

RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O ATIVISMO JUDICIAL GARANTIDOR DOS VALORES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

RECOGNITION OF SOCIAL-AFFECTIVE PARENTHOOD: JUDICIAL ACTIVISM AS SAFEGUARD OF THE VALUES OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION

Ana Terra Teles de Carvalho¹

RESUMO

Com a constitucionalização do Direito no Brasil e a consequente ampliação das competências do Poder Judiciário, inúmeras questões, antes restritas ao Legislativo e ao Executivo, passaram a ser resolvidas por juízes e tribunais. Os princípios constitucionais passam a nortear o ordenamento jurídico desde a criação da norma até sua aplicação. Nesse diapasão, tem-se a dignidade da pessoa humana e a afetividade, mitigando os antigos pilares da família, consanguinidade e casamento, ao passo que reorganizam as relações dessa instituição. A paternidade socioafetiva sustenta-se no tripé nome, trato e fama e firma-se na solidariedade, no respeito mútuo, no relacionamento diário, consolidando-se pelo tempo e pelo afeto, sendo reconhecida pelo Poder Judiciário, através de uma interpretação constitucional da expressão “outra origem” do artigo 1593 do Código Civil. Este artigo visa examinar sucintamente as características da paternidade socioafetiva, apontar o ativismo judicial como instrumento garantidor dos valores da Constituição Federal, diante da insuficiência dos dispositivos legais vigentes, bem como verificar o posicionamento jurisprudencial adotado no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do Direito; Paternidade socioafetiva; Ativismo Judicial

ABSTRACT

Since the constitutionalization of Law in Brazil and the resulting enlargement of the powers of the Judicial branch, many issues, hitherto attributed to the Legislative and Executive branches, have been addressed by judges and courts of law. The constitutional principles started to guide the legal order, from the creation of the judicial norm to its implementation. In this vein, the principle of affection emerges, softening the ancient pillars of the family, i.e. consanguinity and matrimony, while reorganizing the links of that institution. The social-affective parenthood rests on the name, acquaintanceship and fame tripod, and is based upon solidarity, mutual respect and daily contact, consolidated through time and affection, being acknowledged by the Judicial branch due to an interpretation in accordance with the Brazilian Constitution of the expression “other source”, in article 1593 of the Civil Code. This paper aims to briefly discuss the characteristics of social-affective parenthood, to point judicial activism as a tool that safeguards the values of the Brazilian Constitution, due to the inadequacy of the existing legal rules, as well as to examine the current judicial stance adopted in Brazil.

KEYWORDS: Constitutionalization of Law; Social-affective parenthood; Judicial activism

¹ Advogada, especialista em Direito de Família e Sucessões, pós-graduanda em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Universidade Estácio de Sá e mestranda da Universidade Federal de Sergipe- UFS. E-mail: anaterateles@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Em decorrência da transição de um modelo de Estado Liberal para o Estado Social, o Direito, acompanhando os anseios da sociedade, vem passando por grandes transformações. Enquanto naquele defendia-se a autonomia da vontade como gestora das relações humanas, neste tem-se a intervenção do governo na economia, a garantia de direitos mínimos e a proteção do hipossuficiente.

No Brasil, a Constituição de 1988 é um marco entre a ditadura e a democracia, trazendo em seu bojo inúmeros Direitos Sociais e princípios que norteariam toda feita, interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. Tem-se então o fenômeno conhecido como a constitucionalização do Direito.

[...] No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. (BARROSO, 2010, p. 04).

Nesse diapasão, o Direito Civil também teve seus pilares, propriedade, autonomia da vontade e família, mitigados pelos princípios constitucionais como a função social, a equidade e a dignidade da pessoa humana. Desta forma, após o advento da Constituição Federal de 1988, não há mais como analisar ou aplicar as normas do Direito Civil sem que antes estas passem pelo filtro dos princípios constitucionais.

Um dos ramos do Direito Civil mais modificado com a absorção dos princípios constitucionais foi o Direito de Família; posto que esta, no século XXI, não mais se compõe nos moldes hierarquizados, patriarcais e patrimonializados da família romana (SANTOS, 1999, p. 20). Nesse sentido, asseveram Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (2001, p. VIII):

Família não é mais essencialmente um núcleo econômico e de reprodução, onde sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. Passou a ser – muito mais que isto – o espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo diversos princípios que norteariam um novo Direito de Família. O primeiro passo foi alargar o conceito de entidade familiar, protegendo assim diversas espécies de família. A igualdade entre homens e mulheres

e entre a prole, independente de sua origem, também foi um avanço. Ademais, a proteção integral da criança e do adolescente demonstra as novas diretrizes de validade, interpretação e aplicação das normas do referido ramo.

O Código Civil de 1916, vigente quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, fazia “evidente distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, registrado no assento de nascimento a origem da filiação” (DILL; CALDERAN, 2011, p. 4). A Constituição Federal de 1988, no § 6º do Art. 227, assegurou a igualdade de direitos entre os filhos, independente da origem e vedou qualquer tipo de designação discriminatória relativa à filiação. (BRASIL, 1988).

Rose Melo Venceslau (2004, p. 45) afirma que:

O estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos.

Uma vez que o Código Civil de 1916, não era compatível com a Constituição de 1988 e não comportava os anseios e as necessidades da sociedade contemporânea, foi promulgado o Código Civil de 2002. Embora tenha trazido inúmeros avanços, o “novo Código Civil” ainda estava aquém do alcance democrático e garantidor da Constituição Federal.

Desta forma, visando garantir a aplicabilidade dos princípios constitucionais, o judiciário necessita realizar filtragem diária das normas dispostas no Código Civil e interpretações recorrentes a fim de que o “espírito da constituição” se cumpra nas decisões de primeiro e segundo grau por todo o país.

Para José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 23) “sob a concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais – como apoio indispensável para sua formação e estabilidade na vida em sociedade.”

Nesse mesmo sentido Maria Berenice Dias (2009, p. 69) afirma que:

[...] ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

Neste novo e mais abrangente conceito de família surge o parentesco por afinidade e com este a figura do pai socioafetivo. A paternidade socioafetiva firma-se na solidariedade, no respeito mútuo, no relacionamento diário, sendo consolidada pelo tempo e pelo afeto.

Por muitas vezes a paternidade biológica restringe-se a um exame de DNA, não havendo responsabilidade, transmissão de valores ou mesmo afeto entre o filho e o pai genético.

Destarte, reconhece-se a aptidão da ciência de identificar a origem genética dos indivíduos, o que, infelizmente, não assegura a construção de laços sólidos de solidariedade e responsabilidade, caracterizadores da relação entre pai e filho. A filiação estabelecida por esta via, por vezes, não significará nada mais do que a menção, na certidão de nascimento, da paternidade, e a conseqüente possibilidade de reivindicação de direitos patrimoniais. (SILVA, L., 2004, p. 2).

O reconhecimento da paternidade socioafetiva é fruto da constitucionalização do Direito de Família e de uma interpretação e aplicação do diploma civilista voltadas à concretização dos princípios constitucionais. Conforme os ensinamentos de Luis Roberto Barroso (2009, p. 2), a constitucionalização do Direito culminou na judicialização, ou seja, na transferência de competências, antes restritas ao Executivo e ao Legislativo, para tribunais e juízes.

Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 557), “a jurisdição constitucional emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos.” Desta forma, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.” (BARROSO, 2009, p. 2).

O ativismo judicial surge não somente da impossibilidade do Judiciário se omitir frente à demanda judicial, mas também da nova competência atribuída a este Poder pela Constituição de 1988 de promover a dignidade da pessoa humana e de garantir o cumprimento dos valores constitucionais, independente da existência de legislação ordinária sobre o tema.

Este artigo visa examinar sucintamente as características da paternidade socioafetiva, apontar o ativismo judicial como instrumento garantidor dos valores da Constituição Federal, diante da insuficiência dos dispositivos legais vigentes, bem como verificar o posicionamento jurisprudencial adotado no Brasil.

2 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Responsável pela transmissão de valores, costumes e conhecimento, a família é a primeira instituição conhecida pelo homem, sendo anterior ao sedentarismo, à construção de cidades e à instituição do Estado (MENEZES, 2008, p. 1). No decorrer dos séculos, o conceito e a finalidade da família tem passado por muitas transformações.

No Brasil, a moderna doutrina civilista adota três conceitos de família: em sentido amplíssimo seria a reunião de pessoas ligadas por uma relação de dependência, ainda que não houvesse parentesco entre elas; em sentido amplo abrangeria aqueles que guardam entre si algum tipo de parentesco, consanguíneo, civil ou afim e; em sentido restrito seria composta pelas pessoas ligadas entre si pelo casamento ou filiação. (RODRIGUES, 2011, p. 16).

Sobre o tema, Pietro Perlingieri (2002, p. 243) afirma que independente da forma de organização a família possui proteção constitucional e tem por finalidade a educação de seus membros, apontando o afeto como elemento caracterizador da entidade familiar.

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contradição aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida. (PELINGIERI, 2002, p. 243).

Atualmente, a paternidade pode ser determinada a partir de três vínculos: o jurídico, normalmente disposto na certidão de nascimento; o biológico, facilmente comprovado com um exame de DNA; e o afetivo, decorrente do convívio, do respeito e do afeto mútuo. Nesse sentido afirma Ionete Souza (2009, p. 4):

Levando-se em consideração essas diferenças e focando a paternidade, identificam-se, pelo menos, três tipos: a biológica, a jurídica e a afetiva (ou socioafetiva). Essas podem estar embutidas numa só. E é o que sempre se espera; estando tal expectativa no campo do "ideal". Entretanto, não raras vezes, as "paternidades" são dissociadas.

A paternidade socioafetiva é uma consequência do reconhecimento do afeto como um dos fundamentos da entidade familiar. Dessa forma, se a afetividade mitiga a consanguinidade e o casamento, o parentesco psicológico pode prevalecer sobre a verdade biológica e a realidade legal.

Ensina Maria Berenice Dias (2010, p. 4-5) que:

A mudança dos paradigmas da família reflete-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, posse do estado de filho.

Todas essas expressões nada mais significam do que a consagração, também no campo da parentalidade, do mesmo elemento que passou a fazer parte do Direito de Família. Tal como aconteceu com a entidade familiar, agora também a filiação passou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. O Direito ampliou o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.

À luz da afetividade não basta apenas um teste de DNA ou olhar o nome disposto na Certidão de Nascimento para saber quem é o pai. É necessário analisar a responsabilidade, o companheirismo, a postura ao longo da formação do indivíduo.

Os pais e filhos não são unidos apenas por laços de sangue, mas também por amor, carinho, afetividade, respeito, cuidados e sentimentos de prosperidade, uma vez que a responsabilidade e função desses verdadeiros *pais afetivos* são assaz importantes. Nada os vincula ou os obriga à criação e ao desenvolvimento do amor por esses *filhos*, mas apenas o fazem por ser esta uma vontade que surge do afeto, do amor. (SIMÕES, 2007, p. 10-11).

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 324), “a família deixou de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, firmando-se como grupo de afetividade e companheirismo onde se nota que há uma tendência de desbiologização da paternidade.”

A paternidade, sob o aspecto sociológico, direciona-se para a efetiva convivência, com características de afeto, respeito e demais direitos/deveres na ordem familiar.

[...]

A terminologia "genitor", anteriormente tratada como sinônimo de "pai", não mais se integra na melhor doutrina familista, haja vista a larga diferença imposta pelos avanços sociais, técnicos e genéticos. Portanto, genitor é o que gera, concebe geneticamente o início de uma vida humana, seja pelos métodos naturais ou pela fecundação artificial homóloga, inseminação heteróloga e fertilização *in vitro*. Ser genitor não quer dizer, necessariamente, que é (ou será) um pai.

[...]

Assim, o significado de ser "pai" é indicado através de estudos sociais e psicológicos como aquele homem que cria, educa, ensina e direciona, convive e oferece respaldo afetivo, além do material (SOUZA, 2009, p. 2-3).

Nesse sentido, Moor (2001, p. 14) defende que a paternidade deixou de ser um fato da natureza para ser uma questão de função.

Aparece a verdade sociológica ou afetiva, nascida do investimento afetivo e do cuidado, da gratificação permanente e da identificação recíproca dos indivíduos. [...] A paternidade, por ser uma questão precipuamente de função, deixa de ser um fato da natureza e passa a ser um fato cultural. Assim, não basta a reunião de pais e filhos, mas é necessário o estabelecimento do vínculo psíquico, que vai definir a família antes como uma estruturação psíquica. (MOOR, 2001, p. 14).

Para Larissa Toledo Costa (2006, p. 4) a paternidade socioafetiva caracteriza-se pela posse do estado de filho e sustenta-se em um tripé: nome, trato e fama. Nome significa o filho utilizar o nome do pai socioafetivo como se fosse o biológico. Trato é a postura que filho e pai mantêm um para com o outro, ou seja, se assim se tratam e se respeitam mutuamente. Fama seria a exteriorização para a sociedade do trato, quer dizer, se diante desta, eles se comportam como pai e filho e se assim cumprem suas funções na sociedade.

Sobre o tema, José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 60) afirma:

Entendemos que posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.

De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p. 548) “o papel preponderante da posse do estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, dessa forma, mais Direito à vida e mais vida ao Direito.”

Nas palavras de Rose Melo Venceslau (2002, p. 391):

Pai, ou pais, para a Constituição Federal é aquele que assume a paternidade responsável, que juntamente com a sociedade e o Estado, tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente, 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. Tudo isso pode ser oferecido por quem não é biologicamente o pai.

O Código Civil de 2002 dispõe em seu artigo 1593 que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002). Ao comentar o supracitado artigo, Luiz Fernando Valladão (2012, p. 1) ensina:

A expressão "outra origem", entre outras hipóteses, significa o parentesco derivado do carinho, do respeito, da afeição e da dedicação, mesmo que a relação existente entre seus sujeitos não seja de cunho biológico. Portanto, afere-se do dispositivo legal mencionado que o parentesco biológico não é o único que gera efeitos jurídicos e sociais. Pelo contrário, em determinados casos, a verdade biológica, ainda que provada pelo quase infalível exame de DNA, cede espaço para a verdade socioafetiva, construída com base nas situações de afeto mútuo entre pais e filhos. Essa afirmativa traz à baila a importância primordial do pai social, cuja ligação com o filho não foi gerada a partir de uma relação sexual, muitas vezes sem a menor importância para os seus protagonistas, mas sim derivada do amor, da dedicação e do carinho constantes durante toda uma vida.

Ademais, a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a importância do afeto para o ordenamento jurídico brasileiro e a parentalidade socioafetiva.

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva. (ENCONTRO, 2006).

Ante o exposto, uma vez que o reconhecimento da paternidade socioafetiva está em conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, diariamente juízes de primeiro e segundo grau preenchem o significado da expressão “outra origem” do artigo 1593 do Código Civil, garantindo os princípios e valores da Constituição Federal,

3 ATIVISMO JUDICIAL

Segundo Luis Roberto Barroso (2009, p. 2) após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil vem, paulatinamente, passando por um processo de judicialização, ou seja, questões de repercussão política e social que antes eram resolvidas pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo, agora são decididas pelo Judiciário. O fenômeno da judicialização tem inúmeras causas, algumas demonstram uma tendência mundial e outras estão fortemente ligadas às peculiaridades do ordenamento pátrio.

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostra-se falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’. (CASTRO, 1997, p.27).

A redemocratização trouxe consigo mais informações para a população. O cidadão, agora ciente dos seus direitos, recorre cada vez mais ao Judiciário a fim de vê-los resguardados. O Ministério Público ampliou suas competências, abrangendo não só o Direito Penal, mas todos os diversos ramos do ordenamento pátrio. Houve ainda um notório

fortalecimento da Defensoria Pública. Tudo isso contribuiu para a expansão e o fortalecimento do Poder Judiciário. (BARROSO, 2009, p. 2).

Ademais, o caráter analítico da Constituição Federal de 1988 também colaborou para a judicialização, ao passo que trouxe para o texto constitucional diversos temas que antes eram tratados pelo Legislativo ou pelo Executivo, aumentando a abrangência do Poder Judiciário. Some-se a isso o alcance do controle de constitucionalidade, permitindo que inúmeras questões possam ser levadas ao Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2009, p. 2).

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. (BARROSO, 2009, p. 2-3).

Sobre a abrangência do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, Fernando Gomes de Andrade (2007, p. 322) assevera:

Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição.

Nesse mesmo sentido, ao tratar sobre a refixação de conceitos, a evolução do Direito diante das transformações da sociedade e o papel do STF neste contexto, Vanice Regina Lirio do Valle (2009, p. 59) aduz:

[...] um conjunto de categorias jurídicas, novas ou conhecidas, que na sua delimitação original ou com fronteiras refixadas, vêm se apresentando como parâmetros teóricos a justificar uma tendência expansionista dos poderes decisórios do Supremo Tribunal Federal. Uma vez mais, a estratégia é efetivar um sistema de controle de constitucionalidade que não descarte o raciocínio empreendido pela corte e, portanto, não perca o conhecimento já adquirido e adapte e atualize os conceitos, nos termos da nova realidade.

Segundo Barroso (2009, p. 3), judicialização e ativismo judicial não são sinônimos. Enquanto aquela é um fato, uma consequência do modelo constitucional adotado no Brasil, este é uma atitude, uma opção do Judiciário frente à inércia dos demais Poderes.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 4).

Para Maria Berenice Dias (2003, p. 11-12), uma vez que é impossível para o legislador contemplar todas as situações dignas de tutela, a atuação do Judiciário torna-se imprescindível a fim de que o cidadão tenha seus direitos preservados independente de haver ou não legislação específica para o caso.

O fato de não haver previsão legal para específica situação não impede o seu reconhecimento nem significa inexistência de direito à tutela jurídica. A ausência de lei não quer dizer ausência de direito. [...] A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela. (DIAS, 2003, p. 11-12).

Conforme Hélder Fábio Cabral Barbosa (2011, p. 151), não há acréscimo de poder ou desvio de função do Judiciário no ativismo, posto que este é um instrumento de concretização dos direitos fundamentais, devendo ser respeitado com tal.

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade. (BARBOSA, 2011, p. 151).

Nesse diapasão, Barros (2009, p. 1) defende que sendo o afeto característica inata ao ser humano, é dever do Estado assegurar que não seja violado e propiciar, promover, que seja exercido. Corroborando com esse entendimento, Miranda (2013, p. 97) defende que desde que exista uma justificação adequada e o fim for a defesa de um direito fundamental, há um poder-dever do Estado de agir.

Ante o exposto, o reconhecimento da paternidade socioafetiva pelo judiciário brasileiro, embora o Código Civil não traga expressamente esta possibilidade, é um exemplo de ativismo judicial garantidor dos valores constitucionais.

4 PESQUISA JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência brasileira tem apontado no sentido de que a paternidade socioafetiva prevalece sobre a biológica. Nas palavras de Larissa Toledo Costa (2006, p. 3), “se o afeto venceu a falta de consanguinidade, não cabe à justiça desconstituir a paternidade socioafetiva que surgiu entre esse pai e esse filho.”

ACÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INOCORRÊNCIA. Caso de sentença que, em ação de investigação de paternidade, julgou improcedente o pedido, mesmo em face de exame de DNA que apontou inexistência de vínculo biológico, **dando prevalência a paternidade socioafetiva**. Hipótese que não caracteriza violação literal a qualquer dispositivo legal. JULGARAM IMPROCEDENTE. (Ação Rescisória Nº 70041656729, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/08/2011, grifo meu).

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça já é pacífico no sentido que pretensões voltadas à impugnação da paternidade, quando fundadas apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva, não podem prosperar.

DIREITO DE FAMÍLIA. ACÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1059214 RS 2008/0111832-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/02/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2012).

Embora reconheça a prevalência da paternidade socioafetiva, o STJ também assegura o direito à verdade genética e não admite ao pai biológico arguir a paternidade socioafetiva de terceiro para eximir-se de suas obrigações.

INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE - IMPROCEDÊNCIA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA RECONHECIDA - APELO - PROCEDÊNCIA DO RECURSO - IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO DE PROPOSITURA DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DE PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA DE TERCEIRO PARA EXIMIR-SE DA PATERNIDADE AFERIDA EM EXAME DE DNA REALIZADO ESPONTANEAMENTE PELAS PARTES. Embargos de declaração:(e-STJ fl. 82) interpostas pelo agravante, foram rejeitados. Recurso especial: alega violação do art. 333, I, do CPC, bem como dissídio jurisprudencial. Assevera que o laudo genético não é prova suficiente para o acolhimento do pedido investigatório. Sustenta a impossibilidade de retratação do reconhecimento da paternidade, ainda que baseada em falsidade ideológica. Afirma que ato registral é irrevogável, logo, a paternidade sócio-afetiva deverá prevalecer. Relatado o processo, decide-se.- Da Súmula 83/STJ O TJ/MG, ao decidir que a agravada tem direito ao reconhecimento do vínculo biológico, ainda que tenha estabelecido laço sócio-afetivo com outra pessoa, alinhou-se ao entendimento do STJ quanto à matéria. Nesse sentido: REsp 833.712/RS, 3ª Turma, de minha relatoria, DJ 04/06/2007 e AgRg no AgRg no Ag 951.174/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJ 09/12/2008.- Do reexame de fatos e provas O Tribunal de origem assim se manifestou a respeito da prova da paternidade biológica do agravante: O exame pericial de DNA realizado na Clínica do Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto concluiu que a probabilidade do apelado ser o pai biológico da apelante é de 99,58% . O referido exame foi realizado espontaneamente entre as partes. Enfim,[...] não se tendo atacado o procedimento de produção da prova pericial e tendo sido aceita, ainda que implicitamente a validade científica do laudo pericial realizado espontaneamente pelas partes, o julgador não estará se transformando em simples homologador do resultado do exame pericial, mas exercendo a função de avaliador da correção da produção de uma prova e expressando a força de convencimento dela ao acolhê-la na formação de seu juízo. Por último, não são alegados fatos que, provados por testemunhas, pudessem desmerecer a produção do exame técnico e infirmar sua conclusão. Alterar o de (e-STJ fls. 85/87) cidido no acórdão impugnado exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ. Forte nessas razões, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento. Publique-se. Intimem-se. Brasília , 02 de junho de 2010. MINISTRA NANCY ANDRI (DF) GHI Relatora. (STJ - Ag: 1291198, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJE 17/06/2010)

Importante observar que embora o vínculo afetivo venha sendo reconhecido pelos julgadores brasileiros, não tem sido provido pleito de caráter meramente patrimonial, principalmente se o suposto pai já faleceu e não indicou a intenção do reconhecimento em vida.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO PARENTAL. CARÁTER PATRIMONIAL. PROVA. 1. A ação de investigação de paternidade visa o estabelecimento forçado da relação jurídica de filiação. 2. Se a autora possui pai biológico e que a registrou como filha, o pedido de declaração de filiação socioafetiva é juridicamente impossível, pois quem já possui pai não pode buscar o

reconhecimento simultâneo de outra paternidade, salvo de buscar concomitantemente a desconstituição da paternidade registral. 3. Como nada foi alegado contra a paternidade registral e como o investigado não é pai biológico da autora, sua pretensão é juridicamente impossível. 4. Se o *de cujus* pretendesse reconhecer a recorrente como filha, certamente teria promovido a sua adoção ou lavrado algum instrumento público neste sentido, mas nada foi feito. 5. Inexistente a relação jurídica de filiação, inexistente título jurídico capaz de albergar qualquer direito sucessório, pois não existe nem mesmo testamento. Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 70040702797 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data de Julgamento: 19/10/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/10/2011).

Da mesma forma, o STF vem entendendo que não se configura a paternidade socioafetiva quando a adoção era possível e não foi realizada por falta de interesse das partes, não reconhecendo a filiação por considerar ingerência do Estado na vontade do cidadão.

Vistos. Marisa Soares Machado interpõe recurso extraordinário (folhas 460 a 473) contra acórdão proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim do: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA – POSSE DO ESTADO DE FILHA – EFEITOS JURÍDICOS – INGERÊNCIA DO ESTADO NA VONTADE DO CIDADÃO – DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE – ADOÇÃO – GARANTIA CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS – NÃO PROVIMENTO DO RECURSO – O Estado não pode contrariar a vontade do cidadão, já falecido, que teve a oportunidade de adotar a Autora e não o fez, preferindo apenas cumprir com as obrigações do pátrio poder que lhe foi outorgado judicialmente pela mãe biológica, função que exerceu com brilhantismo” (folha 666). Interpostos embargos de declaração (folhas 673 a 676), foram rejeitados (folhas 678 a 681). Insurge-se, no apelo extremo, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, contra alegada contrariedade aos artigos 1º, inciso III, 226, 227, § 6º, da Constituição Federal, em razão de ter sido liminarmente indeferida a petição inicial pela qual pretendia ver declarada a relação de paternidade sócio-afetiva que teria mantido com Joaquim Fernandes de Moraes, já falecido. Processado sem contrarrazões, o recurso não foi admitido, na origem (folhas 692 a 694), daí a interposição do presente agravo. O recurso especial paralelamente interposto já foi rejeitado pelo Superior Tribunal de Justiça (folha 699). Decido. Anote-se, inicialmente, que o acórdão dos embargos de declaração foi publicado em 2/6/04, conforme expresse na certidão de folha 682, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. A irresignação não merece prosperar. Inicialmente, porque os dispositivos constitucionais indicados como violados no recurso extraordinário carecem do necessário prequestionamento, sendo certo que os acórdãos proferidos pelo Tribunal de origem não cuidaram explicitamente das referidas normas, nem mesmo depois de interpostos embargos de declaração, para sanar essa eventual omissão. Incide, na espécie, a Súmula nº 282, desta Suprema Corte. E, ainda, porque eventual análise acerca da alegada violação dos princípios constitucionais objetos do presente recurso demandaria o necessário reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que se mostra de inviável ocorrência no âmbito do recurso extraordinário, a teor do que dispõe a Súmula 279 do STF. De fato, conforme consta do acórdão recorrido, in verbis: “Quanto ao mérito, não vejo como acolhê-lo. Em que pese o brilhantismo do ilustre causídico, bem como o aspecto inovador da tese da paternidade sócio-afetiva, a questão é mais ampla, porque o falecido teve oportunidade de legalizar a adoção e não o fez em vida, razão pela qual não vejo como a Justiça poderá preencher tal lacuna. A tese da posse do estado de filho como fato gerador de efeitos

jurídicos capazes de definir a filiação nos leva a questionar se a verdadeira paternidade se explica apenas pela genética. Sabemos que não. Tanto que a legislação veio ampliar o instituto jurídico da adoção, consagrado na Constituição Federal que, no art. 226, § 6º concede aos filhos, havidos ou não das relações do casamento ou por adoção os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. No presente caso, a Autora requer seja declarado que seu pai é o senhor Joaquim Fernandes de Moraes, pessoa que a acolheu aos três anos e a criou como se filha fosse. Tal pedido está sendo feito em desfavor da única filha do falecido, Cristina Moraes Goecking. Compulsando os autos, ficou evidenciado que a Autora foi realmente criada pelo Sr. Joaquim Fernandes de Moraes, que a levou para residir em sua casa, sendo que ele preencheu o papel de pai e a mãe do falecido, sra. Ana, foi quem exerceu a função de mãe da criança, sendo que os outros irmãos do falecido a consideram como verdadeira irmã, haja vista as declarações dos mesmos juntada aos autos, fls. 20 a 26. A prova documental também é clara ao evidenciar que o falecido compareceu em juízo e recebeu da mãe biológica da Autora autorização para a outorga do pátrio poder, fls. 27, em 1961. Outra evidência é a sentença de emancipação concedida à menor a fim de contrair matrimônio. Portanto, diante do grau de afetividade que a Autora demonstrou pelo falecido, evidente que ele se desincumbiu com brilhantismo da função outorgada pelo pátrio poder, ou seja, "obrigou-se a criá-la, educá-la, mantê-la em sua companhia e de sua mãe,(mãe do falecido),cuidar de seus interesse em juízo e fora dele e ampará-la como se fossem seus pais"...fls. 29. Deu-lhe realmente uma família em que se sente perfeitamente integrada e há mesmo notícia de que o de cujus fez doação à autora do imóvel no qual reside atualmente, fls. 25. E a Autora honra a educação que recebeu, demonstrando carinho e reconhecimento para com o pai/padrinho, bem como para a mãe do falecido, que foi sua verdadeira mãe e aos seus irmãos, trazendo muitas alegrias a esta família. Mas o falecido não cuidou de adotá-la do ponto de vista legal, sendo este o ponto central da questão. Se tinha este instituto a sua disposição e não o utilizou em vida, não pode agora, depois de sua morte, haver ingerência estatal a autorizar tal situação. O argumento de que não houve adoção porque não foi bem orientado não se coaduna com a vida do de cujus, profissional altamente qualificado, era proprietário de vários imóveis que administrava e que conseguiu amealhar durante a vida, conforme consta dos autos de inventário. Também manteve um longo relacionamento amoroso com Selma Maria Londes, inventariante e mãe de sua filha, no caso presente a requerida Cristina Moraes Goecking. Há mesmo uma certidão de doação de imóvel para a companheira, com quem consta que conviveu por 37 anos. Não se discute que o Direito de Família deve ser dinâmico e seguir a evolução dos tempos. Também é perfeita a assertiva de que a interpretação das leis não deve ser formal, mas antes de tudo real, humana e socialmente útil, cabendo ao Judiciário examinar cada caso e aplicar a lei com equidade. Mas não pode o Estado exercer ingerência na vida do cidadão a ponto de contrariar sua vontade ou mesmo impor uma vontade que não foi manifestada pelo falecido. Conforme observado pela ilustre Sentenciante "se o próprio de cujus teve a oportunidade de agraciar a Requerente por duas vezes, primeiro com a adoção e segundo com parte de seu patrimônio, e não o fez, não cabe a este Juízo suprir tal vontade de foro íntimo." (folhas 668 a 670). De fato, muito embora a petição inicial da presente ação tenha sido liminarmente indeferida, em razão do reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido deduzido, o certo é que tal decisão foi fundamentada no conjunto fático-probatório constante dos autos, no qual também se escorou o acórdão atacado, para confirmar aquele veredicto. Inviável, destarte, a reavaliação desses fatos, em recurso extraordinário, para revisão dessa conclusão. Em arremate, convém que se diga que a pretensão deduzida pela recorrente tem cunho eminentemente econômico, haja vista que postulou, expressamente, ao cabo da petição inicial deste processo, a título de antecipação dos efeitos da tutela, que lhe fosse reservada a metade dos bens deixados pelo falecido a quem pretende seja reconhecida a condição de seu pai. Não é demais ressaltar, quanto a tal aspecto, conforme bem observado pelo magistrado de Primeiro Grau que, "se o próprio de cujus teve a oportunidade de agraciar a Requerente por duas vezes, primeiro com a adoção e segundo com parte de seu patrimônio, e não o fez, não cabe a este Juízo suprir tal vontade de foro íntimo". Vê-se, portanto, que muito

mais do que o resguardo a direitos personalíssimos da agravante, o intuito que persegue, com o ajuizamento de uma ação como a presente, é de cunho eminentemente patrimonial, que não é resguardado pelas normas constitucionais que invocou, ao interpor o recurso extraordinário em tela. Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Publique-se. Brasília, 31 de agosto de 2011. MINISTRO DIAS TOFFOLI Relator. (STF - AI: 746096 MG, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 31/08/2011, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 05/09/2011 PUBLIC 06/09/2011).

O reconhecimento de filhos no registro de nascimento é irrevogável, sendo a anulação do ato somente admitida quando demonstrada a existência de coação, erro, dolo, simulação ou fraude (BRASIL, 2002). Dessa forma, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal entende que embora constatada a inexistência de filiação biológica, pelo exame de DNA, é inviável anular o registro civil, realizado por livre vontade, quando já caracterizada a paternidade socioafetiva.

CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RELAÇÃO SÓCIO-AFETIVA CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. 1. TEM-SE, NO CASO EM ESTUDO, A HIPÓTESE DE FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA, RECONHECIDA COMO SENDO AQUELA CARACTERIZADA PELA FUNÇÃO DE PAI DESEMPENHADA POR QUEM ACOLHE COMO PRÓPRIO FILHO DE OUTREM. 2. O INSTITUTO DO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE IMPORTA EM ATO DE VONTADE E SE APERFEIÇA PELA AUSÊNCIA DE QUALQUER IMPOSIÇÃO OU CONSTRANGIMENTO CONTRA AQUELE QUE O PRÁTICA, REVESTINDO-SE DOS CARACTERES DE IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE. 3. HAVENDO PROVAS INCONTROVERSAS DA EXISTÊNCIA, ENTRE AUTOR E RÉU, DE LAÇOS DE AFETIVIDADE SUFICIENTES PARA CONFIGURAR UM RELACIONAMENTO ENTRE PAI E FILHO, OU SEJA, SÓCIO-AFETIVO, NÃO SE MOSTRA RAZOÁVEL A ANULAÇÃO DO RECONHECIMENTO COM BASE, APENAS, NAS ALEGAÇÕES DE QUE O RELACIONAMENTO ESTARIA ABALADO. 4. O REQUERENTE, DE FORMA LIVRE, ESPONTÂNEA E CONSCIENTE, RECONHECEU, COMO SENDO PRÓPRIO, FILHO QUE SABIA SER DE OUTREM, O QUE IMPLICA DIZER NÃO SER CABÍVEL A ANULAÇÃO DO ATO, POIS NÃO EIVADO DE QUAISQUER DOS VÍCIOS ENUMERADOS NO ARTIGO 171, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL. 5. APELO NÃO PROVIDO. (Apelação Cível nº 45559220088070007 DF 0004555-92.2008.807.0007, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 04/02/2009, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 16/02/2009, DJ-e Pág. 91).

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

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. (STJ - REsp: 1383408 RS 2012/0253314-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2014).

Sempre visando o melhor interesse da criança, o STJ também decidiu que em caso de adoção à brasileira o registro de nascimento só pode ser anulado caso o vínculo socioafetivo ainda não tenha sido constituído.

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto a quo teria contrariado lei federal, o que in casu não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao artigo 535 do Código de processo Civil (Súmula n. 284/STF). 2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adoptante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado. 3. Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 1088157 PB 2008/0199564-3, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 23/06/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2009).

O Superior Tribunal de Justiça tem sentenciado favorável também à possibilidade do acréscimo do nome do pai socioafetivo ao registro de nascimento do filho para que este apresente o mesmo nome usado pelos demais integrantes da família.

NOME. ALTERAÇÃO. PATRONÍMICO DO PADRASTO. O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela. Recurso não conhecido. REsp 220059 / SP RECURSO ESPECIAL 1999/0055273-3.

Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102). Órgão julgador: segunda seção. Data do julgamento: 22/11/2000.

Em conformidade com as transformações ocorridas no Direito de Família e com a sua interpretação à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela destituição do poder familiar por abandono afetivo e material a fim de que a criança pudesse ser adotada pelo pai socioafetivo.

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DOS DEVERES INERENTES À PATERNIDADE. A impressão que fica é que o apelante está aqui se insurgindo contra a decisão e ofertando alimentos apenas para não dizer que perdeu a filha para outro homem, para o atual marido de sua mulher, em uma mera disputa de poder. Agora quer a filha porque soube que outro a quer. O apelante foi um dia pai de V., na concepção e no registro civil. Além disso, nada mais. Eles não se conhecem, nada sabem um do outro, porque o apelante assim o quis. Outro foi o verdadeiro pai da menina. E este é o atual marido da mãe, que formou com ela verdadeira relação socioafetiva, que, tudo indica, levará à concretização da adoção. **O ato de ser pai não se limita à procriação, mas exige amar, compartilhar, cuidar, construir uma vida juntos. E se a procriação é apenas um dado, a efetiva relação paterno-filial exige mais do que apenas os laços de sangue** (J. Delinski). NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70008755159, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/08/2004, grifo meu).

Ante o exposto, a paternidade socioafetiva é um fato social que paulatinamente vem sendo resguardado pelo judiciário brasileiro através de interpretações em conformidade com os valores constitucionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No último século, a família brasileira antes patriarcal e patrimonialista, fundada no casamento indissolúvel e no pátrio poder, a qual diferenciava os filhos em legítimos e ilegítimos, foi paulatinamente se reestruturando desde os princípios norteadores até as próprias composições.

A Constituição Federal de 1988, sensível aos novos anseios sociais, estabeleceu diversos princípios que influenciaram todo o ordenamento brasileiro, inclusive o Direito de Família. A constitucionalização ampliou ainda as competências do Poder Judiciário. Nesse sentido Cristiano Chaves de Farias (2004, [n. p.]) assevera:

O direito de família no Brasil atravessa um período de efervescência. Deixa a família de ser percebida como mera instituição jurídica para assumir feição de instrumento para a promoção da personalidade humana, mais contemporânea e

afinada com o tom constitucional da dignidade da pessoa humana. Não mais encerrando a família um fim em si mesma, finalmente, averba-se que ninguém nasce para constituir-la (a velha família cimentada no casamento, não raro, arranjado pelo pai que prometia a mão de sua filha, como se fosse uma simples negociação patrimonial). Ao revés, trata-se do lugar privilegiado, o ninho afetivo, onde a pessoa nasce inserida e no qual modelará e desenvolverá a sua personalidade, na busca da felicidade, verdadeiro desiderato da pessoa humana. Está é a família da nova era.

A aplicabilidade dos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade é essencial para um Direito de Família atual, no qual homens e mulheres possuem os mesmos direitos e os filhos são equiparados, independente da origem. Os referidos princípios são indispensáveis ainda para a caracterização da paternidade socioafetiva. Segundo Pedro Belmiro Welter (2004, p. 285), “os pais são aqueles que amam e dedicam a sua vida a uma criança ou adolescente, que recebe afeto, atenção, conforto, enfim, um porto seguro, cujo vínculo nem a lei e nem o sangue garantem.”

A afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros — a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social — é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual (OLIVEIRA 2002, p. 233).

A mitigação dos antigos fundamentos da família, consanguinidade e casamento, pelos novos valores constitucionais é realizada diariamente pelo Poder Judiciário através de um ativismo judicial garantidor dos valores da Constituição Federal. Embora essencial para a desbiologização do Direito de Família brasileiro, a afetividade ainda encontra empecilho na paternidade registral principalmente quanto aos efeitos sucessórios.

As famílias formadas unicamente por relações de afeto, de amor, de carinho, traduzem, para toda a sociedade, a idéia de que certo ente familiar é filho e membro essencial à harmonia e felicidade da mesma. Essa família que se constitui sócio-afetivamente vêm sofrendo inúmeras injustiças, causadas por mero descuido ou inobservância por parte de alguns, principalmente no que se refere ao filho sócio-afetivo e à privação deste na participação na delação dos bens/direitos/obrigações de seu "pai" quando este vem a falecer.

[...]

Se são reconhecidas as famílias pelo afeto; se são reconhecidas filiações pelo afeto e essa hoje em dia é motivo bastante para a constituição de prestação alimentícia, por que não reconhecer direitos sucessórios para uma situação que se encontra plenamente formada, reconhecida e consolidada com o passar dos anos?

Não reconhecer essa realidade implicaria até mesmo em afronta a princípios constitucionais, às garantias trazidas ao Homem pela Carta de Direitos, aos Direitos Humanos e à Dignidade da Pessoa Humana (SIMÕES, 2007, p. 12).

Diante da negativa de alguns doutrinadores e tribunais de reconhecer a paternidade socioafetiva com seus plenos efeitos, Simões (2007, p. 10) indaga:

A partir disso, parte-se da seguinte premissa: deixar de reconhecer paternidade/filiação fundada no amor, no afeto, no carinho, na preocupação, no querer bem e na demonstração mais simples e bela que um ser humano pode ter por seu semelhante, é justo? Seria razoável? Seria atender aos ditames constitucionais de "bem-estar", "igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos" que se funda em "harmonia social" trazidos no Preâmbulo de nossa Constituição Federal?

Embora o fato social anteceda o jurídico, assim como a jurisprudência à legislação, o Direito não pode se omitir diante de um novo panorama, precisando estar sensível aos anseios sociais tendo por meta respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana. “É preciso ir mais longe. Navegar outros mares e captar o 'direito vigente', evitando construir o futuro com a sombra do que passou.” (FACHIN, 2008, p. 5).

Isto posto, o reconhecimento da paternidade socioafetiva é medida efetiva para a concretização da dignidade da pessoa ao passo que prioriza a solidariedade, o respeito e a afetividade indispensáveis para o desenvolvimento do ser humano. Diante disso, através da interpretação constitucional da expressão “outra origem” do art. 1593 do CC, as decisões de primeiro e segundo grau passaram a reconhecer a paternidade socioafetiva como uma das formas de ser instituído o vínculo da filiação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF**; in: Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível**; in Estudos de direito constitucional. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. **O direito ao afeto**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, jun. 2002. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=50>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**, 2010. Disponível em: < <http://www.slideshare.net/clima/constituicao>>

democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 15 jul. 2014.

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**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Código Civil (2002). Código Civil. In: **Vade Mecum RT**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Nome. Alteração. Patronímico do padrasto**. REsp 220059 / SP Recurso Especial 1999/0055273-3. Órgão julgador: Segunda Seção. Relator: Ministro Ruy Rosado De Aguiar (1102). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=nome+altera%E7%E3o+patronimico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=12>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial - ação declaratória de nulidade de registro civil - negativa de prestação jurisdicional - alegação de violação genérica - recurso especial, no ponto, deficientemente fundamentado - aplicação da súmula n. 284/STF - adoção à brasileira - paternidade sócio-afetiva - impossibilidade, na espécie de desfazimento - recurso especial improvido**. STJ - REsp: 1088157 PB 2008/0199564-3, Relator: Ministro Massami Uyeda. Data de Julgamento: 23/06/2009, T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 04/08/2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062250/recurso-especial-resp-1088157-pb-2008-0199564-3>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Investigatória de paternidade - improcedência - paternidade sócio-afetiva reconhecida - apelo - procedência do recurso - imprescritibilidade do direito de propositura da ação investigatória de paternidade - impossibilidade de arguição de paternidade sócio-afetiva de terceiro para eximir-se da paternidade aferida em exame de DNA realizado espontaneamente pelas partes**. STJ - Ag: 1291198. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Publicação: DJe 17/06/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/13612791/pg-2550-superior-tribunal-de-justica-stj-de-17-06-2010>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de paternidade sócio-afetiva – posse do estado de filha – efeitos jurídicos – ingerência do estado na vontade do cidadão – desbiologização da paternidade – adoção – garantia constitucional de igualdade entre os filhos – não provimento do recurso**. STF - AI: 746096 MG . Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 31/08/2011. Data de Publicação: DJe-17.1 Divulgação: 05/09/2011

Publicação: 06/09/2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudência/22883969/agravo-de-instrumento-ai-746096-mg-stf>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Direito de Família. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Reconhecimento de paternidade socioafetiva. Improcedência do pedido.** STJ - REsp: 1059214 RS 2008/0111832-2. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 16/02/2012, T4 - Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 12/03/2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399240/recurso-especial-resp-1059214-rs-2008-0111832-2-stj>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. 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.** STJ - REsp: 1383408 RS 2012/0253314-0. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 15/05/2014. T3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 30/05/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudência/25112199/recurso-especial-resp-1383408-rs-2012-0253314-0-stj?ref=home>. Acesso em: 19 jul. 2014.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** Revista de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

COSTA, Larissa Toledo. **Paternidade socioafetiva.** Juiz de Fora, 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1036>. Acesso em: 12 jul. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça.** As pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

_____. **Manual de direito das famílias: princípios do direito de família.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Quem é o pai?** Porto Alegre, 2010. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_quem_%E9_o_pai.pdf. Acesso em: 27 ago. 2011.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2011.

Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019. Acesso em 20 jul. 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Civil. **Negatória de paternidade. Anulação de registro de nascimento. Impossibilidade. Relação sócio-afetiva configurada. Inexistência de vício.** Apelação Cível nº 45559220088070007, 1ª Turma Cível. Relator: Flavio Rostirola. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6084664/apelacao-ci-vel-apl-45559220088070007-df-0004555-9220088070007-tjdf>. Acesso em: 19 jul. 2014.

ENCONTRO DOS JUÍZES DE FAMÍLIA DO INTERIOR DE SÃO PAULO, 1., 10 nov. 2006, Piracicaba. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=243>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família:** elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **A “Reconstitucionalização” do Direito Civil brasileiro:** lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (orgs.). Mito e rupturas no direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p.01-07.

FARIAS, Cristiano Chaves de (coordenador). **Temas atuais de direito e processo de família.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENEZES, Larissa Pacheco de. **Evolução histórica da família.** Porto Alegre, set. 2008. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1708>. Acesso em: 24 jul. 2014.

MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais:** a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013.

MOOR, Fernanda Stracke. **A filiação adotiva dos menores e novo modelo de família previsto na Constituição Federal de 1988.** Revista dos Tribunais Online, v. 7, p. 40, jul. 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: RT, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível. Destituição do poder familiar. Abandono afetivo e material. Descumprimento injustificado dos deveres inerentes à paternidade**. Apelação Cível Nº 70008755159, Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70008755159&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Ação rescisória. Violação a literal dispositivo de lei. Inocorrência**. Ação Rescisória Nº 70041656729, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70041656729&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Ação declaratória de reconhecimento de paternidade socioafetiva. Inexistência do vínculo parental. Caráter patrimonial. Prova**. Apelação Cível nº 70040702797, Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20722907/apelacao-civel-ac-70040702797-rs-tjrs>. Acesso em: 19 jul. 2014.

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito civil: família e sucessões**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito da família**. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5321>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva — o afeto como formador de família**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, out. 2007. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>. Acesso em: 20 jul. 2014.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, dez. 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=572>. Acesso em: 07 jul. 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Juruá, 2009.

VALLADÃO, Luiz Fernando. **Paternidade socioafetiva.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=811>. Acesso em: 20 jul. 2014.

VENCESLAU, Rose Melo. **Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica.** In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 379-400.

_____. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial.** in: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 277-308.