

DA DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE PELA AUSÊNCIA DE SOCIOAFETIVIDADE

THE DECONSTITUTION OF PATERNITY WHEN ABSENCE THE SOCIOAFFECTIVE

ISABELA FARAH VALADARES

RESUMO

Partindo do problema que o filho maior não tem, no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de desconstituir uma paternidade não exercida, a qual lhe gera deveres futuros, o presente artigo objetiva demonstrar que a socioafetividade, fundamentada no princípio da solidariedade, é indispensável para a constituição da relação paterno-filial. Com base no critério de reciprocidade das relações de pai e filho, o estudo conclui que, quando um pai não cumpre os deveres inerentes à função paternal perderá, conseqüentemente, os direitos decorrentes da mesma função, o que possibilita, caso seja a vontade do filho, a desconstituição formal da paternidade.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Filiação. Paternidade Socioafetiva. Desbiologização. Função Paternal. Desconstituição da Paternidade.

ABSTRACT

Starting from the problem that the son who has reached adulthood does not have in the national laws the possibility of deconstitute paternity not exercised, which will generate future duties, this paper seeks to demonstrate that socioaffective, based on the principle of solidarity, is indispensable to establish a paternal bond. Based on the criterion of reciprocity relations of father and son, the study found that when a parent does not fulfill its paternal function, consequently lose the rights arising from the same function, which allows, if it's the will of the child, the formal deconstitution of paternity.

KEYWORDS: State of affiliation. Affective paternity. End of biologization. Paternal Function. Deconstitution of parenthood.

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Da mudança de Paradigma. 3 - Do estado de filiação e sua tipificação. 4 - Direitos e deveres decorrentes da relação paterno-filial. 5 - Da possibilidade de desconstituição da paternidade pela falta de socioafetividade. 6 - Conclusão.

* Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharela em Direito pela UFMG. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela EPD.
Email: isabela@msfadogados.com.br

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das relações dentro do âmbito familiar, bem como o avanço médico-científico, provocaram mudanças significativas em relação aos critérios de fixação do vínculo paterno-filial, passando-se a questionar, principalmente, o caráter impositivo em detrimento do ato da vontade na paternidade, bem como as consequências decorrentes dessa imposição e dessa escolha.

A paternidade sempre foi matéria polêmica e de grande importância nas relações familiares. Por essa razão, o vínculo paterno-filial despertou o interesse de diversas áreas científicas. Os estudos da psicanálise sobre a paternidade reconhecem que a figura do pai é funcionalizada, ou seja, que pai é aquele que exerce de fato a função paterna, sendo que tal construção se dará cotidiana e paulatinamente.

Será demonstrada a importante mudança do paradigma quanto ao critério de determinação da paternidade, no qual a socioafetividade ganhou grande relevância. Isso porque, conseqüentemente, através da mudança do critério de reconhecimento e constituição do vínculo paterno-filial, também se pode mudar a fundamentação da desconstituição de tal vínculo.

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 vínculos paternais que não existem de fato e que poderão repercutir na esfera jurídica da mesma forma.

O problema posto é se haveria a possibilidade de se desconstituir o vínculo jurídico decorrente da paternidade quando a mesma não for de fato exercida, apesar de existir formalmente. A relevância da análise do referido problema se justifica, uma vez que a possibilidade de desconstituição do vínculo paterno filial só é tratada em nosso ordenamento jurídico para aqueles que não completaram 18 anos.

O objetivo desse trabalho é mostrar que conforme afirmam João Batista VILLELA, Paulo Luiz Netto LÔBO e Fabíola

ALBUQUERQUE (1979; 2006; 2010), 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 a prole, uma vez que a paternidade é um fato cultural e não natural.

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.

2. DA MUDANÇA DE PARADIGMA

Por muito tempo, o critério escolhido para se determinar a filiação era o biológico. Entretanto, tal critério não foi satisfatório uma vez que a comprovação da paternidade por meios biológicos, antes descoberta do exame de DNA, era algo impossível tendo em vista a inexistência de conhecimentos científicos para tanto.

Assim, “embora baseado na consanguinidade, o estabelecimento da filiação não se pautava necessariamente numa real descendência biológica” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.345), já que na verdade, pai era aquele que estava casado com a mulher grávida - *Pater vero is est, quem nuptiae demonstrat*¹-, ou seja, o que prevalecia era uma verdade jurídica.

O Código Civil de 1916 estabelecia que todos os filhos legítimos eram biológicos, porém, nem todos os filhos biológicos eram legítimos. Para João Baptista VILLELA (1979), as transformações que ocorreram no contexto da família foram decisivas para o esvaziamento da paternidade biológica:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. (VILLELA, 1979, p.413).

1 É pai aquele que indica as núpcias. (tradução nossa)

A multicitada sentença do Rei Salomão, abordada por muitos autores como uma forma de elucidar o que seria o verdadeiro laço entre pais e filhos, é para VILLELA, o raciocínio que nos leva à “regra de ouro”, a qual determina que o verdadeiro pai ou a verdadeira mãe serão aqueles que mais amarem a criança. (1979).

Renata Barbosa de ALMEIDA e Walsir Edson RODRIGUES JUNIOR conceituam a filiação como:

A relação de parentesco que vincula, em primeiro grau, os sujeitos envolvidos. Trata-se de um parentesco em linha reta, que abrange a descendência de um mesmo tronco ancestral. A filiação se forma entre um indivíduo que decorre, diretamente, do outro; é o vínculo havido entre o gerador e o gerado. É através da filiação que se indica a linhagem da qual adveio o sujeito, definindo-se, em consequência, a maternidade e a paternidade. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p.367).

Entretanto, a filiação e, via de consequência também a paternidade, sofreram muitas mudanças com o passar do tempo e a evolução da sociedade, não sendo mais utilizado o mesmo parâmetro anteriormente adotado.

Com o advento da Constituição de 1988 e com o Código Civil de 2002, o paradigma que estabelecia uma relação entre a filiação legítima e a filiação biológica foi definitivamente extinto. As mudanças decorrentes da Constituição Federal fizeram com que a relação paternal deixasse de ser vinculada ao estado civil dos pais ou ao laço de sangue.

ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR destacam que a Constituição Federal de 1988 foi fundamental para a fixação da igualdade entre os filhos e desvinculação de sua qualidade ao estado civil dos pais:

O ponto culminante desse processo ocorre com a Constituição Federal de 1988 que, coerentemente à instauração jurídica voltada a dar importância a situações existenciais, fixa o os princípios da igualdade dos filhos e da desvinculação de sua qualidade ao estado civil dos pais. Dispõe taxativamente o art.227, §6º, que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designação discriminatórias relativas à filiação”. Filho, a partir de então,

representa termo uníssono, não influenciando sequer a origem na sua conceituação e nos seus efeitos. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.348).

Nas palavras de Paulo LÔBO “A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação”. (2006, p.796); tais direitos foram elencados no art.227 da Constituição Federal e abrangem 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.

Para Rodrigo da Cunha PEREIRA, a atual Constituição Federal Brasileira provocou uma verdadeira revolução no Direito de Família a partir de três eixos fundamentais. Conforme o seu entendimento, um desses eixos encontra-se baseado no art.227, § 6^o, da CF/88, que modificou o sistema de filiação ao proibir, taxativamente, qualquer tratamento discriminatório em relação aos filhos. (2003). “Em outras palavras, não há mais filhos legítimos ou ilegítimos. Filho é filho.” (PEREIRA, 2003, p. 233-234).

A partir da leitura dos artigos 226 ao 229 da CF/88, percebe-se que a intenção do legislador foi de estabelecer um conceito de paternidade e estado de filiação geral e inclusivo, que se distingue claramente da primazia da paternidade biológica, ou seja, genitor e pai foram diferenciados. Para a Constituição, pai é aquele que cria, aquele que assume os deveres atrelados à paternidade, mesmo não sendo o genitor.

Cristiano Chaves de FARIAS e Nelson ROSENVALD conceituam filiação da seguinte maneira:

2 Art. 227. 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 colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim, sob o ponto de vista técnico-jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p.517).

O entendimento de Paulo LÔBO, ao qual nos filiamos, é de que “toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.” (2006, p.795). O autor conclui que:

A paternidade socioafetiva não é espécie acrescida, excepcional ou supletiva da paternidade biológica; é a própria natureza do paradigma atual da paternidade, cujas espécies são a biológica e a não-biológica. Em outros termos, toda a paternidade juridicamente considerada é socioafetiva, pouco importando sua origem. (LÔBO, 2006, p.808).

Fabíola ALBUQUERQUE, no mesmo sentido do posicionamento de Paulo LÔBO, também defende que a paternidade socioafetiva é gênero e tem como espécies a paternidade biológica e a não biológica. Essa última espécie - não biológica -, representa a paternidade socioafetiva *stricto sensu* que abrange três subespécies: a) adoção; b) posse de estado de filho e c) técnica de reprodução assistida heteróloga. (2010, p.164).

Nesse contexto, podemos destacar que o Código Civil de 2002 consolidou o mesmo fundamento da Constituição, o de um conceito aberto de paternidade, escolhendo como paradigma a paternidade socioafetiva, que diferenciou o pai do genitor – pai é o que cria; genitor é o que gera -, como restou claro em seu Capítulo II – Da Filiação, em que se estabeleceu uma paternidade que não tem origem exclusivamente genética e na qual não é permitida a exclusão ou diferenciação de filhos, independentemente de suas origens.

O artigo. 1593 do Código Civil de 2002 dispõe que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte de

consanguinidade ou outra origem, demonstrando que o conceito é realmente geral e comporta outras espécies de parentesco que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, não eram reconhecidas.

Nesse mesmo sentido, foi a redação do enunciado nº103, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre a expressão “outra origem” existente no art.1593 do CC/02, a saber:

Enunciado nº103. Art. 1.593: 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. (BRASIL, Conselho da Justiça Federal)

Luiz Edson FACHIN afirma que a verdadeira paternidade não deve se limitar à ascendência genética, pois essa verdade também é verificada no comportamento cotidiano do pai perante o filho na sociedade:

O pai não pode ser aquele a quem a lei presuntivamente atribui a paternidade; essa verdade jurídica emerge da presunção *pater is est*, cujo caráter praticamente absoluto foi consagrado pelo sistema clássico, deve ceder à busca da verdadeira paternidade, do ponto de vista biológico. A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social. (FACHIN, 1996, p.32-33).

A conclusão de que o critério biológico era precário e que isso levou à necessidade de uma mudança de paradigma também foi apresentada por ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR:

Além de questionável pela incapacidade de promover a proximidade dos sujeitos relacionados, embora considerado essencial, o requisito

meramente biológico do estabelecimento da filiação mostra-se realmente precário para apreender essas novas ocorrências sociais, derivadas do avanço médico. Não vingam mais equivalências entre o sujeito que contribui com o material genético e o que dispõe a criar o novo ser. Logo, parece certo que o critério, novamente, há de ser revisto. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p.353).

Ou seja, os filhos havidos na relação do casamento, fora do casamento, por inseminação artificial heteróloga ou por adoção, passam a ter os mesmos direitos e qualificações. Como bem elenca o artigo 1.605 do Código Civil de 2002, poderá provar-se a filiação até mesmo quando existir apenas fortes presunções resultantes de fatos certos.

Assim, de um critério fundamentado em aspectos biológicos e de estado civil como uma verdade jurídica, passou-se a entender, como uma verdade real, que a paternidade, bem como a filiação, são frutos de um liame socioafetivo, que se verifica juridicamente na expressão conhecida como “posse de estado de filho”.

3. DO ESTADO DE FILIAÇÃO E SUA TIPIIFICAÇÃO

De acordo com Paulo LÔBO, o estado de filiação seria aquilo que se estabelece entre o filho e aquele que assume os deveres de paternidade, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Para o autor “O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai é titular do estado de paternidade em relação a ele”. (LÔBO, 2006, p.797).

LÔBO prossegue defendendo que existe um equívoco na interpretação que a jurisprudência dá ao conceito estabelecido pelo artigo 27 do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente - que diz ser “o reconhecimento do estado de filiação direito personalíssimo, indisponível e imprescritível” (BRASIL, 1990), pois os Tribunais vislumbram neste ponto, o direito de impugnar paternidades já existentes.

Para o autor, por ser o estado de filiação resultado de vivência familiar duradoura, deve-se afastar o art.27 do ECA quando essa vivência já ocorreu de fato, mesmo não existindo um

vínculo biológico. A norma descrita no referido artigo, só deve ser aplicada quando não existir uma paternidade constituída, tendo assim a pessoa o direito de buscar e assegurar o reconhecimento de um estado de filiação que nunca possuiu. (LÔBO, 2006, p.799) Ainda segundo LÔBO, existem quatro tipos diferentes de estados de filiação em nossa legislação, quais sejam:

- Por consanguinidade;
- Por adoção;
- Por inseminação artificial heteróloga;
- Em virtude de posse de estado de filiação. (2006, p.797).

É importante ressaltar que o Direito Brasileiro não permite que os estados de filiação provenientes da adoção e da inseminação artificial heteróloga sejam questionados através da Ação de Investigação de Paternidade, pois são irreversíveis e invioláveis. Já em relação à posse de estado de filiação é necessário tecer algumas breves considerações.

Grande parte da doutrina explica o critério socioafetivo equivalendo esse conceito ao da “posse de estado de filiação” ou “posse do estado de filho”. Apesar de serem conceitos interligados é necessário que seja feita uma distinção entre eles. Conforme ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, “de uma forma simplificada, entende-se que a posse de estado se insere no parâmetro socioafetivo de filiação, mas não o resume.” (2012, p.364). Prosseguem dizendo que:

A posse de estado materno ou paterno-filial se funde em três elementos quais sejam, *tractatus, nomem e fama*. O primeiro envolve o comportamento dos sujeitos entre si. A forma de se tratar deve ser suficiente a demonstrar que o pai ou a mãe tem por filho o outro e vice-versa. A provisão de assistência material e psíquica, sobretudo, representa valioso aspecto para tal revelação. O segundo elemento atine à utilização, pelo filho, do patronímico do pai ou da mãe. O nome de família é um significativo indício da existência do vínculo de filiação. O último elemento, em fim, refere-se ao conhecimento público sobre a relação paterno-filial. A reputação dos sujeitos como pai ou mãe e filho também concorre para fundar o liame parental entre eles. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.364).

Os mesmos autores explicam que a filiação socioafetiva vai além da posse de estado de filho já que, para que ela exista, é indispensável “a unívoca intenção daquele que age como se genitor(a) fosse de se ver juridicamente instituído pai ou mãe”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.364).

Defendendo o mesmo entendimento, Luciana Leão PEREIRA afirma:

Urge salientar que a posse de estado de filho pode ser um dos meios de prova no estabelecimento da paternidade socioafetiva, entretanto não pode, de maneira alguma, ser o único critério. Há que se considerar outros complementares e extremamente essenciais. (PEREIRA, 2011, p.97).

Em entendimento contrário, Gustavo TEPEDINO não levanta a necessidade de existir uma vontade daquele que trata alguém como se filho fosse para torna-lo juridicamente seu filho. TEPEDINO define que a paternidade socioafetiva é de fato, verificada quando existem os três elementos principais, os mesmos identificados na posse de estado de filho, como se sinônimos fossem: “circunstância na qual alguém ostenta sobrenome do pai (*nomen*), é reputado (*fama*) e tratado (*tractatus*), de fato, como filho”. (2004, p. 460).

Rolf MADALENO conceitua a noção de posse do estado de filho como aquilo que justifica o vínculo parental pela vontade de ser genitor e não mais pelo nascimento, sendo essa vontade fundamentada na afetividade. Diz ele:

A noção de posse do estado de filho vem recebendo abrigo nas reformas do direito comparado, o qual não estabelece os vínculos parentais com o nascimento, mas sim na vontade de ser genitor, e esse desejo é sedimentado no terreno da afetividade, e põe em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica no estabelecimento da filiação. (...) Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação. (MADALENO, 2011, p.472).

Podemos perceber que existe, também nesse conceito,

uma imprecisão entre o significado de posse de estado de filho e socioafetividade, que apesar de serem interligados, como bem definiu ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, são e devem ser diferenciados. (2012, p.364).

Enfatiza Juliane QUEIROZ que “A consciência da paternidade traduz-se no momento em que se optou em ser pai, bem como no exercício cotidiano da afetividade que o liga ao filho. E, tudo isso, independentemente do vínculo biológico.” (2001, p.58).

Conclui-se assim que, conforme afirma VILLELA, a paternidade cada vez mais se caracteriza por um ato de opção, ser pai ou ser mãe é um ato de autonomia, “só nasce de uma decisão espontânea”. (1979, p.401).

4. DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Levando-se em conta os argumentos aqui apresentados, podemos verificar que houve uma mudança de paradigma, passando-se a reconhecer a socioafetividade como critério para o estabelecimento da paternidade. Sobre a superação do critério biológico discorrem ALMEIDA e RODRIGUES JUNIOR:

A pretensão de ser pai ou mãe incute na relação firmada com o filho a qualidade eudemonista. O amor, a ternura e a dedicação impõem-se como pressupostos da filiação extremamente válidos. Superando-se o vínculo estanque, simplesmente posto, oriundo do parâmetro biológico avulso, os aspectos da voluntariedade e do afeto surgem bem mais adequados ao estabelecimento da relação filial. Afinal, têm o condão de melhor viabilizar a promoção pessoal dos envolvidos, sua formação, seu desenvolvimento. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p.354).

A paternidade socioafetiva é entendida como um gênero e dentro dela existem espécies como a filiação consanguínea, a filiação por adoção, a filiação por inseminação artificial e também aquela através da posse de estado de filho, que se estabelece através de três elementos: *tractatus, nomem e fama*.

Como já dito, a paternidade é um múnus, um direito-dever, que pressupõe que, quando existe um estado de filiação, existirá

também uma paternidade e isso implica, naturalmente, em direitos e principalmente em deveres recíprocos.

A relação paterno-filial é baseada em reciprocidade e solidariedade, significando que, se os pais são obrigados a garantir aos filhos em formação todos os direitos elencados pela Constituição Federal em seu artigo 227, os filhos maiores também devem ajudar e amparar seus pais que, já em idade avançada, passam a depender deles, conforme dispõe o artigo 229 da Constituição:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988).

A Solidariedade foi estabelecida no Direito Brasileiro como um princípio jurídico que tem força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da sociedade (art.3º, I, CF/88). LÔBO afirma que “o princípio da solidariedade é um dos grandes marcos paradigmáticos que caracterizam a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social.”(2010, p.91).

O dever de solidariedade especificamente entre pais e filhos também foi consagrado pela Constituição Federal em seu art.229. Sobre a solidariedade em nosso ordenamento jurídico discorre Maria Celina Bodin de MORAIS:

Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados. (MORAIS, 2013).

Ressalta-se que o Direito Brasileiro mudou o seu foco em relação à família. A atenção passou a ser centralizada na “realização existencial das pessoas envolvidas – pai e filho – e na afirmação de suas dignidades; em uma palavra, na repersonificação”. (LÔBO, 2006, p.806).

Sobre a dignidade, Immanuel KANT diferenciou aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de

dignidade, ou seja, daquilo que é inestimável, indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (KANT, 1986, p.77).

Dessa forma, devemos nos atentar para os casos em que não existe o cumprimento dos deveres e das obrigações decorrentes da relação paterno-filial, pois, como afirma VILLELA, “Pai e Mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é.” (1979, p.415).

De acordo com LEÃO PEREIRA, a relação socioafetiva não se configura a partir da prática de apenas um ato, e sim a partir de um conjunto de atos de carinho, vontade e solidariedade que demonstram, com clareza, que ali há uma verdadeira relação de pai e filho. (2011, p.57).

Nesse sentido, Cristiano Chaves de FARIAS e Nelson ROSENVALD concluem que “não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém.” (2009, p.518).

Se não há o respeito aos deveres decorrentes do princípio fundamental de solidariedade, não há como ser reconhecida a presença da socioafetividade em uma relação entre pai e filho, critério este fundamental para se aferir a filiação como aqui foi apresentado. Zeno VELOSO afirma que “toda pessoa que nasce, biologicamente, sempre tem pai e mãe. Nem sempre, todavia, o vínculo jurídico da filiação está estabelecido.” (1997, p.13).

O enunciado nº339 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal dispõe que “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do menor.” (BRASIL, 2013). Ocorre que não podemos aplicar tal entendimento em uma relação que, apesar de apresentar uma paternidade registrada, não contém os elementos da socioafetividade.

Especificamente já foi tratado pelo legislador que, no caso do não cumprimento das obrigações decorrentes do poder familiar, poderão os genitores, através de ato judicial, perder o poder familiar, rompendo-se definitivamente os laços entre pais e filhos - art. 1.635 do CC/02.

Ocorre que isso só é possível quando o filho ainda está sujeito ao poder familiar, ou seja, enquanto ele ainda não completou 18 anos. Não existe em nosso ordenamento jurídico qualquer medida cabível para aquele filho que, após completar a maioridade, não deseja continuar tendo laços de parentesco com aquele genitor que o abandonou ou que não cumpriu seus deveres parentais.

Não se pode esquecer que, se eram os filhos, quando menores, que dependiam dos pais, com o passar do tempo, serão os pais que irão depender dos filhos e, de acordo com a Constituição Federal, fundamentalmente com base no Princípio da Solidariedade, os filhos deverão prestar esse auxílio aos pais, sem qualquer ressalva de como foi, ou é, a relação de socioafetividade entre eles.

Nesse contexto, devemos questionar se, no caso de nunca ter existido socioafetividade entre pai e filho, e conseqüentemente, ter ocorrido a quebra do princípio da solidariedade familiar, não haveria a possibilidade desse filho, mesmo após atingir a maioridade, desconstituir o seu vínculo parental pela falta de socioafetividade, como um fato jurídico.

5. DA POSSIBILIDADE DE DESCONTITUIÇÃO DA PATERNIDADE PELA FALTA DE SOCIOAFETIVIDADE

Partindo-se do conceito trabalhado por LEÃO PEREIRA em sua dissertação de mestrado, de que a figura do pai é funcionalizada (2011, p.105), chama-se a atenção para o fato de que não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer disposição que trate sobre o não cumprimento da função paterna, quando ocorre a quebra de socioafetividade entre um pai e um filho, que já não estão sujeitos ao poder familiar.

Mesmo não existindo uma norma jurídica clara a esse respeito, através do entendimento de que a paternidade é determinada

por um critério de socioafetividade, podemos concluir que, quando tal premissa não é identificada, o conceito de paternidade se esvazia.

Não há como obrigar alguém a ser pai. O máximo que o direito alcança é garantir ao sujeito que não tem um pai presente, uma retribuição monetária, seja através de pagamento de pensão alimentícia, seja através da reparação civil por abandono.

Além disso, caso o judiciário seja acionado ainda enquanto o filho for menor de idade, poderá esse genitor perder o poder familiar e, com isso, os laços de parentesco entre pai e filho seriam rompidos.

Ocorre que, tratamos aqui não de um filho menor, mas sim, de um filho já maior que, apesar de possuir um registro em que conste um nome paterno, nunca teve um pai que realmente exerceu as funções decorrentes da paternidade.

Nesse contexto, entendemos ter esse filho o direito de escolher não ter mais nenhum tipo de vínculo com esse pai, que de fato nunca exerceu sua função, não existindo entre eles nenhum resquício de socioafetividade, o que entendemos ser elemento indispensável para se reconhecer o vínculo paterno-filial.

Se o genitor, de forma livre e espontânea, não cumpriu os deveres decorrentes do poder familiar, não exerceu uma paternidade funcionalizada, e conseqüentemente, rompeu o princípio de solidariedade existente na relação paterno-filiar, não pode, posteriormente, exigir do filho uma atitude diversa daquela que ele teve com o mesmo, visto que a relação entre pai e filho é pautada pela reciprocidade.

Assim, entendemos ser possível, quando não há a presença da socioafetividade em uma relação de pai e filho, o exercício do direito de ação pelo filho prejudicado, assim como numa ação de destituição de poder familiar, para desconstituir a paternidade, principalmente quando o filho é maior e comprovou a irresponsabilidade, o abandono ou o não cumprimento da função paterna de forma geral.

Como consequência, todos os vínculos entre filho e genitor seriam automaticamente rompidos, não havendo mais obrigação do filho maior de ajudar e amparar aquele pai, sendo também rompidos os direitos patrimoniais e sucessórios advindos daquela relação jurídica.

6. CONCLUSÃO

Restou demonstrado que a relação paterno-filial sofreu muitas mudanças com o decorrer do tempo e evolução da sociedade. Com o advento da Constituição de 1988 e com o atual Código Civil o paradigma que estabelecia uma relação entre a filiação legítima e a filiação biológica foi definitivamente extinto.

Verificamos que foi estabelecido um conceito de paternidade e estado de filiação geral e inclusivo na Constituição Federal, o que se distingue claramente da primazia da paternidade biológica que existia anteriormente, ou seja, genitor e pai foram diferenciados.

O estado de filiação foi conceituado como uma relação estabelecida entre o filho e aquele que assume os deveres de paternidade, resultado de uma vivência familiar duradoura, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.

Dentro do gênero da paternidade socioafetiva, constatamos que existem quatro tipos diferentes de estados de filiação sendo eles, “consanguínea”, “por adoção”, “por inseminação artificial” e também a filiação através da posse de estado de filho, que se estabelece através de três elementos o *tractatus*, *nomem* e a *fama*.

A paternidade se caracteriza por um ato de opção, porém, não deixa de ser um *mínus*, um direito-dever, em que havendo um estado de filiação existirá também uma paternidade e isso implica naturalmente em direitos e principalmente em deveres recíprocos. Entretanto, atualmente, o Direito só garante ao sujeito que não tem um pai presente uma retribuição monetária, seja através de pagamento de pensão alimentícia, seja através da reparação civil por abandono.

Porém, se o genitor, de forma livre e espontânea, não cumpre os deveres decorrentes do poder familiar, deixando de exercer sua função paterna, conseqüentemente estará ausente a socioafetividade, caracterizada por condutas objetivas de criar, educar e assistir a prole.

Dessa forma, com base nos ensinamentos de VILLELA, LÔBO e ALBUQUERQUE (1979; 2006; 2010), e da evolução do conceito de família e paternidade dentro da Constituição Federal

e do Código Civil, podemos concluir que, se a socioafetividade é a natureza do paradigma atual da paternidade e reciprocamente da filiação, quando a mesma não estiver presente, não existindo da parte do genitor um exercício real da função paterna, deve-se permitir ao filho maior o direito de desconstituir a paternidade que consta em seu registro civil, pelo simples fato de não corresponder a uma verdade real e estar baseada em um pressuposto falso e simplista de origem genética.

Caso não venha a ser destituída, a paternidade poderá gerar efeitos indesejáveis, o que seria contrário aos princípios da solidariedade e reciprocidade estabelecidos na Constituição Federal, conforme interpretação jurídica mais condizente com o novo paradigma apresentado nesse artigo.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola. Ações de filiação: da investigação e negatória de paternidade e do reconhecimento dos filhos. In: Teixeira, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2010, p.161-181.

ALBUQUERQUE, Fabíola. A reconfiguração da presunção Pater Ist Est. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p.257-270.

ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson, **Direito Civil: famílias**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2013.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A cessação do Dever de Prestar Alimentos, In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord). **Grandes Temas de Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.131-169.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A socioafetividade sob a ótica jurisprudencial. **Revista do Advogado**, Ano XXXI, julho/2011, nº112. p.18-29.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1992.

FACHIN, Luiz Edson. Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro – Intermitências da Vida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Solidariedade**. **Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris – IBDFAM. 2008. p.279-297.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro. 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A paternidade socioafetiva e a verdade real**. **Revista CEJ**, Brasília, n.34, jul./set.2006, p.15-21.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Conferência Magna: Princípio da Solidariedade Familiar. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e Solidariedade**. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008. p.1-17.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil, Famílias**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Luciana Leão. **Posse de estado de filho e paternidade socioafetiva: uma distinção necessária à luz do princípio da autodeterminação**. Dissertação de mestrado da PUC Minas. Belo Horizonte. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do Século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coord.) **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste?. In GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma Nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Paternidade Socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº301\STJ in PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana** – Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p.795-810.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/130>. Acesso em 4 de abril de 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Princípio da Solidariedade**. Disponível em: <http://www.ebah.pt/content/ABAAABsacAF/pricipio-solidariedade-maria-celina-bodin-moraes>. Acesso em 21 de janeiro de 2013.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, ano XXVII, n°21, maio de 1979, p.400-419.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. **Revista Jurídica** n°390. Abril/2010.p.11-34.

Recebido em 06/12/2013.

Aprovado em 20/11/2014.