quanto ao registro de nascimento do filho não confere com a verdade biológica de sua concepção, por parte da mãe ou do pai, excluída a hipótese de filiação por substituição.

O reconhecimento de filho pode ser voluntário ou decorrer da condenação em ação de investigação paternidade ou maternidade. A rigor, ninguém pode ser levado a reconhecer descendente biológico.

Estabelecida a filiação biológica por qualquer desses meios - reconhecimento voluntário ou procedência de ação investigatória – o filho passa a titular dos direitos aos alimentos e de participação na sucessão.

É irrevogável o ato de reconhecimento de filho, ainda que arrependido o pai ou a mãe que o praticou. Mesmo no caso de revogação do testamento, a cláusula de reconhecimento de filho continuará a produzir seus efeitos. Claro que, a qualquer momento, sendo demonstrado em juízo que a declaração voluntária viciosa não superou a discrepância entre o registro da filiação e sua verdade biológica, poderá o juiz decretar a desconstituição de seus efeitos, que não se confunde com a revogação, ato unilateral de vontade do declarante.

Até o fim dos anos 1980, antes de os exames de ADN (Ácido Desoxirribonucleico), se difundirem no meio judicial como prova de paternidade em ações de investigação, esta decorria de certas presunções, associadas à tentativa de desqualificar moralmente a mãe, imputando-lhe o hábito de manter relações sexuais extraconjugais.⁷ Os exames então disponíveis eram meramente excludentes de paternidade (por incompatibilidade de tipo sanguíneo, por exemplo); a partir deles, não se podia afirmar com certeza científica se o demandante seria o genitor do mandado. Quando os exames de ADN, tornaram-se acessíveis, pode-se então, atestar com maior certeza científica, tanto em ações de reconhecimento de paternidade proposta pelo filho, como nas negatórias ajuizadas pelo homem cujo o nome consta no registro de nascimento como sendo o pai.

⁷ Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 2002, p.387.

Segundo Diniz, “A presunção de paternidade não é juris et de jure ou absoluta, mas juris tantum ou relativa, no que concerne ao pai, que pode elidi-la provando ao contrário.

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

A ação negatória cumulada com o cancelamento de registro civil é de ordem pessoal e cabe ao marido, pois só ele tem legitimatio ad causam para propô-la.

Vislumbra ainda Diniz, “Uma vez declarada a vontade de reconhecer, o ato passa a ser irretratável ou irrevogável, por implicar uma confissão de paternidade.⁸

A irrevogabilidade do reconhecimento não impede, portanto, sua anulação por vício de consentimento ou social, a irrevogabilidade do reconhecimento não constituirá, ainda, obstáculo à declaração de sua invalidade diante de erro ou falsidade do registro.

Diante da transformação da instituição familiar, que era em sua essência, patriarcal, tem-se hoje que, a família pode ser vista de outra forma. As relações se ampliaram, a liderança não é mais a exclusividade do pai, surge então novas formações ou tipos de família, novos questionamentos são apresentados e, novas formas de aplicação para a solução dos conflitos apresentados.

Como a lei vem sempre depois 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. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um lar, no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito.

A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. Foi o intervencionismo estatal que levou à instituição do casamento: nada mais do que uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A família formal era uma invenção demográfica, pois, somente ela permitiria à população se multiplicar.

⁸ Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 2002, p.401.

A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejanter que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à total liberdade, e lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições.

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que convencionou chamar se matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, integrada por todos os parentes, uma entidade patrimonializada. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal.

A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar, sobre qual repousam suas bases.

O legislador não consegue acompanhar a realidade social, nem as inquietações da família contemporânea, a sociedade – evolui, transforma-se, rompe com as tradições.

A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.

O princípio jurídico da afetividade, faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais.

A verdadeira e única paternidade que deveria ser objeto do direito é a paternidade socioafetiva, entendendo-se aqui a socioafetividade como condutas objetivas de criar, educar e assistir, uma vez que paternidade é um fato cultural e não natural.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade, derivam da convivência familiar, não do sangue, assim, quando ausente a socioafetividade, requisito indispensável para a constituição da paternidade, este vínculo poderá ser rompido por não cumprir a sua verdadeira função, desconstruindo-se, conseqüentemente, todas as repercussões jurídicas decorrentes desse vínculo.

3. IMPLICAÇÕES DA DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE PARA O PAI

De acordo com uma nova visão doutrinária e jurisprudencial o julgador não se prende simplesmente ao resultado do exame de DNA, ao decidir que é o pai de uma pessoa, levará em conta a existência de afetividade. O afeto torna-se, então, elemento componente do suporte fático da filiação socioafetiva, conjugando-se convivência, tratamento recíproco paterno-filial e razoável duração.

O fato de um registro de nascimento ou um convívio por um curto espaço de tempo, não podem ser algo definitivo para se colocar a impossibilidade da desconstituição da paternidade, pois, ausentes os pressupostos da existência do afeto, convivência, tratamento recíproco paterno-filial e razoável duração da relação entre o pai não biológico e a criança registrada, tem se a configuração da inexistência da de paternidade socioafetiva.

Cumprе anotar a distinção entre duas espécies de ação diferentes, mas comumente confundidas entre si: uma ação declaratória de negativa ou negatória, de paternidade, outra a ação anulatória do registro de paternidade.

Francisco Carlos Távora de Albuquerque Caixeta, distingue as duas ações da seguinte maneira:

Primeiramente, no que tange ao cabimento da ação há de se observar que, a Ação Anulatória do Registro da Paternidade, se fundamenta na ocorrência de vício formal do ato registral, não se confundindo com a demanda negatória, que tem por substrato vício material. A demanda negatória de filiação é exercitável para impugnar a legitimidade da filiação. Já na ação anulatória do registro visa o pai registral a possibilidade de buscar desconstituir o registro de nascimento, mesmo que o tenha levado a efeito, trazendo por fundamento ou a ocorrência de erro formal no assento de nascimento **ou a ocorrência de vício do consentimento quando do registro**, o pai registral procedeu ao registro mediante fraude, tendo sido induzido em erro, não sendo sabedor da circunstância de não ser o pai biológico da criança gerada por sua esposa ou companheira.⁹

O pai registral, em hipótese alguma pode atacar ou impugnar o próprio ato de reconhecimento. A doutrina e a jurisprudência, todavia, têm entendido que está legitimado a promover a invalidação do registro de nascimento. Neste caso, terá que provar que houve erro ou falsidade do registro, diretamente. Não poderá, sob esse

⁹ CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. Síndrome de Klinefelter: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 756, 30 jul. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7050>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

fundamento, impugnar indiretamente o ato de reconhecimento, ou seja, o erro ou a falsidade será do ato do registro e não do reconhecimento em si, porque poderia significar fraude a lei, uma vez que alcançariam os mesmos efeitos da revogação.

Diante de toda uma nova concepção do conceito de filiação, cada vez mais vem sendo questionada a legitimidade outorgada ao pai de impugnar os filhos nascidos na constancia do casamento, tal direito de ação decorre da presunção de que o pai, sempre é o marido da mãe. Como se trata de filiação fictícia facultada a lei ao pai por presunção que busque pela desconstituição da paternidade.

Segundo Maria Berenice Dias,

Esta demanda não se confunde com a ação declaratória de inexistência de filiação ou ação anulatória de registro, que têm cabimento na hipótese de ter ocorrido vício de vontade. Sem a alegação de erro ou vício do consentimento, a ação é juridicamente impossível, dando ensejo ao indeferimento da inicial.¹⁰

O fundamento constitucional para o princípio do acesso à justiça, ou acesso ao Poder Judiciário - sem a concreta distinção material-formal, pode ser visualizado no art. 5º, inciso XXXV, da CF, o qual prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Através da garantia do acesso à justiça, do subjetivismo do Direito e do Processo, para aplicar a lei ao caso concreto, quando provocado o Estado a manifestar-se, pelo conflito apresentado.

Segundo Gonçalves,

No sistema do Código Civil de 1916 no artigo 340; a presunção pater is est mostrava-se rigorosa, pois se o casal vivia sob o mesmo teto e o marido não se achava fisicamente impossibilitado de manter relação sexual com a mulher, não teria como ilidia-la, mesmo provando o adultério por ela praticado. O marido só podia contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher se provasse que, no período em que esta engravidou, de seis a dez meses antes do nascimento, encontrava-se impossibilitado de coabitar com ela ou já estavam legalmente separados.¹¹

As hipóteses de impossibilidade física de coabitação a jurisprudência incluía a impotência generandi (esterilidade), desde que absoluta, e a separação de fato.

O Código Civil de 2002, contudo, suprimiu todas as limitações à contestação da paternidade e declarou imprescritível a ação negatória, levando em conta o

¹⁰ Dias, Maria Berenice. Manual de Direitos das Famílias, 2015, p.430.

¹¹ Gonçalves, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, 2012, p.329-330.

desenvolvimento da ciência e a possibilidade de se apurar o “o pai biológico” com a desejada certeza científica, em razão da evolução dos exames hematológicos.

Conhecida também como ação de contestação de paternidade, a ação negatória destina-se a excluir a presunção legal de paternidade. A legitimidade ativa é privativa do marido. Só ele tem a titularidade, a iniciativa da ação, mas, uma vez iniciada, passa a ser herdeiros, se vier a falecer no decorrer do seu curso, conforme artigo 1.601.

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

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante tem direito de prosseguir a ação.

Embora em índices menores de ajuizamento, a ação declaratória negativa de paternidade, em razão de ter por intuito a anulação do registro de uma paternidade que já fora reconhecida, desperta grandes discussões acerca do instituto que é a família, das relações afetivas que se desenvolvem em seu seio, das questões quanto aos direitos inalienáveis dos envolvidos na relação, bem como das implicações resultantes desses efeitos na sociedade.

Nessa dimensão, pela busca da solução dos conflitos no cenário jurídico, pelas implicações do rompimento do vínculo, entre pai não biológico e o filho, e, assim, direitos e obrigações de um para com o outro; o favorecimento por uma ação pela desconstituição e inexistência da paternidade socioafetiva.

A paternidade pode ser impugnada por aquele cujo nome veio a ser declinado como genitor da criança, segundo Roberto Senise Lisboa.

A ação negatória de Paternidade é imprescritível, por determinação legal. Trata-se de dispositivo que procura, indiscutivelmente, equiparar os direitos personalíssimos do filho e do suposto pai, concedendo-se tanto a um quanto ao outro o direito de propor a demanda que tenha por objetivo a constituição ou a desconstituição do vínculo de parentesco em linha reta, a qualquer tempo.¹²

Assim, o autor da ação investigatória de paternidade, objetiva a percepção de sentença constitutiva negativa ou desconstitutiva da relação jurídica.

A impugnação do registro civil da paternidade, objetiva reflexamente negar a própria concepção, através da retificação de registro civil.

¹² Lisboa, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, 2004, p.316.

Por efeito, a ação de retificação do registro de nascimento, possui finalidade direta a retificação desse registro, eliminando-se a prova documental e formal da existência da relação de parentesco.

Conforme Silvio de Salvo Venosa,

O desiderato do sistema de registros públicos é que espelhem a verdade, em qualquer modalidade. O reconhecimento de filiação produz efeitos imediatos, a partir de sua manifestação e do lançamento no registro civil, - irretirável e incondicional. Poderá, no entanto, emanar de vícios de vontade ou defeitos formais no registro. Na maioria dos casos, alega-se erro ou coação. A modificação do registro somente se admite com ação anulatória. Unicamente, o comando emergente da sentença com trânsito em julgado poderá modificar o assento do registro civil. No entanto, sempre que for necessário, a ação anulatória do reconhecimento deverá ser proposta, para que a verdade jurídica se amolde à verdade biológica da paternidade.¹³

Entre os elementos essenciais dos negócios jurídicos, destaca-se a declaração de vontade, que deve corresponder à vontade real, verdadeira, dos agentes, sob pena de comprometer a regularidade do ato. Não basta a declaração de vontade do agente, é indispensável que está seja de forma livre, consciente, isenta de coações ou constrangimentos pelas partes. As anomalias apresentadas nas declarações de vontade, implicam na invalidade dos atos praticados, são tratadas como defeitos dos negócios jurídicos.

Nos vícios de consentimento, fatores exógenos provocam a distorção da vontade do agente. A desconformidade entre a vontade real e a declarada pelo agente.

Em relação aos negócios jurídicos, Paulo Nader diz,

Os negócios jurídicos, especialmente os contratos, são recursos técnicos que a ordem jurídica disponibiliza visando à composição dos interesses. Quando a vontade declarada não corresponde à intenção ou ao querer espontâneo do agente não se pode afirmar que os interesses foram satisfeitos, ao contrário, instaura-se o conflito na relação. Uma das funções do Direito é justamente a de proporcionar o equilíbrio social, afastando qualquer fator de desarmonia na sociedade, daí a razão porque os atos negociais que nascem em desconformidade com a vontade dos agentes são considerados defeituosos, padecendo de vícios comprometedores de sua validade. A Lei Civil declara tais negócios nulos ou anuláveis.¹⁴

¹³ Venosa, Silvio de Salvo. Direito Civil, 2005, p.282.

¹⁴ Nader, Paulo. Curso de Direito Civil, 2013, p.411.

Da compreensão jurisprudencial, que converge com o posicionamento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, (REsp 709.608-MS, Quarta Turma, DJe 23/11/2009; e REsp 1.383.408-RS, Terceira Turma, DJe 30/5/2014). REsp 1.330.404-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 05/02/2015, DJe 19/2/2015.¹⁵

Jurisprudência: Direito civil. Desconstituição de paternidade registral. Admitiu-se a desconstituição de paternidade registral no seguinte caso: (a) o pai registral, na fluência de união estável estabelecida com a genitora da criança, fez constar o seu nome como pai no registro de nascimento, por acreditar ser o pai biológico do infante; (b) estabeleceu-se vínculo de afetividade entre o pai registral e a criança durante os primeiros cinco anos de vida deste; (c) o pai registral solicitou, ao descobrir que fora traído, a realização de exame de DNA e, a partir do resultado negativo do exame, não mais teve qualquer contato com a criança, por mais de oito anos até a atualidade; e (d) o pedido de desconstituição foi formulado pelo próprio pai registral. De fato, a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si só, não autoriza a invalidação do registro. Realmente, não se impõe ao declarante, por ocasião do registro, prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, essa presunção. Entretanto, caso o declarante demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, essa presunção poderá vir a ser ilidida por ele. Não se pode negar que a filiação socioafetiva detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227 da CF). Ocorre que o estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto, de ser reconhecido como tal. Em outras palavras, as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte do indivíduo que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe da criança. Portanto, a hignidade da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai consubstancia pressuposto à configuração de filiação socioafetiva no caso aqui analisado. Dessa forma, não se concebe a conformação dessa espécie de filiação quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios

¹⁵ Fonte: Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - Nº 0555.

de consentimento. Ademais, sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos sem que voluntária e conscientemente o queira. Além disso, como a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, caberá somente a ele contestar a paternidade em apreço. Por fim, ressalte-se que é diversa a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais (“adoção à brasileira”), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial. Nesta hipótese – diversa do caso em análise –, o vínculo de afetividade se sobrepõe ao vício, encontrando-se inegavelmente consolidada a filiação socioafetiva (hipótese, aliás, que não comportaria posterior alteração). A consolidação dessa situação – em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242 do CP –, em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetiva, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica.

O simples fato de algum dia alguém ter feito o registro de nascimento de uma criança como sendo seu filho, este não pode ser impedido de buscar a verdade genética.

Quando a ação movida pelo pai, buscando a desconstituição do vínculo de paternidade, além de provar que não é o pai biológico, precisa demonstrar inexistir qualquer vínculo de convivência ou relação socioafetiva, não desfrutando o filho da posse de estado.

No entanto, não há como manter o vínculo jurídico estabelecido de forma presumida ou por indícios, sem o respaldo probatório. Não havendo vínculo de qualquer ordem entre pai e filho, a não ser uma sentença que afirma um fato que não existe, essa inverdade jurídica não pode prevalecer. A Justiça precisa curvar-se a essa verdade, mesmo que alguém, eventualmente, acabe sem genitor. Essa situação, ainda que lastimável, não cabe ser solucionada pelo Judiciário. Incoerência seria a manutenção do vínculo inexistente entre pai e filho, encobrendo assim o fatos onde a verdade real tem que prevalecer.

Conforme Maria Berenice Dias,

Há situações que tornam imperioso desconstituir o registro: quando ele não corresponde nem a verdade biológica nem existe vínculo afetivo que justifique sua manutenção. As hipóteses são frequentes. Quando do casamento, o marido procede ao

registro do filho da esposa como se seu fosse, o que se chama de - adoção a brasileira. Rompida a união, ocorrendo o total afastamento entre eles, sem que tenha se estabelecido relação de convívio de ambos, não desfruta o filho da posse de estado afetivo. Igualmente, se desconhece o filho sua condição de ter sido indevidamente registrado, é admitida a dissolução do vínculo.¹⁶

Quando da alegação do pai registral que desconhecia não ser o pai biológico e que registrou o filho induzido ao erro pela genitora, e ao descobrir não ser o pai, por fato superveniente ou geralmente depois do término da relação, onde a mulher lhe revela a verdade, o mesmo busca a desconstituição do vínculo parental. Verificado o erro e a inexistência da convivência, cabe a anulação do registro.

Diz ainda Maria Berenice Dias,

...cabe contrapor a realidade ficta à verdade biológica?
É, mais: correto, em prol da prolatada segurança jurídica das decisões judiciais, acobertadas com o manto da coisa julgada, manter uma situação inverídica? Os questionamentos vão além: seria justo ao autor e, principalmente, ao filho manter a figura de um pai irreal, criado por ficção legal?¹⁷

A paternidade socioafetiva é tão real quanto a biológica para o Direito. Uma vez não encontrada a relação socioafetiva e verificado a inexistência do vínculo biológico, torna-se imperioso desconstituir o registro, desaparecendo assim a paternidade.

4. CONSEQUÊNCIAS DA DESCONSTITUIÇÃO PARA A CRIANÇA

No Brasil a Constituição da República de 1988, ao prever a igualdade de filiação, trouxe ao direito da famílias, um conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações, garantindo a assim a igualdade entre filhos biológicos e socioafetivos.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, dispõe no art. 227, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de

¹⁶ Dias, Maria Berenice. Manual de Direitos das Famílias, 2015, p.434.

¹⁷ Ibid, p.434

coloca-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, crueldade e opressão.

O Direito brasileiro, tradicionalmente, previa desigualdade de direitos entre filhos. A Constituição de 1988, rompeu com a tradição discriminatória, estabelecendo no art. 227, § 6º que:

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.

Essa norma é repetida pelo Código Civil Brasileiro no art.1.596.

A Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992, regula a investigação dos filhos havidos fora do casamento. Preocupada com o princípio da igualdade entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, estabelece no art. 5º, que:

No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

Prevê, ainda no art. 6º, que:

Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.

§ 1º - Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência à presente lei.

§ 2º - São ressalvadas autorizações ou requisições judiciais de certidões de inteiro teor, mediante decisão fundamentada, assegurados os direitos, as garantias e interesses relevantes do registrado.

Não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva, ou filiação adúltera.

Constituídas pelo vínculos da afetividade, existem diversos tipos de famílias, cada qual com sua importância para o Direito, seja ela registral, biológica ou afetiva.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 no artigo 27 diz:

O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra pais ou seus herdeiros, sem qualquer que seja a origem da filiação.

Paulo Lobo, acerca da filiação diz,

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.¹⁸

Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. Filiação procede do latim filiatio, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.

Sob o ponto de vista do direito brasileiro, a filiação é biológica e não biológica. Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito considera como um fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha exclusividade.

Quem são meus pais? Com quem devo viver? Essas questões significantes para as crianças. Para algumas crianças e alguns adultos que permanecem em dúvida sobre seu parentesco biológico, a identidade parental biológica é um tema importante. Suas identidades pessoal e social são dependentes dessa informação. Para outras crianças, a biologia pode ser menos relevante. Entretanto, para todas as crianças, as decisões legais, que determinarão quem devem ser social e juridicamente seus pais, que deles cuidarão nos seus dias, têm maiores consequências em modelar e contribuir para o grau de estabilidade psicológica em suas vidas. Assentado no princípio da igualdade, não se permite que a interpretação das normas relativas a filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos.

A norma retrata verdadeira mudança de paradigmas, envolvente da concepção de família. A desigualdade entre filhos, particularmente entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, era a outra face da família patriarcal que perdurou no direito brasileiro até a Constituição de 1988.

Da prova de filiação, diz Paulo Lôbo,

No direito brasileiro, a filiação é provada mediante certidão do registro do nascimento. O Código Civil de 2002 no artigo 1.603, manteve-se a regra estabelecida na legislação anterior. Fê-lo bem, ao não exigir a prova da origem genética, bastando a declaração perante o oficial do registro público, tendo em vista

¹⁸ Lôbo, Paulo. Direito Civil: Famílias, 2011, p.217.

as hipóteses de filiação de outra origem. A norma legal deve ser interpretada como a enunciação da prova conclusiva, mas que não é exclusiva nem definitiva. Não é exclusiva, pois admite a prova da posse do estado de filiação no artigo 1.605. Não é definitiva, pois admite sua eventual invalidação conforme artigo 1.604.¹⁹

O direito de contestar a paternidade é exclusivo do pai. O artigo 1.601 do Código Civil de 2002, suprimiu o termo “privativamente” que havia na norma equivalente do Código Civil de 1916, mas o sentido é o mesmo, pois a norma refere ao único titular do direito, o que importa exclusão de qualquer outro. O parágrafo único fecha seu alcance, ao permitir que os herdeiros do impugnante, têm o direito de prosseguir na ação, se esta já estiver sido promovida.

A contestação ou impugnação da paternidade é direito personalíssimo. Ninguém, mesmo o filho ou a mãe, poderá impugnar a paternidade. 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 historicamente anteriormente o direito de família, quando conferiu igualdade aos filhos de qualquer origem e quando suprimiu a discriminação entre família legítima e família ilegítima, base da antiga legislação sobre paternidade e filiação.

A ação de impugnação é proposta contra o filho. Sendo este menor, será representado ou assistido pela mãe, para defesa do estado de filiação. Considerando que a mãe do menor exerce o poder familiar conjuntamente com o pai, e sendo este impugnante, cabe a ela a defesa, sem necessidade de nomeação de curador especial.

Conforme o Novo Código de Processo Civil, as demandas que envolvem o reconhecimento da parentalidade ou até a desconstituição, não fogem à regra da competência territorial, ou seja, da residência do réu; porém quando uma das partes é criança ou adolescente, a competência se fixa pelo domicílio do guardião.

A sentença que a julgar procedente tem eficácia, ex tunc e é oponível a todos, inclusive aos demais parentes do impugnante, que deixam de ser em face do impugnado. Uma das consequências da sentença favorável ao impugnante, além do cancelamento da paternidade no registro do nascimento, é passar o impugnado a usar apenas o nome da mãe, a quem cabem os deveres oriundos do parentesco.

¹⁹ Lôbo, Paulo. Direito Civil: Famílias, 2011, p.232.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações de pai e filho, transcendem as relações jurídicas e biológicas, para o Direito, é inegável a sobreposição da paternidade socioafetiva ao vínculo biológico.

A Constituição Federal de 1988 e do atual Código Civil, romperam com o paradigma da obrigatoriedade da filiação legítima e filiação biológica.

As relações paterno-filial, sofreram mudanças no decorrer do tempo pela evolução comportamental da sociedade.

O estado de filiação foi conceituado com uma relação estabelecida entre o filho e aquele que assume os deveres de paternidade, resultado esse de uma convivência, compreendendo a reciprocidade de direitos e deveres.

A paternidade socioafetiva, instituída através do afeto, não pode ser determinada e nem comprovada cientificamente, ou seja, o que identifica um verdadeiro pai é o afeto, que este dispensa, independentemente de receber algo em troca de um filho.

Faz-se necessário o direito registral do filho pelo pai para garantir a criança a segurança e dignidade e proteção.

Por outro ângulo, a contestação da paternidade não pode ser decisão arbitrária do pai registral, quando declarou no registro que era seu o filho que teve com a mulher, fruto de uma relação. A contestação, nesse caso, terá que estar fundada em hipótese da invalidade dos atos jurídicos, que o direito acolhe, tais como, erro, dolo, coação. No caso de dúvida, prevalecendo a relação de filiação socioafetiva, consolidada pela convivência familiar conforme, elucida o artigo 227 da Constituição Federal, que prioriza os direitos da criança.

Uma vez que, não encontrada a relação socioafetiva e verificado a inexistência do vínculo biológico, desaparecendo assim a paternidade, deixa o impugnante as obrigações de criar, educar e assistir.

A paternidade socioafetiva é tão real quanto a biológica para o Direito. Uma vez não encontrada a relação socioafetiva e verificado a inexistência do vínculo biológico, torna-se imperioso desconstituir o registro, desaparecendo assim a paternidade.

6. REFERÊNCIAS

- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. (05 de 10 de 1988).
Brasília.
- BRASIL, Lei nº 8.069. (13 de 07 de 1990). *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília.
- BRASIL, Lei nº 8.560. (29 de 12 de 1992). *Investigação de Paternidade*. Brasília.
- BRASIL, Lei nº 10.406. (10 de 01 de 2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília.
- BRASIL, Lei nº 13.105. (16 de 03 de 2015). *Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 709.608-MS, Quarta Turma, DJe 23/11/2009; e REsp 1.383.408-RS, Terceira Turma, DJe 30/5/2014). REsp 1.330.404-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 05/02/2015, DJe 19/2/2015
- CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque;. (30 de 07 de 2005). Síndrome de Klinefelter: ação anulatória do registro da paternidade ou negatória de filiação;.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil - Família e Sucessões*, 5ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 10ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 18ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2002.
- FACCHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012.
- FIUZA, Cersar. *Direito Civil - Curso Completo*, 17ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, 9ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2012.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, 4ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2011.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2013.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, Vol. 6, Atlas, São Paulo, 2005.