PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: DIREITOS DE GUARDA E DE VISITA CONCEBIDOS AO PAI SOCIOAFETIVO SEM VÍNCULO JURÍDICO

Laís Machado Ramos, Bacharela em Direito.

RESUMO: A paternidade socioafetiva baseia-se no vínculo afetivo existente entre pessoas que não possuem parentesco biológico. A paternidade socioafetiva sem vínculo jurídico é uma de suas espécies e vem sendo aceita pelos tribunais em suas decisões, devendo possuir os mesmos direitos e deveres que as outras. Por conseguinte, o pai socioafetivo deve ter direito de guarda, se provado que é o melhor para o filho; e de visita, pois o elo afetivo entre pai e filho é essencial para a formação do ser humano.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade socioafetiva; poder familiar; direitos.

ABSTRACT: The affective paternity based on the emotional bond between people who haven't biological relationship. The affective paternity without legal link is one of their species and has been accepted by courts in their decisions, should have the same rights and duties than others. Therefore, the socioaffective father should have custody, if proven to be the best for the child; and visit, because the emotional bond between parent and child is essential for the formation of human.

KEYWORDS: Affective paternity; family power; rights.

I. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, que conferiu maior enfoque à família e delineou o atual Código Civil, que a paternidade socioafetiva passou a ter relevância jurídica. Hodiernamente, a família não se limita mais a um grupo de pessoas ligadas pela mesma carga genética, e sim pelo vínculo baseado no amor, afeto, carinho e respeito entre elas. Essas são características da paternidade socioafetiva, como é chamada pela doutrina, que é uma nova forma de parentesco civil, que tem como base a posse de estado do filho, a qual tem sido aceita pelos tribunais como valor

probatório, não o suficiente para provar a paternidade, mas sendo utilizada como prova subsidiária.

Essa paternidade tem como base a convivência familiar, independente do laço consanguíneo, observando a integração do menor no ambiente familiar e a afetividade estabelecida com o tempo entre quem exerce o papel de pai e o que exerce o papel de filho.

Toda a verdadeira paternidade é socioafetiva, pois gerar, transmitir nome e bens não é o suficiente para ser pai, para ser pai tem que estabelecer um intenso vínculo de amor com o filho, tem que proteger e amparar.

Na paternidade socioafetiva, o poder familiar também é exercido. Esse poder é exclusivo do pai e da mãe em igual condição, independente da relação que existe entre eles, deve ser exercido com o desenvolvimento de funções que o compõem e com prática de atos que protejam e defendam os interesses do menor. Os pais têm a função de educar, fiscalizar e fornecer as necessidades básicas aos filhos. Esse poder tem como características primordiais a irrenunciabilidade, imprescritibilidade e intransmissibilidade, visto que, é obrigatório e personalíssimo.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a paternidade socioafetiva nos casos de:

Adoção jurídica, a qual está regida no ordenamento jurídico brasileiro pelos arts. 227, §§ 5º e 6º da Constituição Federal, pela Lei 12.010, de 2009 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no capítulo III, seção III e subseção IV. Nela é gerado um vínculo jurídico de parentesco civil equiparado ao consanguíneo (como os direitos e deveres), entre a pessoa do adotante com a pessoa do adotado, estabelecendo entre eles um laço de parentesco de primeiro grau em linha reta. Há uma integração total da família do adotante com o adotado. Com exceção apenas dos impedimentos que estão discriminados no art. 1.521 do Código Civil de 2002.

Adoção à brasileira, também chamada de adoção simulada, é uma criação da jurisprudência. Esse tipo de adoção acontece quando alguém registra como seu filho pessoa alheia. Apesar de ser um ato ilegal é um hábito costumeiro. A pessoa sabe que não é seu filho biológico e o registra como se assim fosse.

E por último, a inseminação artificial heteróloga, a qual o óvulo da mulher é fecundado por um sêmen não pertencente ao marido, que irá registrar a criança como seu filho. A presunção da paternidade na fertilização heteróloga advém do inciso V do art. 1.597 do Código Civil de 2002, em

que dispõe:

> Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> [...]
> V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Mas, há também a paternidade puramente afetiva, que não possui nenhum vínculo biológico e jurídico, e não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mas tem ganhado destaque no Direito de Família brasileiro, e tem sido bastante considerada nos tribunais em suas decisões.

II. REQUISITOS

São três os requisitos para se concretizar a paternidade socioafetiva: o nome (*nominatio),* o tratamento (*tratactus)* e a reputação (*reputatio).*

O primeiro é o filho ter o nome do pai, ou seja, o sobrenome, ou o apelido. Entretanto, a doutrina majoritária dispensa esse requisito, já que a pessoa, principalmente uma criança, é quase sempre conhecida pelo prenome. Então esse requisito se não efetivado não descaracteriza a posse de estado do filho se os outros forem aplicados.

Já o tratamento é o requisito que prepondera, tem maior valor, pois reflete na conduta que é empregada ao filho, fornecendo-lhe o indispensável à sobrevivência, como alimentação, vestimenta, educação, a formação de um ser humano. É zelar pelo bem-estar do filho, preocupando-se tanto com a assistência material, quanto com a moral.

Por último a reputação, que pode ser melhor chamada de fama, é a reputação social, é o fato de a criança ter sido sempre considerada por toda a sociedade como filha das pessoas que a cria.

Como foi bem explicado por Adauto de Almeida Tomaszewski e Manuela Nishida Leitão:

> A fama é a exteriorização dessa realidade para o público, diante de atitudes do hipotético pai para com o hipotético filho, levando terceiros a acreditar que exista uma relação paterno-filial entre eles. Ressalva-se que é necessária a convicção dessa relação

> paternofilial. Não basta que a pessoa ache, é preciso que ela acredite nisso. Também não é suficiente o fato de alguém ter ouvido falar, ela precisa ter vivenciado algum momento de afeto e preocupação entre o pai e o filho, pois os boatos e a má língua não servem para comprovar a reputação. (REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano III, nº 3. p.15)

É necessário que esses requisitos estejam presentes na relação pai e filho por um prazo razoável, uma duração mínima, dentro do qual é preciso a reiteração de atos para que indiquem a existência da relação. Esse tempo não é determinado, depende do caso concreto, cada caso é um caso, e deve ser analisado de maneira exclusiva, devendo o magistrado estabelecer esse prazo, considerando as circunstâncias específicas.

III. DIREITOS DE GUARDA E DE VISITA CONCEBIDOS AO PAI SOCIOAFETIVO SEM VÍNCULO JURÍDICO

O Código Civil de 1916 protegia a paternidade biológica, sucedida do casamento, exclusiva estrutura familiar reconhecida à época, a qual gradativamente foi sendo, substituída por entidades familiares que, com o advento da Constituição Federal de 1988, receberam proteção especial do Estado.

A paternidade socioafetiva baseia-se no afeto, no amor, no carinho, no respeito entre as partes, o que gera um vínculo, através da convivência, que não deve ser ignorado.

O fator biológico não é essencial para que o menor tenha afeto com aquele que o cria. Então por que o fator jurídico tem tanta importância? Se o adotante ou o pai de inseminação heteróloga, que não tem nenhuma consanguinidade com o menor, tem responsabilidades sobre os filhos, por que aquele que cria como se seu filho fosse não tem responsabilidades?

Como o fator biológico, o fator jurídico vem perdendo destaque, visto que já existem decisões de alguns tribunais que atribuem responsabilidades ao pai socioafetivo sem vínculo jurídico. Não seria justo nem para o pai, nem para o filho que não tivessem direitos e deveres um sobre o outro. Entretanto, não será por uma simples afinidade que se adquirirá responsabilidades, deve ser considerado o tempo de convivência e, principalmente, os requisitos de tratamento e reputação, mesmo ambos sabendo que não possuem nenhum

vínculo biológico.

A ligação entre as partes, mesmo ambos sabendo que não possuem carga genética um do outro, demonstra que o afeto criado entre eles ultrapassa qualquer barreira estabelecida pela ciência.

A relação baseada no afeto existente entre duas pessoas de um grupo familiar possui uma extrema importância, já que devem ser levados em conta todos os sentimentos criados com essa relação.

A paternidade socioafetiva tem ganhado cada vez mais espaço no Direito de Família, sendo uma maneira de assegurar o bem estar do menor.

E os tribunais brasileiros vêm reconhecendo a paternidade socioafetiva, visto que em várias apreciações de casos, tem sido reconhecida a paternidade baseada no afeto.

O seu valor tem sido reconhecido nas decisões, com base na posse do estado do filho, na dedicação e no amor entre as partes, que servem de prova subsidiária para o reconhecimento da paternidade como uma realidade sociológica que não pode ser desconsiderada, e também nos requisitos fama e tratamento.

A preocupação com o melhor interesse da criança também tem feito com que os tribunais reconheçam a paternidade fundada no vínculo afetivo e entendam que a verdade biológica não se sobrepõe à socioafetividade, já que a relação socioafetiva é espontânea, baseada no amor, no respeito, na convivência; tendo o simples afeto como vínculo primordial dessa relação.

Levando em consideração a realidade social atual, em que o afeto é imprescindível para a base familiar, não há como negar a existência da paternidade socioafetiva, que tem sido considerada pelos tribunais brasileiros como um fenômeno social de bastante relevância para o desenvolvimento emocional e afetivo para o menor.

3.1 DE GUARDA

A guarda do menor pode ser unilateral, que é quando é "atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua" (art. 1.583, § 1º, primeira parte do Código Civil), ou pode ser compartilhada, que é quando há uma "responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns" (art. 1.583, § 1º, segunda parte do Código Civil).

O que deve ser analisado na guarda, independentemente se foi requerida

por causa do divórcio ou se foi fruto de um relacionamento não jurídico, e também se for compartilhada ou unilateral, é o melhor interesse do menor.

Então, se o melhor interesse do menor for fornecido pelo pai puramente afetivo, nada deve impedi-lo de ficar com a criança. Não se deve excluí-lo desse direito. Se durante o relacionamento que teve com a mãe biológica do menor ele soube cuidar, ajudou no suprimento das suas necessidades básicas, como educando, brincando, contribuindo financeiramente, não será porque rompeu o relacionamento com a mãe que deve romper com o filho.

O amor, o afeto, a ternura, o carinho paternal não estão ligados apenas por causa da paixão entre os pais, esses sentimentos não estão condicionados se amar um tem que amar o outro ou se deixar de amar um deixa de amar os dois.

3.2 DA VISITA

A visita, regulamentada pelo Código Civil no artigo 1.589, tem o mesmo liame da guarda, sendo assegurada ao que não possuir a guarda. Mesmo aquele que não tenha a melhor condição de cuidar do menor tem o direito de visitá-lo, de manter o vínculo.

Os pais biológicos e jurídicos têm o direito de visita, como também de contribuir e fiscalizar na criação do filho. Então, o pai puramente afetivo deve ter os mesmos direitos que aqueles pais, pois este possui o que é mais importante no relacionamento com a criança: o amor.

IV. CONCLUSÃO

O pai puramente afetivo deve ter direitos sobre a criança que criou, se dedicou, onde concedeu tempo e dinheiro por amor. Pois, mais importante que o vínculo biológico ou jurídico é o afetivo, que é gerado sem cobrança, sem obrigação, sem haver troca de favores, apenas doação.

Esse pai deve ter o direito de visita e de guarda e não deve se desvincular daquele que criou e amou como filho. O vínculo afetivo que foi estabelecido entre o pai e o filho socioafetivo sem vínculo jurídico não deve ser dissolvido, as responsabilidades que ele tinha com a criança devem continuar, e principalmente o direito de perpetuar com essa ligação deve ser defendido.

O direito de guarda e de visita para aquele que não possui nenhum elo biológico e jurídico, mas que criou como se seu filho fosse já está sendo

aplicado pelos tribunais. Gerar um ser humano não é mais um fator determinante para estabelecer um parentesco entre pessoas. Pai é quem cria, ama, educa, transmite seus valores culturais e morais, não mais aquele que apenas passa a sua herança genética.

V. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Código civil brasileiro*. Lei nº 10.406, de10 de janeiro de 2002.
COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 331p.
DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. 672p.
LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. 411p.
LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A paternidade socioafetiva e a verdade real*. REVISTA CEJ/ Conselho da Justiça, Centro de Estudos Judiciários. Brasília. nº 34, p. 15-21. jul./set. 2006.
REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano III, nº 3.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, volume IV. 9ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009. 483p.