

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS Uni-ANHANGUERA CURSO
DE DIREITO**

**A DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE EM VIRTUDE DO ERRO
FRENTE AO PRINCÍPIO DA SOCIOAFETIVIDADE**

GABRIEL FERREIRA WEIDLICH

GOIÂNIA
Maio/2019

GABRIEL FERREIRA WEIDLICH

**A DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE EM VIRTUDE DO ERRO
FRENTE AO PRINCÍPIO DA SOCIOAFETIVIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Goiás - Uni-ANHANGUERA, sob a orientação da Professora Ma. Cassira Lourdes de Alcântara Dias Ramos Jube, como requisito parcial para obtenção do título de bacharelado em Direito.

GOIÂNIA
Maio/2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL FERREIRA WEIDLICH

**A DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE EM VIRTUDE DO ERRO FRENTE AO
PRINCÍPIO DA SOCIOAFETIVIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás - Uni-ANHANGUERA, defendido e aprovado em ____ de ____ de _____ pela banca examinadora constituída por:

Professora Ma. Cassira Lourdes de Alcântara Dias Ramos Jube

Professora Ma. Márcia Santana Soares

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade primordial analisar a possibilidade da desconstituição da paternidade socioafetiva em decorrência do vício de consentimento, mais precisamente o erro. Desenvolve-se por meio do método da pesquisa bibliográfica, e o tipo da pesquisa é o qualitativo. Para tanto, faz-se imprescindível a contextualização histórico-cultural das famílias brasileiras, sobretudo no que se refere aos séculos XX e XXI, e seus respectivos valores jurídicos — da família enquanto instituição matrimonial à família fundamentada no afeto. Para se chegar à resposta daquela indagação, é necessário analisar a Teoria Geral dos Fatos Jurídicos, eminentemente no tocante à diferenciação entre fatos, atos e negócios jurídicos, seus reflexos, requisitos, defeitos e invalidades, uma vez que a filiação socioafetiva, assim como qualquer relação jurídica, é limitada por essa teoria. Além disso, faz-se mister a análise do vínculo de parentesco socioafetivo entre pais e filhos, principalmente no que se refere aos seus requisitos — posse de estado de filiação — e à sua possibilidade ou não de desconstituição à luz da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Conclui-se pela possibilidade da desconstituição do vínculo de parentesco socioafetivo quando eivado do vício de consentimento, uma vez que a manifestação de vontade livre é característica intrínseca à relação paterno-filial socioafetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Afeto. Filiação. Fato Jurídico. Vício de consentimento. Jurisprudência.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 5 |
| 1 DIACRONIA DA FAMÍLIA BRASILEIRA | 7 |
| 1.1 A família brasileira e o ordenamento jurídico | 7 |
| 1.2 A família socioafetiva | 14 |
| 2 TEORIA GERAL DO FATO JURIDICO | 19 |
| 2.1 Fato jurídico | 19 |
| 2.2 Classificação dos fatos jurídicos | 20 |
| 2.3 Efeitos dos fatos jurídicos | 21 |
| 2.3.1 Aquisição de direitos | 22 |
| 2.3.2 <i>Modificação de direitos</i> | 22 |
| 2.3.3 <i>Extinção de direitos</i> | 23 |
| 2.4 Negócio jurídico | 24 |
| 2.4.1 <i>Manifestação e declaração de vontade</i> | 25 |
| 2.4.2 <i>Requisitos de validade do negócio jurídico</i> | 26 |
| 2.4.3 <i>Classificação dos negócios jurídicos</i> | 27 |
| 2.5. Defeitos do negócio jurídico | 28 |
| 2.5.1 <i>Manifestação de vontade defeituosa</i> | 28 |
| 2.5.2 <i>Erro</i> | 30 |
| 2.5.3 <i>Dolo</i> | 32 |
| 2.5.4 <i>Coação</i> | 32 |
| 2.5.5 <i>Simulação</i> | 33 |
| 2.5.6 <i>Fraude contra credores</i> | 34 |
| 2.5.7 <i>Lesão e estado de perigo</i> | 35 |
| 2.6 Invalidade do negócio jurídico | 36 |
| 2.6.1 <i>Ineficácia lato sensu e stricto sensu</i> | 36 |
| 2.6.2 <i>Nulidade</i> | 37 |
| 2.6.3 <i>Anulabilidade</i> | 38 |
| 2.6.4 <i>Atos inexistentes</i> | 39 |

| | |
|---|-----------|
| 3 A DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA SOCIOAFETIVIDADE | 41 |
| 3.1 Parentalidade socioafetiva | 42 |
| 3.2 Posse de estado de filho | 43 |
| 3.3 Adoção de fato e à brasileira à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça | 44 |
| 3.4 A desconstituição da paternidade socioafetiva em virtude do erro substancial à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça | 47 |
| CONCLUSÃO | 54 |
| REFERÊNCIAS | 56 |

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como principal objetivo analisar se há ou não a possibilidade de se desconstituir a paternidade socioafetiva em razão do vício de consentimento erro, defeito do negócio jurídico. É o caso de uma relação paterno-filial que se desenvolve à sombra da verdade biológica. Nesse sentido, indaga-se, aqui, a contingência de o pai opor a ação negatória de paternidade em razão do desconhecimento biológico, mesmo após a edificação do vínculo socioafetivo.

A tese tem como base o método da pesquisa bibliográfica, que se desenvolve com a devida análise doutrinária e jurisprudencial dos institutos jurídicos que a constituem, qualitativamente.

Para tanto, em um primeiro momento, faz-se necessário análise do contexto sócio-histórico-cultural das famílias brasileiras e da forma com que o ordenamento jurídico pátrio transpõe essas relações ao plano normativo. Os últimos dois séculos alteraram significativamente tanto a maneira com que os relacionamentos familiares se constroem quanto o valor jurídico a eles atribuído. Neste diapasão, com a introdução dos valores civilistas do Código de 1916, a família se constrói a partir de um viés institucional e patriarcal; todavia, com a promulgação da Constituição Cidadã, há a democratização do vínculo familiar — agora, expressado pelo véu da afetividade, valor jurídico com teor bastante maleável, que se materializa por meio das vivências do cotidiano.

A socioafetividade, valor jurídico que fora introduzido com a Carta Magna, é, sem sombra de dúvidas, o apogeu do Direito de Família — ou melhor, “Direito das famílias” —, pois permite traduzir o real significado das famílias atuais, que se expressa de maneira muito mais livre, volúvel e plural do que aquele de outrora. O presente estudo, porém, tem como principal finalidade a desconstrução do vínculo socioafetivo em uma determinada situação: a falta de um dos requisitos essenciais do ato jurídico, a manifestação de vontade livre.

A fim de analisar isso, faz-se imprescindível, pois, a pormenorização da Teoria Geral dos Fatos Jurídicos; distinguindo, assim, fatos, atos e negócios jurídicos, bem como apresentando seus efeitos, requisitos de validade, defeitos e invalidades — é o teor do capítulo II.

Por fim, no último capítulo deste estudo, a fim de responder àquela indagação, faz-se mister o estudo da socioafetividade enquanto caracterizadora do vínculo paterno-filial,

bem como a sua respectiva possibilidade de desconstituição, de acordo com entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

1 DIACRONIA DA FAMÍLIA BRASILEIRA

1.1 A família brasileira e o ordenamento jurídico

Analisar o instituto familiar é tarefa difícil, pois essa análise está intrinsecamente ligada a fatos e aspectos socioculturais de determinada sociedade em um dado momento histórico. Nesse sentido, de certa forma, a noção de família é volúvel ao tempo, uma vez que sua expressão está exclusivamente limitada pela forma como os indivíduos se relacionam, sendo, inclusive, diretamente afetada por todas as transformações que por ventura sejam inseridas ao seio social.

A família, nesse sentido, é, sem sombra de dúvidas, importantíssima para manutenção e desenvolvimento do ser humano enquanto membro de um sistema social — sobretudo ocidental —, talvez seja até mesmo por isso que a maioria dos países a elegem como a base da sociedade em suas cartas constitucionais, inclusive o Brasil, conforme o artigo 226 da Constituição Federal.

Além disso, a própria percepção do Estado enquanto ente estruturado e organizado politicamente encontra-se consubstanciada no âmago das relações familiares, visto que as relações de subordinação e dependência se assemelham, mesmo que de forma rudimentar, àquelas encontradas no seio familiar:

É a família, pois, o primeiro modelo das sociedades políticas, o chefe é a imagem do pai, o povo dos filhos, e todos, tendo nascido iguais e livres, só alienam a sua liberdade em proveito próprio. A diferença toda está em que, na família, o amor do pai pelos filhos compensa dos cuidados que lhes dedica, enquanto no Estado o prazer de comandar supre a falta desse amor que o chefe não tem pelos seus povos (ROUSSEAU, 1999, p.10).

Percebe-se, pois, de certo modo, o porquê de o Estado editar normas e preceitos referentes à proteção da família, uma vez que sua própria organização estrutural advém do núcleo familiar. Portanto, proteger as relações familiares não se trata tão somente de regulamentar os relacionamentos individuais, mas também de proteger o próprio poder soberano — oriundo do povo e para o povo.

Nesse sentido, se o indivíduo, em um dado momento, renuncia à sua liberdade em prol da proteção do Estado, este deve, por excelência, oportunizar os meios e as formas que garantam, além da harmonia social, a realização pessoal daquele, sobretudo nas suas relações

de foro íntimo — família. Para tanto é imprescindível transpor as vivências pessoais de seus legitimadores em preceitos jurídicos.

Tais normas limitam-se, inicialmente, aos parâmetros e paradigmas impostos pela cultura, pois a relação familiar encontra-se em um contexto sócio-histórico-cultural delimitado. Contudo, o poder soberano, além de encontrar sustentáculo nas expressões culturais e se limitar a elas, deve atentar-se à adequação e ao desenvolvimento humano ao longo das transformações culturais, a fim de materializar sua principal função — a realização do bem comum; garantindo, por conseguinte, a cada ser humano a possibilidade de exercer livremente suas faculdades, desde que não frustrate o bem de todos. (REALE, 2004)

Premissa que justifica, em âmbito nacional, termos saído em tão pouco tempo — 72 anos desde a promulgação do Código Civil de 1916 até a Constituição Federal de 1988 — de um sistema familiar patriarcalista de bases sobremaneira rígidas para outro livre e volúvel, que se baseia nas relações de afeto das vivências diárias. (LÔBO, 2017)

Isso se deu não só porque os valores jurídicos foram alterados durante esse tempo, mas porque as alterações culturais foram tão categóricas que o próprio significado de família se alterou, tendo, portanto, o Direito que se adequar a essa nova realidade:

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. (LÔBO, 2017 p. 15)

A família brasileira do período Colonial e Imperial não diverge muito do restante do mundo, visto que se fundamentava basicamente em um núcleo patrimonial cuja principal função era a manutenção do coletivo sob a égide de um chefe, ou seja; de acordo com o contexto socioeconômico daquele período, um núcleo de produção rural. (LÔBO, 2017)

Durante esse período, o poder jurídico atribuído às relações familiares ficou ao encargo do direito canônico. Vale ressaltar que não havia normas especificamente codificadas sobre a proteção do vínculo familiar. Não obstante algumas menções muito simplórias nas Ordenações, a interpretação das relações familiares ficou muito mais na incumbência dos valores Cristãos do que da lei propriamente dita:

No direito luso-brasileiro, era rígido o poder marital sobre a mulher, com as seguintes previsões, nas Ordenações: castigos, cárcere privado pelo tempo que exigisse a correção, direito de morte, se a surpreendia em flagrante adultério. O direito canônico também inferiorizava a condição da mulher, mas seus “delitos” tinham punição mais branda (LÔBO, 2017 apud MIRANDA, 1981, p. 52).

A Constituição Federal da República de 1891, por sua vez, também não é muito incisiva em relação ao instituto da família; no entanto, ao criar a figura do casamento civil, conforme § 4º do artigo 72, demonstra previamente o que viria a seguir. (LÔBO, 2017)

Partindo de um ponto mais significativo, o Código Civil de 1916 foi o primeiro marco jurídico que se atentou especificamente ao tratamento da família como núcleo originário de direitos e deveres — o matrimônio. Esse núcleo consubstanciava-se ao redor da figura masculina, que detinha todo o poder familiar e o exercia de forma unipessoal, absoluta e sem quaisquer interferências, sendo todos os outros integrantes meros coadjuvantes. (LÔBO, 2017)

Embora muito incisivo quanto à regulamentação do instituto da família, o diploma, ao entender do jurista Venosa (2018, p. 5) não estava em conformidade com a realidade da maioria da população brasileira do século XX, tendo nascido, portanto, desatualizado:

Basta dizer, apenas como introito, que esse Código, entrando em vigor no século XX, mas com todas as ideias ancoradas no século anterior, em momento algum se preocupou com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontrava-se nessa situação. Era um Código tecnicamente muito bem feito, mas que nascera socialmente defasado, preocupado apenas com o individualismo e o patrimônio. (VENOSA, 2018, p.5)

O diploma original teve bases extremamente “tradicionalistas”, “conservadoras” e “discriminatórias”. Contava, por exemplo, com o poder marital, que limitava todas as decisões da vida conjugal ao homem; o pátrio poder, que instituía o homem como o chefe da família e tomador de todas as decisões; a diferenciação entre os filhos legítimos, ilegítimos e legitimados, determinada conforme celebração ou não do casamento; a vedação ao reconhecimento dos filhos adulterinos e a indissolubilidade do casamento, entendido como uma instituição sagrada e oponível somente à morte (DIAS, 2016, p.30).

As alterações culturais pelas quais o país passou no decorrer dos anos seguintes, bem como a desatenção do legislador às práticas nacionais fizeram com que o texto legal fosse reformado posteriormente, tendo três mudanças substanciais: a Lei n. 883/49; a Lei n. 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada; e a Lei n. 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio (DIAS, 2016, p. 32).

A Lei n. 883/49 estabeleceu o reconhecimento dos filhos ilegítimos, nas hipóteses de dissolução da sociedade conjugal, em que um dos pais ou o próprio filho poderia dar início

à ação, bem como resguardou alguns direitos aos filhos ilegítimos, como, por exemplo, o direito à metade sucessória a qual faz jus o filho legítimo ou o legitimado, vide artigos 1º e 2º da referida lei. (DIAS, 2016)

O Estatuto da Mulher Casada alterou a posição de subalternidade da mulher a retirando do rol dos relativamente incapazes, bem como a incluindo na participação do pátrio poder — indícios do que se entende hoje por poder familiar. Por fim, a Lei 6.515/77, Lei do Divórcio, decretou fim à indissolubilidade do casamento, podendo o casal separado, inclusive, construir outra sociedade conjugal. (DIAS, 2016)

Percebe-se, portanto, que o Código Civil de 1916 deu devida importância e reconhecimento à família, uma vez que a tratou de forma incisiva e categórica, inclusive dedicando boa parte de seus artigos às relações familiares. Entretanto, pecou ao estabelecer normas excessivamente conservadoras, patriarcais e desatualizadas em relação às práticas sociais de seu tempo. (VENOSA, 2018)

O Código Civil de 1916 — inspirado pelos ideais liberais — teve como uma de suas principais características a seletividade quanto à sua aplicação, visto que estabeleceu normas e disposições concentradas, majoritariamente, nas elites oligárquicas regionais. Em razão desse direcionamento, de certa forma, não se atentou tanto aos direitos individuais e coletivos da outra parcela da sociedade, que, inclusive, era a maioria. (VENOSA, 2018)

Trata-se, portanto, de um diploma, eminentemente, materialista, o que se evidencia na própria forma com que delimita os vínculos familiares, visto que, ao invés de regular as relações pessoais com o intuito de proporcionar bem-estar e realização aos indivíduos, se preocupa muito mais em resguardar os aspectos econômicos do matrimônio. Com isso acabou criando algumas disposições que hoje nos parecem tão distantes e grosseiras, como é o caso da distinção quanto à filiação, favorecendo, dessa forma, a manutenção do patrimônio matrimonial em detrimento ao direito à filiação. (VENOSA, 2018)

Passado esse momento, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, além de criar o Estado Democrático de Direito, garantindo as liberdades e garantias fundamentais sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, dilacerou com os estigmas e paradigmas sociais vigentes à época do Código Civil de 1916:

Somente com a Constituição de 1988, cujo capítulo dedicado às relações familiares pode ser considerado um dos mais avançados dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa história da desigualdade jurídica na família brasileira (LÔBO, 2017, p. 41).

Vale ressaltar que, partindo de um ponto de vista sociocultural, ao estabelecer novas diretrizes às relações familiares, a Carta Magna apenas constatou as realidades já presenciadas no cotidiano da sociedade brasileira, ou seja, houve a adequação da norma jurídica ao contexto social. (DIAS, 2016)

Fato muito comum quanto ao Direito das Famílias, dado que as transformações socioculturais ocorrem de forma muito mais célere que a dogmática jurídica. Sendo assim, as normas muitas vezes já nascem desatualizadas quanto às práticas sociais; a Carta Cidadã reconheceu diversos direitos às pessoas, estabelecendo, nesse sentido, vários avanços sociais de suma relevância para a sociedade brasileira, mas não apreciou, por exemplo, as relações homoafetivas que já havia à época, que foram posteriormente incumbidas às decisões jurisprudenciais:

A lei, como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural (DIAS, 2016 p. 27).

A Constituição Federal, em âmbito familiar, reconheceu, em conformidade com o artigo 16, 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a família como a base da sociedade brasileira; sendo, por conseguinte, merecedora de especial amparo e proteção, conforme artigo 226. (LÔBO, 2017)

Além disso, determinou a igualdade entre homens e mulheres e, extirpou por completo quaisquer resquícios de pátrio poder ao estabelecer que os direitos e deveres tanto referentes ao planejamento familiar quanto à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelos pares, com fulcro nos § 5º e 6º do referido artigo. (LÔBO, 2017)

Ademais, em conformidade com os arranjos familiares informais, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como forma de entidade familiar; assim como a família monoparental, que é exercida por qualquer dos pais ou descendentes, conforme § 3º e 4º, respectivamente. Nesse sentido, expressa Venosa (2018, p.7): “a família informal foi a resposta hodierna à evolução, não podendo mais ser tratada como uma família marginalizada.”

Outrossim, estabeleceu a igualdade jurídica absoluta entre os filhos independentemente do vínculo originário, proibindo qualquer discriminação quanto à filiação, consoante o art. 227, § 6º. (LÔBO, 2017)

Por fim, instituiu, implicitamente, o princípio do melhor interesse do menor, que deverá ser levado em consideração sempre que ocorrer quaisquer conflitos familiares.

Portanto, devendo visar à proteção dos direitos e garantias inerentes à condição de criança e adolescente enquanto indivíduos em desenvolvimento em contraposição às vontades conjugais. (LÔBO, 2017)

Em 2002 foi promulgado o novo Código Civil tendo como alicerce três fundamentos básicos, a socialidade, a eticidade e a operabilidade:

A socialidade estabelece a supremacia dos valores coletivos sem detrimento dos individuais diferentemente do código anterior. A eticidade, por sua vez, baseia-se na boa-fé e na justa causa como nortes para as relações civilistas.

A operabilidade, por fim, busca disponibilizar ao direito civil e aos juristas a sua mais completa efetivação e execução possíveis. Fato que foi concretizado por meio da edição de normas mais claras e concisas quanto aos seus conteúdos. A distinção entre prescrição e decadência, que outrora era empecilho aos juristas, é um exemplo claro disso. (GONÇALVES, 2017, p. 46-47)

Em âmbito do Direito Familiar não houve nenhuma inovação substancial além da manutenção das premissas estabelecidas pela Constituição Federal. Nesse sentido, Dias (2016, p.33) entende a relevância do diploma quanto à exclusão de “expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade”.

Por fim, a Emenda Constitucional n. 66 de 2010, que deu nova redação ao artigo 227, § 5º da Carta Magna, estabeleceu a dissolução do casamento pelo divórcio sem nenhuma limitação temporal ou causalista para tal, bastando apenas a manifestação de vontade para efetivá-la. (DIAS, 2016)

Pereira (2018, p.7) adverte que ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro uma “constitucionalização” do direito civil, pois “destacam-se os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem aos interesses particulares”. Ou seja, atualmente, para o ordenamento jurídico pátrio, as disposições e garantias fundamentais estão sobrepostas à mera disponibilidade dos interesses pessoais, que devem estar, pois, de acordo com os preceitos constitucionais.

Isso fica ainda mais notável no âmbito das relações familiares, uma vez que, com a introdução dos princípios constitucionais aplicáveis à família, o valor jurídico do vínculo familiar se concretiza na tradução das vontades pessoais em detrimento do formalismo matrimonial, característico do diploma civilista de 1916.

Nesse sentido, levando em consideração os direitos e garantias constitucionais que foram introduzidos pela Carta Magna, as relações jurídicas oriundas do vínculo familiar

passaram a ser interpretadas não sob o mandamento do matrimônio — que anteriormente as regiam —, mas sob a égide dos novos paradigmas familiares que foram construídos ao longo do Século XX e concretizados no novo milênio:

A família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3o, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo (LÓBO, 2017, p.17).

A Carta Magna passa a reconhecer todas e quaisquer expressões familiares, que se expressam nas vivências diárias da população brasileira; não sendo, pois, necessárias as formalidades e as burocracias exigidas outrora para a configuração do vínculo jurídico. Neste diapasão, surgem então os princípios da afetividade e da socioafetividade — que serão ainda analisados no presente estudo.

Vale ressaltar, ainda, que esses novos valores jurídicos, introduzidos pela Constituição, não enfraqueceram de forma alguma o vínculo familiar; muito pelo contrário, pois tais valores serviram de base para a ampliação, bem como para a inclusão jurídica dos mais variados e diversos modelos familiares existentes, garantindo a eles ampla proteção e segurança jurídica. (DIAS, 2016)

É importante notar, além disso, que tais valores ajudaram sobremaneira para o desenvolvimento da sociedade brasileira, bem como proporcionaram o fenômeno da repersonalização das relações familiares. Isto é, os valores sociais e jurídicos estritamente patrimonialistas, que outrora foram disseminados na sociedade brasileira, deram lugar ao valor jurídico e social do afeto, o qual se materializa na família por meio das mais diversas formas:

O fato é que a família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor (DIAS, 2016, p. 33).

Diante do exposto, portanto, nota-se que as transformações sociais, as quais a sociedade brasileira foi submetida, bem como a normatização dos direitos referentes à família, foram de extrema importância para o desenvolvimento da família brasileira enquanto instituto juridicamente qualificado. Logo, se, em um primeiro momento, a referido tinha características patriarcais, conservadoras, patrimonialistas e até mesmo discriminatórias, atualmente, a família, com viés constitucional, consubstancia-se na expressão máxima de liberdade — o

amor — e se materializa juridicamente nos valores da comunhão plena de vida e da afetividade.

1.2 A família socioafetiva

Juridicamente, a família brasileira passou por diversas transformações ao longo dos últimos dois séculos. No início do século XX, com a promulgação do Código Civil de 1916, a família era constituída, basicamente, por um vínculo meramente formal. De tal sorte que o norteador das relações jurídicas familiares, naquele momento, era o matrimônio; não importando nem mesmo o vínculo biológico — talvez isso explique a distinção entre os filhos, pois a filiação era determinada tão somente pelo matrimônio.

As transformações sociais introduzidas pela urbanização do Brasil ao decorrer do século XX foi fator determinante não só para as mudanças acerca dos liames culturais da família brasileira, mas também para a mudança do seu próprio valor jurídico. Nesse sentido, a industrialização, a figuração da mulher enquanto sujeito ativo no mercado de trabalho, a introdução dos métodos contraceptivos, a redução da taxa de fecundidade, dentre outras características desse período foram determinantes para essa troca de valores tanto sociais quanto jurídicos. (LÔBO, 2017)

A família rural e numerosa do século XX, pautada em um núcleo estrutural com viés econômico, bases fortes e patriarcais, deu lugar à família urbana, consubstanciada por um núcleo restrito de pessoas que estão lastreadas por relações muito mais voláteis e complexas que aquelas de outrora. (LÔBO, 2017)

O valor jurídico norteador das relações familiares, por conseguinte, também teve de ser alterado, pois não havia mais a necessidade de uma família solidificada e intangível como às daquele tempo, uma vez que as próprias relações humanas mudaram com o passar dos anos; nesse sentido, necessitava-se de maior abrangência e dinamicidade na configuração das relações familiares — é o surgimento do vínculo familiar guiado pela na afetividade. (LÔBO, 2017)

O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família (DIAS, 2016, p.49).

Vale relembrar o histórico artigo publicado pelo jurista João Baptista Villela, um dos precursores das ideais referentes à socioafetividade no Brasil, que em 1979 dispôs que a

filiação do futuro não deveria ser pautada exclusivamente no vínculo sanguíneo, mas também nos laços oriundos das vivências do cotidiano, os afetivos:

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. 412).

O princípio jurídico da afetividade foi introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita, visto que não há nenhuma disposição expressa na Constituição acerca do termo afeto; todavia, são várias as disposições que atestam a sua aplicação nas entrelinhas do texto constitucional. Nesse sentido, é notável a sua incidência quando, por exemplo, a Carta Magna dispõe acerca da elevação da união estável enquanto forma de entidade familiar ou quando proíbe a distinção entre os filhos (DIAS, 2016 p. 75).

O código civil, da mesma forma, manteve, implicitamente, a incidência do princípio da afetividade em seu texto legal quando, por exemplo, estabelece a comunhão plena de vida no casamento; admite outra origem à filiação, além do parentesco natural e civil; consagra a igualdade entre os filhos; entre outros, conforme Welter apud Dias (2016, p.76).

Não obstante a semelhança etimológica entre os termos, afetividade e socioafetividade não se tratam da mesma coisa. A terminologia socioafetividade é derivada do princípio da afetividade, uma vez que se trata da junção entre o fato social (sócio) e o valor jurídico (afetividade), conforme o exposto por Lôbo (2017, p. 25).

Nesse sentido, ainda de acordo com o referido autor, a socioafetividade é o valor jurídico derivado dos aspectos sociais; servindo, dessa forma, de contraponto aos valores jurídicos oriundos do vínculo biológico. Por essa razão é que a socioafetividade vem sendo muito utilizada pelos juristas para a solução dos impasses contemporâneos no que concerne à filiação, uma vez que não se dá para considerá-la, nos dias de hoje, apenas como fato derivado da consanguinidade — família, acima de tudo, é um fato social que antecede até mesmo ao próprio Estado.

Ressalta, ainda, que o desenvolvimento da socioafetividade, em âmbito nacional, deu-se concomitantemente com o DNA; momento em que os juristas se encontravam seduzidos pela possibilidade de resolver todos os impasses por meio do exame. No entanto, conclui que a complexidade das relações familiares não pode se resumir em mera determinação biológica, uma vez que “pai, com todas as dimensões culturais, afetivas e

jurídicas que o envolvem, não se confunde com genitor biológico; é mais que este.” (LÔBO, 2017 p. 26).

A filiação bem como os seus reflexos, sem sombra de dúvidas, são os grandes vetores para as mudanças jurídicas acerca do vínculo familiar, pois é por meio dela que são incluídas novas acepções ao ordenamento e às práticas jurídicas. (LÔBO, 2017)

Historicamente, a filiação foi matéria interpretada sob a luz do matrimônio e, nesse sentido, havia a marcante distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, consubstanciada pela realização ou não do matrimônio, de modo que o filho havido dentro do casamento era tido como legítimo e digno de todos os parâmetros legais, entretanto aquele havido fora da constância matrimonial era denominado de ilegítimo e tratado com descaso. (LÔBO, 2017)

Passado esse momento, a filiação se tornou marcada não mais unicamente pelo vínculo matrimonial, mas também pelo vínculo biológico que havia entre pais e filhos. A partir desse momento, os filhos deixam de ser tratados de forma desigual; equiparando-se os filhos oriundos do elo formal com aqueles do elo biológico, tendo todos direitos iguais, inclusive no que se refere aos direitos patrimoniais oriundos da herança. (LÔBO, 2017)

Destaca-se, juridicamente, nesse período, a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, que imputa, em sede de ação de investigação, a presunção *juris tantum* de paternidade ao pai que se recusa a fazer o exame de DNA. Percebe-se, portanto, que nesse momento a filiação se revestiu de viés biológico; sendo, pois, a resposta jurídica a anos de discriminação e tratamento desigual entre os filhos. (LOBO, 2017)

É evidente que não parou por aí, com as transformações socioculturais impostas pela pós-modernidade, o vínculo estritamente biológico se mostrava insuficiente, porquanto não abarcava todas as situações vivenciadas pela sociedade brasileira. Surge, então, a necessidade da criação de uma figura jurídica que seja capaz de entrelaçar todas as relações, inclusive as que careciam de vínculo biológico — eis o surgimento da socioafetividade:

A socioafetividade como categoria do direito de família tem sistematização recente no Brasil. Esse fenômeno, que já era objeto de estudo das ciências sociais e humanas, migrou para o direito, como categoria própria, por meio dos estudos da doutrina jurídica especializada, a partir da segunda metade da década de 1990 (LÔBO, 2017, p.25).

Atualmente, a filiação no Brasil é socioafetiva, o que implica dizer que independe da constatação da consanguinidade para a sua configuração; trata-se, portanto, de um fato

jurídico que se estabelece durante as vivências do cotidiano impulsionadas pelas relações de afeto. (LÔBO, 2017)

Nesse sentido, nota-se que, nos dias de hoje, até mesmo a própria a filiação originada pelo vínculo biológico acaba se tornando socioafetiva, visto que, com a perduração temporal das relações familiares, o vínculo tende a se tornar, por excelência, socioafetivo, ainda de acordo com Lôbo (2017, p. 26):

A origem biológica era indispensável à família patriarcal e exclusivamente matrimonial, para cumprir suas funções tradicionais e para separar os filhos legítimos dos filhos ilegítimos. A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e a responsabilidade.

Não obstante a transformação da paternidade em fator social em detrimento do fator biológico, obviamente há casos em que se faz necessário o uso deste quanto à determinação da filiação. Neste diapasão, há três formas de identificar a verdade real da filiação, isto é, as formas de se identificar a paternidade, conforme Lôbo (2017):

(I) a verdade biológica com fins de reconhecimento de parentesco, desde que inexista registro civil ou paternidade socioafetiva; (II) a verdade biológica sem fins de parentesco, que ocorre quando, embora configurada a paternidade socioafetiva, resguardam-se à pessoa os direitos da personalidade quanto à sua origem biológica; (III) a verdade socioafetiva, quando constituída o estado de filiação e paternidade em virtude de vínculo adotivo, estado de filiação ou de inseminação artificial heteróloga.

Além disso, ainda de acordo com o referido autor, o próprio Código Civil dispôs algumas formas de incidência direta da socioafetividade no texto legal, tais como (LÔBO, 2017):

(I) a disposição do artigo 1593 que delimita que o parentesco é natural ou civil, podendo resultar tanto da consanguinidade quanto de outra origem; (II) a disposição do artigo 1596 que reproduz a temática constitucional quanto à não distinção entre os filhos; (III) a admissão da inseminação artificial heterológica com a utilização do sêmen de homem diverso, desde que autorizada pelo marido, configurando de plano a paternidade socioafetiva, de acordo com o artigo 1597; (IV) a possibilidade de a paternidade ser provada por qualquer prova admitida em direito, dando consubstancia para a posse do estado de filiação – filiação socioafetiva, conforme o artigo 1605; (V) a limitação ao reconhecimento de paternidade dos filhos maiores desde que consentidas por eles, e o direito de impugná-lo aos menores durante o prazo de quatro anos após a sua configuração, segundo o artigo 1614.

É notável a importância desses mecanismos jurídicos para com o Direito das Famílias, pois foi por causa do princípio da socioafetividade que o afeto ganhou *status* de intérprete das relações familiares, o que contribuiu sobremaneira para a consolidação do significado contemporâneo da família — a comunhão plena de vida, bem como o afeto construído por meio das vivências diárias.

No âmbito do Direito das Famílias, é muito difícil fazer coincidir os valores jurídicos às práticas jurídicas, visto que as transformações sócias são muito mais céleres que as jurídicas. Ainda mais tendo como parâmetro o período em que vivemos, em que a pluralidade de pensamento e a diversidade quanto às formas de ser viver são tão marcantes.

Tendo como referência as transformações histórico-culturais que o Brasil percorreu ao longo dos anos, percebe-se que a família do século XIX e início do século XX se desenvolvia, de certa forma, em razão de uma própria necessidade de subsistência do grupo, visto que, em uma sociedade majoritariamente rural, a ajuda mútua era intrínseca ao desenvolvimento econômico familiar. Pode-se notar, diante disso, a lógica por trás da numerosidade da família brasileira daquele tempo; sem desconsiderar, porém, os inúmeros avanços científicos que alteraram sobremaneira a sexualidade humana.

A família pós-moderna, por sua vez, não se confunde com aquela, pois não há mais essa necessidade econômica; muito pelo contrário, na medida em que, partindo de um ponto de vista financeiro, quanto mais enxuta a família melhor. Atualmente, os laços familiares, portanto, não são formados a partir de uma necessidade econômica nem mesmo biológica, mas sim a partir de uma expressão de liberdade, uma vez que estão consubstanciados muito mais em aspectos psicológicos ou até mesmo filosóficos, que traduzem, de certa forma, a própria busca pela felicidade.

A socioafetividade, juridicamente, mostra-se como uma saída capaz de traduzir esses novos anseios humanos, visto que oferece ampla proteção as mais variadas formas de expressão familiar, independentemente de quaisquer discriminações ou amarras, considerando as famílias em suas amplitudes. Nesse sentido, além de imprescindível ao desenvolvimento do homem enquanto membro de um sistema social, a família, hoje, é essencial para a sua realização pessoal, pois o seu próprio sentido foi, categoricamente, alterado ao longo dos anos — de um mero determinismo formal ou biológico a uma construção social que se desenvolve na complexidade das relações humanas tecidas nas vivências do cotidiano.

2 TEORIA GERAL DO FATO JURIDICO

2.1 Fato jurídico

Do latim *factum*, fato é tudo aquilo que existiu, isto é, todo e qualquer acontecimento capaz de expressar uma realidade. A vida é um fato — talvez o mais importante de todos, pois tudo se desenvolve a partir da existência. O perpassar da vida humana, ao longo dos anos, também se dá por meio de diversos acontecimentos — da chuva às relações humanas rotineiras, tudo é fato. A morte, por sua vez, categoricamente, põe fim à existência. Isso levando em consideração meramente o sentido da natureza física das coisas, sem pretensão de qualquer discussão no que se refere aos sentidos metafísicos que cada ser atribui à sua existência.

Diferentemente, o fato jurídico vai além do mero período de existência humana, porque as normas jurídicas estão inseridas em um contexto social amplo; a sua produção de efeitos, portanto, leva em consideração esse contexto. Tais normas fazem parte de uma “experiência jurídica”, ou seja, são frutos das “experiências sociais” do cotidiano. (REALE, 2004, p. 199)

Nesse sentido, apesar da vida humana, enquanto fato, se iniciar com o nascimento e findar com a morte; a vida humana, juridicamente qualificada, não se resume a isso, já que existem normas que dispõem sobre aspectos tanto anteriores quanto posteriores à vida, como é o caso da proteção aos direitos dos nascituros — artigo 2º do Código Civil —, bem como da sucessão — artigo 1784 e seguintes do referido diploma legal.

O Direito, conforme os romanos, origina-se dos fatos: *ex facto ius oritur*. É notável, por conseguinte, que a incidência dessa ciência depende intrinsecamente de um acontecimento — fato —, pois somente assim poderá haver um vínculo com significância jurídica. Nesse sentido, a mera disposição legal em abstrato, com exceção das normas de cunho meramente organizacional, não é capaz de produzir efeitos jurídicos, sendo imprescindível a sua concretização fática:

Fato jurídico é todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito. O fato jurídico, em suma, repete, no plano dos comportamentos efetivos, aquilo que genericamente está enunciado no modelo normativo. (REALE, 2004, p. 201-202)

Nesse sentido, o fato é o elemento mais importante da relação jurídica, visto que a lei, ao congelar a realidade humana, cria hipóteses de incidência legal, que se transformarão em direito subjetivo após a ocorrência desses acontecimentos. O fato é, pois, o pressuposto material do direito subjetivo (*Tatbestand ou Fattispecie*), isto é, é a condição material, legalmente qualificada, que enseja efeitos jurídicos. (PEREIRA, 2018)

Além disso, vale destacar que nem todo fato é jurídico, porque alguns acontecimentos são irrelevantes ao mundo jurídico, sobretudo os que perpassam as atividades da vida rotineira. Essas atividades, muitas vezes, são indiferentes ao direito, a não ser em determinadas ocasiões, em que produzirão efeitos no mundo jurídico, contanto que sejam fundamentadas no ordenamento jurídico. (PEREIRA, 2018).

Conforme o entendimento de Pereira (2018, p. 365), complementando a conceituação de Savigny, “fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais começam, se modificam ou se extinguem as relações jurídicas”. Além disso, de acordo com Reale (2004, p. 201), tendo como base a sua Teoria Tridimensional do Direito, “poder-se-á dizer que o Direito nasce do fato e ao fato se destina, obedecendo sempre a certas medidas de valor consubstanciadas na norma”.

Diante do exposto, percebe-se que, a fim de produzir efeitos, o fato é elemento primordial ao Direito, pois a norma somente produzirá uma consequência jurídica quando tiver seu fato-tipo — hipótese de incidência, de acordo com o entendimento do jurista Miguel Reale — materializada sob a forma de um acontecimento, dando, então, o surgimento ao fato jurídico — acontecimento qualificado por uma espécie normativa.

2.2 Classificação dos fatos jurídicos

Há diversas maneiras de se iniciar um vínculo jurídico, contanto que ocorra um fato juridicamente qualificado — fato jurídico. Esse termo é usado de maneira mais genérica e, nesse sentido, existem diversas ramificações ou subdivisões, dependendo, inicialmente, da forma como se originam.

De acordo com Pereira (2018), fatos jurídicos naturais são aqueles que se manifestam de forma independente à vontade humana, ou seja, são aqueles oriundos da própria natureza física das coisas. Levando em consideração os ensinamentos de Gomes (2016), essa modalidade de fato jurídico pode se expressar por meio de acontecimentos naturais ordinários e extraordinários. O caso furtivo, a força maior e o *factum principis* são

exemplos destes; já no que se refere àqueles, tem-se como exemplos o nascimento, a morte, o decurso no tempo, assim como a frutificação de plantas.

Os fatos jurídicos que se originam de uma ação humana são conhecidos como atos jurídicos (*lato sensu*) ou atos ilícitos, a depender se a vontade humana se materializa de forma condizente com o ordenamento jurídico ou ao revés. Nesse sentido, os atos praticados em conformidade com a lei são conhecidos como atos jurídicos (*lato sensu*); por outro lado, aqueles que contrariam o dispositivo legal são chamados de atos ilícitos. Esses atos podem se originar tanto de forma comissiva quanto omissiva, desde que, obviamente, seja fruto de um comportamento volitivo humano. (PEREIRA, 2018)

Os atos jurídicos lícitos (*lato sensu*) se dividem em duas categorias: atos jurídicos (*stricto sensu*) e negócios jurídicos. O que os diferencia, basicamente, é a presença ou não da autonomia da vontade no que se refere às escolhas de consequências jurídicas de determinado ato.

Nesse sentido, quando a vontade humana — revestida de autonomia privada — prever os efeitos jurídicos de determinado ato, tem-se a qualidade de negócio jurídico, é o caso de um contrato em que as partes podem dispor sobre direitos e deveres com certa liberdade. Além disso, como essa liberdade não é ilimitada, deve respeito aos limites impostos pela própria lei. (PEREIRA, 2018)

Os atos jurídicos (*stricto sensu*), assim como os atos ilícitos, são aqueles em que não há nenhuma liberdade quanto à escolha de efeitos jurídicos. Tais já estão previstos no próprio ordenamento jurídico e, conforme o entendimento de Pereira (2018, p. 367):

Mas, diversamente do negócio jurídico, que pode, segundo a manifestação da vontade do agente, criar para ele direitos ou deveres, o ato ilícito *stricto sensu* e o ato abusivo jamais originam um direito para quem os comete, porém e sempre deveres, que podem variar de graduação na proporção da intensidade da infração ou da profundidade da lesão a outrem.

2.3 Efeitos dos fatos jurídicos

Como já exposto, nem todos os fatos são jurídicos. Isso ocorre porque alguns não são relevantes ao mundo jurídico e, nesse sentido, a lei não lhes atribuíram efeitos jurídicos. Por outro lado, quando se trata de acontecimentos relevantes ao mundo jurídico, há a incidência de alguns efeitos previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Tais como a aquisição, a modificação e a extinção de direitos.

2.3.1 Aquisição de direitos

A aquisição de um direito é delimitada pela extensão existente entre uma relação jurídica e o seu atual titular, ou seja, possui um caráter subjetivo — refere-se à “adesão da relação jurídica ao seu sujeito”, conforme o entendimento de Pereira (2018, p.368). Ocorre a aquisição da propriedade, por exemplo, no momento em que a coisa se subordina ao seu atual dono — caso se trate de imóvel, dar-se-á com o registro; no caso de móvel, com a tradição da coisa.

O modo de aquisição pode ser originário ou derivado. O primeiro acontecerá quando o nascimento e a aquisição do direito acontecer ao mesmo instante, isto é, quando o direito surgir, originariamente, na figura do seu titular. O segundo, por sua vez, ocorrerá quando houver a transmissão ou sub-rogação de um direito de uma pessoa à outra. Como exemplos do primeiro, tem-se a “ocupação de uma coisa que o dono abandonou (*res derelicta*), bem como na apropriação de uma concha que o mar atira à praia (*res nullius*)”; já no que se refere ao segundo modo, há como exemplo as transmissões feitas por cessão de crédito ou contrato, bem como a usucapião e a sucessão hereditária legal. (PEREIRA, 2018, p. 368-369)

De acordo com Gomes (2016, p. 180) essa distinção tem mais aplicação prática, visto que “se originário, o direito adquire-se em toda a sua plenitude; se derivado, transmite-se nas mesmas condições e com as mesmas qualidades e restrições com que existia em poder do transmitente”. Nesse sentido, no caso da aquisição originária não há nenhuma oposição, pois o vínculo é originário, por conseguinte não se limita a fatos anteriores; por outro lado, quando derivada, haverá a manutenção de todos os acontecimentos anteriores, logo na aquisição de um imóvel com servidão, esta continuará mesmo com o novo titular.

2.3.2 Modificação de direitos

Durante seu período de existência, uma relação jurídica pode passar por diversas modificações, desde que mantenham a sua identidade. Nesse sentido, há modificações tanto de caráter subjetivo quanto objetivo:

As modificações de caráter subjetivo ocorrem quando houver alterações referentes ao sujeito do determinado direito e são denominadas de sucessão. É o caso da alienação de um imóvel, bem como da sucessão *causa mortis*. O direito se mantém intacto, todavia haverá a

sub-rogação de titularidade e, nesse sentido, a relação jurídica continuará a mesma. (PEREIRA, 2018)

Vale destacar, contudo, que alguns direitos são insuscetíveis de modificação subjetiva, em virtude do seu caráter personalíssimo, é o caso dos direitos da personalidade, bem como dos que possuem *intuitu personae*. Esses direitos se extinguem com a morte do titular. (PEREIRA, 2018)

As modificações de caráter objetivo, por sua vez, são aquelas em que ocorre a alteração do conteúdo da relação jurídica. Essas modificações poderão ser quantitativas ou qualitativas. São quantitativas quando aumentarem ou diminuïrem o objeto, como no caso de um imóvel que recebe porção de terra de outro por força da natureza (aumento). São qualitativas quando o conteúdo do direito se converte em outro de espécie diversa, como no caso da obrigação de entregar coisa certa que se converte em dever de indenizar, após o inadimplemento. (GOMES, 2016)

2.3.3 Extinção de direitos

Inicialmente, faz-se importante diferenciar extinção de perda de direitos, assunto controverso na doutrina. Esta se dará nos casos em que o direito subsistirá na figura de outro sujeito, sendo que o anterior não poderá mais exercer suas possibilidades jurídicas. A extinção, contudo, é o desaparecimento da própria relação jurídica, é, pois, um conceito absoluto. (PEREIRA, 2018)

Existem três causas para a extinção de direitos: em virtude do sujeito, do objeto e do vínculo jurídico, à luz do jurista Pereira (2018):

A extinção em razão do sujeito ocorre quando inexiste a possibilidade do exercício do direito por parte de seu titular, é o caso da morte do filho antes mesmo de ter iniciado a ação de investigação de paternidade. O direito se extingue, porque não há mais sujeito para exercê-lo.

A extinção em razão do objeto, por sua vez, ocorre com o perecimento do objeto do direito, como exemplos têm-se a morte de determinado animal e a queda de coisa no fundo do mar. Todavia, nem todo perecimento se converterá em extinção, visto que alguns institutos jurídicos permitem a troca de objetos — modificação de direitos. É o que ocorre nos casos de perecimento causados por culpa, na medida em que subsistirá o direito, todavia sob a forma de outro conteúdo (obrigação de indenizar).

A extinção em virtude do vínculo jurídico, por fim, ocorrerá nos casos em que, não obstante a subsistência tanto do sujeito quanto do objeto, aquele não terá mais o poder de ação para exercer as faculdades jurídicas do direito. É o que ocorre nos casos de prescrição e decadência.

Além disso, há alguns direitos transitórios — que já possuem em si mesmos as suas formas de extinção. Ocorre, por exemplo, nos casos em que possui termo ou condição resolutiva, em que o direito, respectivamente, se esvairá após o transcorrer do tempo, bem como se perecerá com o implemento da condição. (PEREIRA, 2018)

A renúncia, forma de extinção subjetiva, dar-se-á quando o titular do direito o abdicar, sem, porém, transferi-lo. É um ato unilateral, portanto. Apesar de não transferir a outra pessoa, haverá casos em que acarretará consequências jurídicas a outrem, como no caso da renúncia a herança, em que a parte renunciada retornará ao espólio, sendo, por conseguinte, distribuída entre os outros herdeiros, conforme a ordem sucessória. Além disso, vale destacar que alguns direitos — por serem públicos ou de ordem pública — são irrenunciáveis, como o poder familiar, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. Outrossim, renúncia não se confunde com inércia do titular do direito, pois o fato de não exercê-lo não significa abdicação, mas apenas conveniência, na medida em que a negação também é uma forma de utilização. (PEREIRA, 2018)

2.4 Negócio jurídico

Como brevemente disposto neste estudo, fatos jurídicos são acontecimentos, qualificados pelo ordenamento jurídico e que — por conta disso — possuem a capacidade de produzir efeitos jurídicos. Alguns independem da vontade humana — decorrem da própria natureza física das coisas. Outros somente existem em virtude de uma manifestação da vontade humana. Esses últimos se classificam, genericamente, como atos jurídicos.

Nesse sentido, dá-se o nome de ato jurídico *lato sensu* a toda e qualquer exteriorização volitiva humana que seja capaz de produzir efeitos jurídicos. Primeiramente, faz-se necessário notar se tais efeitos são oriundos da persecução da vontade do agente ou se são a mera materialização da norma. Quando o agente, munido de autonomia, persegue uma determinada produção de efeitos, tem-se a categoria dos negócios jurídicos. No entanto, quando esses efeitos decorrem da própria vontade da norma, tem-se o ato jurídico *stricto sensu*. (PEREIRA, 2018)

Consoante o disposto no artigo 185 do Código Civil, aplicam-se aos atos jurídicos *stricto sensu* todas as disposições concernentes à categoria dos negócios jurídicos — matéria amplamente positivada no diploma civilista. Portanto, analogamente, os requisitos de validade, as modalidades, os defeitos, bem como as nulidades referentes aos negócios jurídicos também se aplicam à modalidade dos atos jurídicos *stricto sensu*.

O negócio jurídico é caracterizado por uma finalidade jurídica, isto é, uma declaração de vontade com o intuito de gerar efeitos jurídicos, dentro dos limites daquilo que está previamente estabelecido pela lei. Nesse sentido, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, o indivíduo é livre para, por meio de sua declaração de vontade, respeitada a lei, criar direitos e adquirir obrigações. A finalidade ou o objetivo do negócio jurídico se materializa nos momentos da vida do direito subjetivo e, nesse sentido, pode ser a aquisição, a modificação, a extinção e a conservação de direitos. (PEREIRA, 2018)

2.4.1 Manifestação e declaração de vontade

A declaração de vontade é o elemento primordial do negócio jurídico, uma vez que este só existe a partir da manifestação da vontade humana — sendo, inclusive, o que o diferencia dos meros fatos jurídicos.

Oriundas da Alemanha, duas são as vertentes doutrinárias acerca da manifestação da vontade humana. A primeira, teoria da vontade (*Willenstheorie*), entende que o que deve ser levado em consideração não é a mera declaração, mas sim a vontade interna dos seus agentes — a vontade real. A segunda, teoria da declaração (*Erklärungstheorie*), ao revés, entende ser irrelevante a apuração da vontade real dos agentes; bastando, portanto, apenas a declaração. (PEREIRA, 2018)

O ordenamento jurídico pátrio faz uso da primeira teoria, o que será pormenorizado no decorrer do presente estudo, sobretudo quando tratar dos defeitos do negócio jurídico.

A vontade é, de fato, elemento indispensável ao negócio jurídico. Essa vontade, todavia, deverá ser exteriorizada, ou seja, deve haver a exposição do íntimo do agente no mundo exterior. Isso se das mais variadas formas. O Código Civil em seu artigo 107 estabelece que a regra é que não há, para a manifestação de vontade, forma especial; sendo esta imprescindível somente nos casos legais.

Nesse sentido, pode ser expressa por meio de palavras — escritas ou faladas —, bem como por meio de gestos ou sinais. Além disso, pode ser exteriorizada por meio de uma

simples atitude, como é o caso da aceitação de herança em que a pessoa age conforme sua qualidade de herdeiro. Neste caso, trata-se de uma manifestação de vontade tácita; naqueles, de uma manifestação de vontade expressa. (PEREIRA, 2018)

O próprio silêncio pode se revestir dessa qualidade, bastando apenas que, conforme o artigo 111 do referido diploma, as circunstâncias ou os usos o autorize. Neste caso, será compreendido como uma anuência.

2.4.2 Requisitos de validade do negócio jurídico

A fim de produzir plenos efeitos no mundo jurídico, os negócios jurídicos se revestem de alguns requisitos, que concernem à pessoa, ao objeto e à forma. Conforme o artigo 104 do Código Civil, a sua validade depende de agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e, em alguns casos, forma adequada. (PEREIRA, 2018)

As condições subjetivas — como o próprio nome de antemão revela — está ligada a pessoa que pratica o ato negocial. Nesse sentido, é indispensável à validade do negócio que o agente seja capaz. No caso de incapacidades, relativas ou absolutas, os indivíduos poderão deliberar sua vontade por meio da assistência ou da representação, respectivamente. Apesar disso, algumas modalidades de negócios jurídicos poderão ser realizadas pessoalmente pelos relativamente incapazes, fato que não se estende aos absolutamente incapazes, que nunca pratica, pessoalmente, atos válidos. (PEREIRA, 2018)

Na representação, uma pessoa — legalmente revestida de poderes — age em nome incapaz; na assistência, por outro lado, quem pratica o ato é o próprio incapaz, todavia para ter plena validade é necessária a “anuência” de seu assistente. Os atos praticados pelos absolutamente incapazes são inválidos, nulos de pleno direito, portanto. Na falta dessa outorga do assistente os negócios praticados pelo incapaz são relativamente nulos. Vale destacar que, neste caso, quando se tratar de um negócio jurídico bilateral, a anulabilidade do ato só poderá ser arguida em proveito próprio, ou seja, pelo incapaz, conforme o artigo 105 do Código Civil. (GOMES, 2016)

Além disso, há alguns casos em que, apesar da plena capacidade do agente, o ato não poderá ser celebrado, em virtude de impedimentos. Esses impedimentos são restrições impostas pela própria norma, é o caso da impossibilidade do curador adquirir bem imóvel de propriedade de seu pupilo. (GOMES, 2016)

As condições objetivas — definidas pelo artigo 104 do Código Civil, dizem respeito à liceidade, bem como à possibilidade jurídica do objeto. Nesse sentido, deve ser

lícito, isto é, se expressar em conformidade com a lei; outrossim, deve haver possibilidade jurídica, ou seja, suscetível de se realizar materialmente. Na impossibilidade do objeto, não há a realização do negócio jurídico, visto que inexistente relação jurídica sem objeto. (PEREIRA, 2018)

A forma, por fim, é o meio de exteriorização da declaração de vontade, ou seja, é a projeção do íntimo do agente no mundo exterior. Esse pressuposto pode se desenvolver de maneira *solene* ou formal, quando existir, para a validade do ato, uma forma específica de sua realização, mas também pode se desenvolver de forma livre, isto é, quando o veículo utilizado para a declaração da vontade for indiferente à sua validade. O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da forma livre — de acordo com o artigo 107 do Código Civil —, o qual estabelece que a validade da exteriorização da vontade só se limitará a forma quando a lei expressamente assim o determinar. Nesse sentido, quando a lei estabelecer uma forma específica para a realização do ato, a sua exteriorização de maneira diversa enseja ineficácia do negócio. (PEREIRA, 2018)

Como já anteriormente expresso neste estudo, essa manifestação de vontade, quando dispensada forma específica, poderá ser apurada por meio de qualquer emissão volitiva, como gestos, atitudes, sinais, linguagem — escrita ou falada, até mesmo o silêncio.

Em alguns casos pode ainda haver, consoante o dispositivo legal, a determinação de publicidade do ato. Essa publicidade, geralmente, dar-se-á por meio do sistema de Registros Públicos. A lei pode limitar a validade de um negócio ao devido respeito a esse formalismo, é o caso da transferência de bem imóvel que somente se materializará com o respectivo assentamento público. Mas também pode limitar o âmbito de produção de efeitos do negócio a depender de sua publicidade ou não, produzindo efeitos *erga omnes* (publicado) ou *inter partes* (não publicado). (PEREIRA, 2018)

O negócio jurídico, portanto, deve conter esses requisitos, uma vez que são elementos imprescindíveis para a devida produção de efeitos; sendo, inclusive, na maioria das vezes, causas de nulidade ou de anulabilidade do respectivo ato jurídico.

2.4.3 Classificação dos negócios jurídicos

Existem diversas classificações referentes ao negócio jurídico, todavia, por não ser especificamente o objeto deste trabalho, analisar-se-ão apenas aquelas principais.

O negócio jurídico tem origem precipuamente em uma declaração de vontade, como já exposto anteriormente neste estudo. Quando essa declaração de vontade se der de

maneira una, isto é, por expressão volitiva de somente uma parte — não se exige que seja uma única pessoa, uma vez que parte e pessoa são distintas — dar-se-á sob a forma de um negócio jurídico unilateral. Nesse sentido, para a existência do ato, basta uma única declaração de vontade, é o caso de um testamento ou de um codicilo. Para ser considerado bilateral, por outro lado, não basta a expressão de uma única vontade, mas sim de duas. Essas manifestações devem ser direcionadas a um mesmo objeto de maneira coincidente, consentindo acerca de determinada produção de efeitos, ou seja, uma relação de anuência, como no caso de um contrato qualquer. (PEREIRA, 2018)

Levando se em consideração o efeito do negócio jurídico, o ato pode ser considerado oneroso ou gratuito. Este se materializa quando há apenas uma única prestação; inexistindo, por conseguinte, uma contraprestação. Isto é, haverá o enriquecimento patrimonial de uma pessoa em detrimento da diminuição do patrimônio de outra — doação, por exemplo. Aquele, por outro lado, se configura quando ocorrer uma prestação que se contrapõe à outra — compra e venda, por exemplo. Neste negócio, haverá, geralmente, o enriquecimento de uma parte concomitante com uma contraprestação. (PEREIRA, 2018)

Além disso, quando o negócio produzir efeitos durante a vida das partes, dar-se-á o nome de *inter vivos*; ao revés, aquele que somente produzir efeitos em virtude da morte — como o testamento — dar-se-á a denominação *causa mortis*. (PEREIRA, 2018)

Outrossim, o ato será denominado de principal quando existir independentemente de outro, ou seja, de maneira autônoma. Aquele que depender da pré-existência de outro ato é chamado de acessório. Vale ressaltar que o ato acessório segue a sorte do principal, pois tudo que for oposto a este também será estendido àquele. Nesse sentido, se por ventura haver a incidência de alguma nulidade, esta se ampliará ao acessório, visto que ele não possui autonomia jurídica. Por fim, conforme anteposto, o ato poderá ser *solene* (formal) ou *não solene* (consensual) a depender da exigência legal ou não de forma específica para a sua celebração. (PEREIRA, 2018)

2.5. Defeitos do negócio jurídico

2.5.1 Manifestação de vontade defeituosa

De acordo com Pereira (2018, p. 410) “O pressuposto do negócio jurídico é a declaração da vontade do agente, em conformidade com a norma legal, e visando a uma produção de efeitos jurídicos”. Essa emissão volitiva, portanto, é o elemento constitutivo do

negócio jurídico, uma vez que este inexistente sem aquela. Entretanto, consoante à teoria da vontade real — adotada pelo direito brasileiro —, a fim de produzir efeitos, não basta a mera emissão da vontade, devendo esta ser consubstanciada na vontade real do agente — aquilo que está em consonância com o seu querer íntimo. Além disso, para se aperfeiçoar, o negócio jurídico, ainda, deve estar de acordo com os preceitos legais, ou seja, em uma clara relação de submissão ao ordenamento.

Nesse sentido, a declaração de vontade é imprescindível para a própria existência do negócio jurídico; devendo, ademais, ser analisada não apenas a emissão em si mesma, mas também todas as circunstâncias que por ventura a envolveram, pois pode ocorrer de um ato existir, ou seja, possuir todos os seus elementos constitutivos, inclusive a emissão volitiva, mas não ser capaz de produzir os seus efeitos legais, o que se dará nos momentos em que a externalização da vontade não coincidir com a vontade real do agente, bem como nos momentos em que inexistir a submissão da vontade do agente ao “querer” da norma jurídica. Haverá, em tais casos, um negócio jurídico defeituoso — passível de não produzir efeitos jurídicos. (PEREIRA, 2018)

Existem duas categorias de defeitos do ato jurídico: vício de consentimento e vício social. Denomina-se vício de consentimento aquele defeito que expressa uma relação de dissonância entre a emissão da vontade e o querer íntimo do agente, em virtude de circunstâncias exógenas à vontade emitida. O vício social, por outro lado, não se manifesta por meio da desarmonia entre a vontade emitida e a vontade real do agente, mas sim entre a vontade e o imperativo legal; trata-se, portanto, de uma manifestação de vontade que, por fatores endógenos, viola o próprio espírito da norma, uma vez que o ato negocial se consubstancia na produção de efeitos condenados ou condenáveis pelo ordenamento jurídico. (PEREIRA, 2018)

A doutrina tradicional reconhece como defeitos dos negócios jurídicos o vício de consentimento (erro, dolo e coação) e o vício social (simulação e fraude contra credores). No entanto, o ordenamento jurídico pátrio estende a essa categoria os institutos da lesão e do estado de perigo. A caracterização do defeito acarreta invalidade do negócio jurídico; tornando-o, pois, nulo ou anulável, conforme a teoria da invalidade, a qual ainda será pormenorizada neste estudo. (PEREIRA, 2018)

2.5.2 Erro

O erro decorre de uma manifestação de vontade que, por “desconhecimento ou por falso conhecimento de circunstâncias fáticas”, não traduz o íntimo do agente, uma vez que se por ventura soubesse dessas qualidades não o faria. Isto é, decorre de uma falsa compreensão da realidade fática; havendo, pois, uma discordância entre a expressão volitiva emitida e a vontade real do agente que a manifestou, caso fosse retirado esse véu de ignorância. (PEREIRA, 2018, p.414)

Ao ver de De Page, conforme citado por Pereira (2018, p. 415) a constatação do erro é uma das maiores problemáticas que o direito tem de resolver, uma vez que há um choque entre dois vetores básicos das relações jurídicas: o conflito entre o aspecto individualista, consubstanciado na busca pela vontade real do agente, e o aspecto social, materializado na necessidade de segurança jurídica para essas relações. Nesse sentido, ainda de acordo com o referido autor, o estímulo ao primeiro aspecto pode acarretar “instigação à imprudência, à imperícia, ao descuido, à negligência ou à preguiça, e a consequência seria a anulação de qualquer negócio em que o agente se enganasse”. O oposto seria a incoerência da prevalência da segurança jurídica em total desprezo à vontade real; acarretando, portanto, injustiças — o que se busca reduzir.

A ponderação entre esses aspectos, pois, é medida que se impõe. Nesse sentido, a fim de alcançar o condão de anular determinada situação jurídica, a maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, inclusive o nacional, estabelece que o erro deve ser causa determinante de invalidade, bem como deve atingir substancialmente a declaração de vontade, ao passo que a mera afetação acidental não possui esse poder. É o que se entende por erro substancial ou essencial (artigo 139 do Código Civil) em contraposição ao erro meramente acidental. (PEREIRA, 2018)

Substancial é o erro que afeta a “natureza do ato, o objeto principal da declaração ou a qualidades a ele essenciais (artigo 139, I do Código Civil)”. O que pode se dar em *error in negotio*: quando a própria natureza do ato é afetada, como é o caso de uma pessoa que doa algo presumindo estar vendendo, *error in corpore*: referente à identidade do objeto, por exemplo, a compra de um quadro comum, supondo tratar-se de uma pintura de um artista famoso, *error in substantia*: concernente a qualidades essenciais da coisa, como quando alguém adquire uma estatueta de osso, pensando ser de marfim, e, por fim, *error in persona*: a qual se refere à percepção acerca das identidades físicas ou morais de determinada pessoa. (PEREIRA, 2018, p. 417)

Acidental, por sua vez, é o erro que recai sobre aspectos secundários do objeto ou da pessoa, e não alteram a validade do negócio, uma vez que não se faz possível presumir que o agente agiria de outra forma caso soubesse de tais. Pode-se expressar por meio do *error in qualitate*, quando se tratar de uma qualidade secundária de determinada coisa ou pessoa, como a compra de um produto de marca diversa, bem como por meio do *error in quantitate*, consubstanciado na diferença entre o que se recebe e o que se planejava adquirir. Se a qualidade e a quantidade, porém, possuem natureza determinante, esse defeito passa a ser de caráter substancial. Além desses, o erro de cálculo, acidental, não anula o ato, bastando somente a retificação do ato, conforme o disposto no artigo 143 do Código Civil. (PEREIRA, 2018)

O erro de direito, por sua vez, tem origem quando a declaração de vontade é emitida em ignorância norma positivada ou baseada em sua interpretação dúbia, o que não seria efetivado caso se soubesse do preceito legal. Essa modalidade de erro, todavia, esbarra na premissa constante do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em que ninguém pode se escusar de cumprir a lei, alegando desconhecimento — princípio da obrigatoriedade da lei. Os juristas modernos, nesse sentido, entendem que essa modalidade de erro só pode ser escusável em razão da boa-fé, contanto que não acarrete recusa à aplicação da lei, conforme o artigo 139, inciso III do Código Civil. (PEREIRA, 2018)

O erro deve ser real, além de substancial, de acordo com o artigo 142 do referido diploma legal, uma vez que o negócio não será viciado quando o contexto ou as circunstâncias sejam capazes de identificar a pessoa ou a coisa indicada. Além disso, de acordo com o artigo 138 do Código Civil, só são anuláveis aqueles atos que poderiam ser percebidos por pessoas de diligência normal — teoria da confiança. (PEREIRA, 2018)

Além disso, com fulcro no artigo 141 do referido diploma, equipara-se ao erro a transmissão defeituosa da declaração, seja pela inexatidão da intenção do agente em virtude da própria mensagem, seja pela sua falta de integralidade em razão do canal de comunicação utilizado. (PEREIRA, 2018)

Por fim, o direito brasileiro, conforme o artigo 144 do ordenamento civilista, consagra o instituto da convalidação do erro. Para tanto, é necessário que o interessado — pessoa a quem se dirige o negócio jurídico — execute o ato jurídico em conformidade com a vontade real do agente, apesar do erro. (PEREIRA, 2018)

2.5.3 Dolo

Essa espécie de vício de consentimento se configura a partir de práticas ou manobras maliciosas praticadas por uma das partes com intuito de obter uma declaração de vontade da outra parte; podendo favorecer tanto a si mesmo quanto a terceiros. É, pois, a provocação intencional de um erro, visto que, caso soubesse dessas circunstâncias, o declarante não emitiria a sua vontade. Vale destacar, além disso, que o dolo praticado por terceiro não possui o condão de anular o ato, a não ser quando uma das partes tenha conhecimento; cabendo, por conseguinte, apenas o pagamento de perdas e danos por parte do autor do dolo. (GOMES, 2016)

Para se configurar o dolo, é imprescindível a presença de dois elementos: o objetivo — o comportamento ilícito daquele que visa a enganar a outra parte e o subjetivo — a vontade de enganar (*animus decipiendi*). Esse comportamento pode ser tanto por meio de uma ação quanto por meio de uma omissão, de tal modo que o próprio silêncio, quando qualificado pela vontade de enganar, pode ser capaz de viciar o ato. (GOMES, 2016)

Além disso, o dolo pode ser principal ou acidental. A primeira modalidade ocorre quando o dolo é a causa determinante para a celebração do ato, porquanto não seria celebrado se não o fosse; a segunda, por sua vez, não influi diretamente a declaração de vontade, mas o modifica, isto é, o ato seria celebrado de qualquer forma, todavia há a presença de situações menos vantajosas ao declarante. Quando o dolo for principal haverá a possibilidade de anular o ato jurídico, porém quando se tratar de dolo acidental haverá apenas a possibilidade da satisfação das perdas e danos naqueles aspectos afetados. (PEREIRA, 2018)

Por fim, o dolo praticado pelo representante apenas obriga o representado naquilo que o tenha favorecido, sem acarretar nulidade do ato. Ademais, o dolo bilateral — praticado por ambas as partes — se compensa, havendo a neutralização. (GOMES, 2016)

2.5.4 Coação

Dar-se-á esse vício de consentimento quando uma pessoa emitir a sua vontade em decorrência de violência. Todavia, para ser considerado, é preciso que a violência seja moral, uma vez que a violência física (*vis absoluta*) é a própria usurpação da vontade; havendo, pois, a completa falta de vontade. Neste caso, o ato é nulo de pleno direito, não havendo que se falar em vício de consentimento. (PEREIRA, 2018)

Na violência moral (*vis compulsiva*), por outro lado, há uma declaração de vontade, porém imperfeita, uma vez que o agente, por temor, tem cerceada a sua liberdade volitiva. Há, neste caso, uma atuação sobre o íntimo do declarante, impondo-lhe, por meio da intimidação, a prática do ato. Nesse sentido, coabitam duas vontades, aquela influída pela violência e a vontade real do agente que seria exercida caso não coagido. A vontade viciada pela coação, portanto, por ser um vício de consentimento, é passível de ser anulada. (PEREIRA, 2018)

A ameaça, no entanto, para viciar o negócio jurídico, deve ser causa determinante da realização do negócio, influir na vontade do agente, além de ser praticada de maneira injusta, ao passo que o exercício regular de um direito não tem o condão de viciar o ato, exceto quando for exercido para obter vantagens excessivas. Além disso, para viciar a vontade, deve influir no paciente fundado temor de dano a si, a sua família ou aos seus bens. No entanto, esse temor de dano deve ser, pelo menos, equivalente ao dano do ato extorquido. (GOMES, 2016)

Por fim, vale destacar que o temor reverencial — receio de desagradar os pais, mestres ou quaisquer pessoas que o agente tenha respeito — não dá causa ao referido vício de consentimento, na medida em que não constitui coação, por não ser causa influente na realização do negócio. Além disso, a coação pode ser exercida tanto de maneira comissiva quanto omissiva, bem como ser exercida por terceiros, contanto que influencie a declaração de vontade, viciando-a. (GOMES, 2016)

2.5.5 Simulação

Não há na simulação uma declaração de vontade viciada — porquanto não se trata de um vício de consentimento — mas sim de um vício social; trata-se, portanto, de um ato praticado com o intuito de produzir efeitos que são defesos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, existe a vontade de “burlar” o ordenamento jurídico, produzindo efeitos propositalmente deliberados pelos agentes, mas contrários à lei. (GOMES, 2016)

De acordo com Gomes (2016, p. 312), há simulação nos seguintes casos:

- a) celebrar um contrato oneroso para mascarar um contrato gratuito; uma venda para disfarçar uma doação;
- b) estipular um contrato com uma pessoa que não é a parte verdadeira, como doar à concubina figurando outrem como donatário;
- c) atribuir a um contrato outro nomen juris para fraudar o Fisco, ou declarar dados falsos;

d) fraudar os credores fingindo alienar um bem.

Diferentemente dos vícios de consentimento, a dissonância entre a vontade real e a vontade exteriorizada, aqui, não se constitui por circunstâncias alheias à vontade do agente, mas sim de forma deliberada, isto é, o agente executa determinado ato, mas com a intenção de produzir outros efeitos. (GOMES, 2016)

Além disso, para haver a simulação, é imprescindível a presença de um acordo simulatório, a fim de enganar terceiros, fingindo ou ocultando situações jurídicas. A *causa simulandi* é a real finalidade desejada pelas partes — disfarçada pela simulação. Esse acordo serve para tirar a validade jurídica do ato, preparando-lhe uma nova situação jurídica, a fim de produzir efeitos camuflados. (GOMES, 2016)

A simulação pode ser absoluta ou relativa. Na modalidade absoluta, na verdade, inexistente um negócio jurídico, uma vez que a intenção dos agentes é a não produção de efeitos; é, pois, apenas uma aparência, com o intuito de ocultar bens ou de fingir uma relação jurídica patrimonial, por exemplo. Na relativa, por outro lado, existe uma relação aparente, constituindo-se de um contrato simulado e outro dissimulado. O contrato simulado possui a finalidade de enganar, enquanto que o dissimulado, de produzir efeitos ocultos, mas verdadeiramente desejados. (GOMES, 2016)

A simulação relativa pode ser subjetiva ou objetiva. No primeiro caso, a parte constante do contrato não é aquela que realmente aproveitará do resultado; sendo apenas a interposição de uma pessoa fictícia. No segundo caso, refere-se ao objeto, ao conteúdo ou a elementos do contrato, como no caso de se fingir uma venda para se fazer uma doação. (GOMES, 2016)

Vale ressaltar que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a simulação absoluta não se configura como uma espécie de defeito do negócio jurídico, mas sim de causa de invalidade; trata-se, pois, de ato nulo de pleno direito. No entanto, a simulação relativa é anulatória. Além disso, o contrato dissimulado subsistirá nos casos em que a substância e a forma forem válidas. (GOMES, 2016)

2.5.6 *Fraude contra credores*

Essa espécie de defeito também se configura no campo dos vícios sociais, ou seja, se materializa em uma declaração de vontade em desconformidade com o que versa o ordenamento jurídico. A fraude tem origem em uma manobra que tem a finalidade de

prejudicar terceiro. Em um primeiro momento, pode se assemelhar com o instituto da simulação, todavia não se confundem. Nesta há a realização de uma declaração de vontade disfarçada por um negócio jurídico aparente, mas com o intuito de resultados diversos; na fraude, por outro lado, inexistente qualquer disfarce — o ato é praticado de forma direta, sem entrelinhas, por conseguinte. (PEREIRA, 2018)

Conforme Pereira (2018, p. 430): “na fraude, o que estará presente é o propósito de levar aos credores um prejuízo, em benefício próprio ou alheio, furtando-lhes a garantia geral que devem encontrar no patrimônio do devedor”. Seus requisitos são a má-fé e a vontade de impor prejuízo a terceiro, todavia não é indispensável a presença da intenção deliberada de causar prejuízo (*animus nocendi*), bastando a consciência do dano, de acordo com o referido autor.

Esse defeito decorre do princípio da responsabilidade, o qual estabelece um dever de garantia genérico do devedor para com o seu credor, isto é, o seu lado ativo (patrimônio) não pode ser dilapidado em detrimento de suas obrigações. Neste diapasão, constituem fraude contra credores os atos que infrinjam esse princípio. Isso não significa que o devedor não possa administrar o seu patrimônio, no entanto a diminuição maliciosa do patrimônio a fim de prejudicar o credor é vedada. Por conseguinte, opera fraudulentamente o devedor que aliena gratuitamente seus bens quando em estado de insolvência, pois tal negócio está desfalcando os valores ativos do seu patrimônio — o que é vedado. (PEREIRA, 2018)

Esses atos fraudulentos podem ser atacados por meio da ação pauliana ou revocatória. Essa ação, além de anular tais atos, reverte em proveito do credor o referente à fraude para a sua fiel execução, compondo uma massa para esse fim. (PEREIRA, 2018)

2.5.7 Lesão e estado de perigo

Chamados por alguns de vício excepcional, a lesão tem origem na desproporção entre duas prestações. De tal forma que uma das partes sofre um prejuízo, enquanto a outra se aproveita para auferir lucro exagerado — desproporção. Para ser caracterizada, faz-se necessária a presença de dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo. (PEREIRA, 2018)

O primeiro, objetivo, refere-se à desproporção: uma das partes aufere ou possui a possibilidade de auferir vantagem excessiva em relação à sua contraprestação. O segundo, subjetivo, refere-se ao dolo de aproveitamento — uma espécie de dolo presumido, que se configura no proveito de algumas circunstâncias para obter vantagem excessiva. Tais como a

inexperiência, a insensatez ou o estado premente de necessidade da outra parte. Apesar do nome, não se faz necessário o dolo propriamente dito no aproveitamento, bastando que a parte aproveite conscientemente dessas situações para adquirir vantagem desproporcional. (PEREIRA, 2018)

Verificada a existências desses requisitos o ato é defeituoso, por conseguinte passível de anulação. Contudo, pode haver o seu restabelecimento, o que pode se dar tanto com a suplementação da contraprestação — desfazendo, assim, a desproporcionalidade — quanto com a diminuição do proveito. (PEREIRA, 2018)

Por fim, o estado de perigo se configura quando uma pessoa assume situação excessivamente onerosa para salvar-se, ou a seu cônjuge, ascendente, descendente, ou ainda alguém com que tenha relação de afetividade. É imprescindível que a outra parte — a que está adquirindo vantagem excessiva — tenha conhecimento do estado de perigo; sendo, portanto, necessário dolo de aproveitamento. (PEREIRA, 2018)

É defeito semelhante à coação, todavia não há a ameaça, mas tão somente a falta de liberdade na manifestação de vontade, em virtude das circunstâncias. Conforme Pereira (2018, p. 440) “é o caso de quem promete quantia vultosa a quem o salve de naufrágio ou afogamento, ou a quem se ofereça para realizar uma cirurgia de urgência”. Além disso, ainda de acordo com o referido autor, decai em quatro anos o direito de anular o negócio jurídico.

2.6 Invalidade do negócio jurídico

2.6.1 Ineficácia lato sensu e stricto sensu

“A validade do negócio jurídico é uma decorrência da emissão volitiva e de sua submissão às determinações legais”, consoante o entendimento de Pereira (2018, p. 503). Ou seja, negócio jurídico perfeitamente válido é aquele em que há uma declaração de vontade livre de vícios, contanto que não obste nenhuma imposição normativa, porque a eficácia do negócio jurídico — sua produção de efeitos — emana de sua submissão à lei. A invalidade do negócio jurídico, obviamente, portanto, é a sua insujeição ao preceito normativo, bem como a falta das condições legais para uma declaração de vontade virtuosa. (PEREIRA, 2018, p. 503)

O grau de ineficácia do negócio varia à medida das exigências legais, podendo, de acordo com estas, alcançar tanto a completa imperfeição, ou não, do ato quanto a sua integridade ou parte dele. De acordo com essas oscilações, existem três modalidades de atos inválidos: o nulo, o anulável e o inexistente — é o que se qualifica como ineficácia *lato sensu*.

A distinção entre esses institutos dar-se-á de acordo com o entendimento da própria lei, a qual atribuirá reações menos ou mais graves, ponderando-as. Nesse sentido, aquilo que a lei entende mais grave gera a nulidade do ato, aquilo que ela entende menos grave, a anulabilidade. Por fim, ato inexistente é aquele em que se e verifica a falta de algum dos requisitos constitutivos do ato — não há nem mesmo a sua formação, pois. (PEREIRA, 2018)

Por fim, a ineficácia *stricto sensu* configura-se quando, conquanto possua todos os seus elementos constitutivos, o ato é dependente de uma condição extrínseca a fim de completar seu ciclo de perfeição e produzir efeitos jurídicos, como no caso de um ato pendente a registro, ou subordinado à condição suspensiva, uma vez que a eficácia do ato somente se dará com o seu respectivo implemento dessas circunstâncias. (PEREIRA, 2018)

2.6.2 Nulidade

O negócio jurídico é nulo quando, em razão de defeito grave previamente estabelecido pela norma, não possui a capacidade de produzir os seus efeitos. A nulidade é, pois, uma sanção ao desrespeito de uma predeterminação legal. Essa predeterminação normativa pode ser tanto de ordem expressa quanto de ordem implícita. (PEREIRA, 2018)

Contrariando o velho princípio francês “*pas de nullité sans grief*” (não há nulidade sem prejuízo), o atual Código Civil é inspirado no princípio do respeito à ordem pública, o qual atribui nulidade às infrações de leis que possuem caráter cogente, isto é, às leis de ordem pública, que devem ser sempre cumpridas. Em razão desse caráter público, os interessados e o Ministério Público podem arguir a nulidade, inclusive o juiz *ex officio*. Além disso, vale destacar que, em razão de sua abrangência (ordem pública), a nulidade é um conceito absoluto (ou de pleno direito), diferentemente da anulabilidade — que se inspira em um interesse privado —, sendo, nesse sentido, um conceito relativo. (PEREIRA, 2018)

Em respeito à ordem pública, a nulidade se baseia em todos os aspectos do negócio jurídico: subjetivo, objetivo e formal. Portanto, é nulo o ato praticado por pessoa absolutamente incapaz (requisito subjetivo), quando o objeto for ilícito, impossível ou indeterminável (requisito objetivos), ou quando não revestir de forma prescrita ou não se revestir de solenidade considerada essencial à validade (requisito formal), conforme artigo 166, incisos I, II, IV e V do Código Civil. Além disso, será considerado nulo o ato quando ambas as partes o conduzirem por motivo ilícito, quando praticado com o intuito de fraudar a lei ou quando a lei assim o determinar ou proibir-lhe a prática, sem, todavia, declarar-lhe

sanção, conforme, respectivamente, os incisos III, VI e VII do referido artigo. (PEREIRA, 2018)

A nulidade, além de não ser passível de confirmação, é insuprível pelo juiz. Além disso, de acordo com a doutrina tradicional e com o próprio Código Civil (artigo 169), a nulidade não se convalesce com o decurso no tempo; sendo, por conseguinte, imprescritível, apesar de alguns doutrinadores, modernamente, a considerarem submissa à prescrição, seguindo a regra geral de 10 anos. (PEREIRA, 2018)

Ademais, o Código Civil, em seu artigo 170, admite a conversão substancial do negócio jurídico, que se caracteriza quando, apesar de incorrer em nulidade, os objetivos visados pelos interessados podem ser atingidos por outro negócio jurídico, aproveitando-se a declaração de vontade e não se pronunciando a nulidade do ato. (PEREIRA, 2018)

A decretação da nulidade desfaz o negócio com a devida reposição do *status a quo* das partes; caso isso não seja possível, em razão de não subsistir a coisa ou ter se tornado inviável a relação jurídica, haverá o direito à indenização do equivalente. A nulidade, quando não atingir ponto substancial do ato, poderá recair naquilo que for defeituoso, respeitando-se seus referidos efeitos (artigo 184 do Código Civil). Além disso, a nulidade do principal fulmina o acessório, mas a inverso não é verídico, como no caso de uma fiança declarada nula em que não haverá óbice à obrigação principal, subsistindo o débito. (PEREIRA, 2018)

Por fim, vale destacar que ato nulo de pleno direito não produz nenhum resultado, de tal sorte que o decreto judicial que declara a nulidade tem efeitos retroativos (*ex tunc*), alcançando a declaração de vontade no momento de sua emissão. (PEREIRA, 2018)

2.6.3 Anulabilidade

Diferentemente da nulidade, na anulabilidade não se opõe interesse público, mas sim a vontade das partes e, nesse sentido, o ordenamento jurídico visa proteger o interesse privado. Neste diapasão, percebe-se que o ato não é tão grave quanto aqueles que determinam a nulidade, razão pela qual a lei estabelece a legitimidade para argui-la apenas aos interessados: a própria pessoa, aqueles que a sucedam (sub-rogação *inter vivos* ou sucessão *causa mortis* ou a terceiros interessados (como no caso do credor prejudicado por alienação fraudulenta). (PEREIRA, 2018)

O Código Civil, em seu artigo 171, declara que são atos passíveis de anulação aqueles praticados pelos relativamente incapazes, bem como aqueles inquinados por alguns defeitos; mais especificamente: erro, dolo, coação, fraude contra credores, lesão ou atos

praticados em estado de perigo. Os relativamente incapazes que praticarem ato ocultando esta característica — agindo de má-fé, pois — perdem a legitimidade de anular o ato, na medida em que o ordenamento jurídico não protege aquele que age maliciosamente, conforme o artigo 180 do referido diploma legal. (PEREIRA, 2018)

O negócio jurídico anulável convalesce por três motivos: decurso no tempo, confirmação ou suplemento de autorização. De acordo com o artigo 178 do Código Civil, os direitos decorrentes dos atos viciados por coação decaem em quatro anos depois de cessada esta; além disso, aqueles viciados por erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão também podem ser anulados pelo mesmo prazo, todavia contados da data da realização do ato, decaindo após tal prazo. Além disso, os atos em que a lei declare suscetíveis de anulação, mas não atribua tempo para tal, decaem em dois anos, contados do dia em que tiver sido realizado, conforme o artigo 179 do diploma civilista. (PEREIRA, 2018)

A segunda causa de convalescimento — confirmação — dar-se-á quando “uma atitude inequívoca de quem tinha legitimidade para ataca-lo, atribuir-lhe validade”. Isso pode ser feito pela “repetição do ato, pela reiteração da vontade, ou por atitude inequívoca de validá-lo”, de acordo com Pereira (2018, p. 513). Ainda de acordo com o referido autor, essa confirmação pode ser tanto de forma expressa — declaração de vontade — quanto de forma tácita — execução da obrigação pela parte quando já ciente do defeito jurídico —, retroagindo seus efeitos à data da constituição do negócio.

O suprimento da autorização, por sua vez, dar-se-á nos casos em que, para a constituição do ato, seja essencial a autorização anterior ou conjuntamente à realização do ato, de tal sorte que o suplemento *a posteriori* também possui o mesmo condão de dar-lhe validade; afastando, por conseguinte, o motivo da anulação. (PEREIRA, 2018)

Por fim, vale destacar que o ato anulável produz efeitos até que seja declarada a sua invalidade; produzindo, esta, efeitos não retroativos (*ex nunc*), ou seja, respeitam-se todos os efeitos anteriores à decretação daquela. (PEREIRA, 2018)

2.6.4 *Atos inexistentes*

Criada na doutrina e reverberada nas decisões jurisprudências, a inexistência do negócio jurídico complementa a teoria da ineficácia dos negócios jurídicos ao lado da nulidade e da anulabilidade, mas, diferentemente dessas, não possui referencial normativo no ordenamento civilista brasileiro. (PEREIRA, 2018)

O ato inexistente se assemelha ao nulo, contudo não se confundem — há a presença de uma determinante diferenciando-os. No ato nulo existe a figura jurídica, apesar de a lei renegar-lhe efeitos; no inexistente, não, visto que se trata de uma mera aparência de ato. No ato jurídico inexistente há a falta de um pressuposto material — que faz com que o ato negocial nem sequer chegue a se formar, enquanto que no nulo, o ato existe, no entanto, por contrariar uma disposição normativa, seus efeitos são frustrados. (PEREIRA, 2018)

Nesse sentido, para uma melhor compreensão, faz-se necessário distingui-los com exemplos. Se um ato negocial tiver como objeto algo ilícito ou impossível, o ato é nulo, mas se inexistente objeto, será inexistente. Da mesma forma, o ato solene realizado por forma diversa daquela prescrita pela norma é nulo de pleno direito, no entanto se não houver a realização de qualquer celebração, o ato é inexistente — um completo vazio para o mundo jurídico. O ato inexistente não produz qualquer efeito, diferentemente do ato nulo, o qual depende de uma decisão para tal. (PEREIRA, 2018)

3 A DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA SOCIOAFETIVIDADE

No transcorrer dos últimos dois séculos, a família brasileira passou por diversas alterações tanto no que se refere à forma com que os relacionamentos interpessoais são construídos quanto ao valor que a ciência jurídica os atribui. Isso se deve, sobretudo, às diversas mutações socioeconômicas, culturais e científicas por que passou — e passa — o país. A expansão das cidades brasileiras, sobretudo a partir do período de interiorização do país; a inserção da mulher no mercado de trabalho; a introdução de novas técnicas científicas de controle de natalidade e a fluidez do novo milênio remontam o perfil sociocultural das famílias brasileiras. (LÔBO, 2017)

A ciência jurídica no que tange à família, por sua vez, não ficou para trás, muito pelo contrário, o vanguardismo desse ramo do direito é perceptível no cenário nacional. Um exemplo bem claro disso é o princípio da socioafetividade, o qual estabelece que o aquilo que dá origem ao vínculo familiar não é mais o formalismo do matrimônio nem mesmo o objetivismo da consanguinidade, mas sim o subjetivismo do vínculo afetivo — a relação familiar constrói-se, pois, nas vivências do cotidiano e se transpõe ao direito por meio do valor jurídico da afetividade. (LÔBO, 2017)

A importância dessa mudança de paradigmas é incontestável, uma vez que o próprio significado da família se alterou com o passar dos anos; materializando-se, hoje, em construções sociais que independem, até mesmo, da própria natureza. Os relacionamentos interpessoais, hoje, são muito mais complexos e plurais que aqueles de outrora e, nesse sentido, faz-se necessário um valor jurídico à altura — a socioafetividade é, pois, medida que se impõe, de modo que não há mais espaço para discriminação, estigmatização ou preconceito, sobretudo após a promulgação da Constituição Cidadã. (LÔBO, 2017)

Apesar disso, em um mundo cada vez mais complexo e plural, pressupõem-se conflitos, também, cada vez mais complexos e plurais. A principal discussão deste estudo encontra-se consubstanciada em um desses problemas. Suponha-se que um pai, acreditando-se como tal, registre e crie uma criança até determinada idade — caracterizando-se, de certa forma, portanto, o vínculo socioafetivo —, mas que após isso venha a descobrir que inexistente o liame biológico com a criança e que queira dar cabo a essa relação. Neste caso, haverá ou não a possibilidade de se desconstituir essa paternidade em razão do vício de consentimento?

3.1 Parentalidade socioafetiva

Parentesco é o liame jurídico estabelecido entre pessoas, caracterizando-as enquanto membros de um mesmo núcleo familiar, com a capacidade de atribuir efeitos jurídicos aos relacionamentos parentais. Nesse sentido, de acordo com Lobo (2017, p. 201), “a relação de parentesco identifica as pessoas como pertencentes a um grupo social que as enlaça num conjunto de direitos e deveres”.

Esse vínculo jurídico, consoante o artigo 1593 do Código Civil, “é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Nesse sentido, considera-se como parentesco natural aquele que tem origem no laço sanguíneo; e civil, aquele que tem embrião na socioafetividade — adoção, posse do estado de filho e concepção por material genético alheio —, além disso, considera-se também o parentesco por afinidade, isto é, aquele que se delimita pela atração dos afins do cônjuge ou companheiro. (LÔBO, 2017)

Nesse mesmo sentido, atesta o Enunciado n. 256 do Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe que “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

A relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos carrega o nome de filiação — paternidade quando oposta ao pai; maternidade, à mãe. O direito brasileiro, contemporaneamente, considera a filiação não somente sob o aspecto biológico, mas também sob o cultural — socioafetivo —, atestando que os laços que unem pais e filhos vão muito além da mera compatibilidade sanguínea, uma vez que são construídos a partir da transigência das relações rotineiras, com todas as suas imperfeições, erros e acertos. O afeto não se confunde com o amor, pois se expressa na plenitude das convivências diárias; materializa-se, pois, até mesmo em um “puxão de orelha”. (LÔBO, 2017)

Em tom poético, Fachin (1996, p.59) atesta em belíssimas palavras que:

A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos. Outro pai, nova família.

Diante do exposto, a parentalidade socioafetiva pode ser definida como “o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que

vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas”. É, então, a parentalidade de fato — consubstanciada nas relações da vida diária — que, com a introdução dos valores da nova ordem jurídica constitucional, ganha também a qualidade de parentalidade de direito, com a proteção do direito à convivência familiar sob a égide da proteção integral do menor e da prevalência da socioafetividade. (CASSETTARI, 2015, p. 16)

Vale destacar, ainda, o Enunciado n. 6 do Instituto Brasileiro de Direito de Família, o qual preconiza que “do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”; traduzindo, nesse sentido, o princípio da igualdade e a proibição da distinção entre os filhos constantes na Constituição Federal. (CASSETTARI, 2015)

A fim de se constatar a presença da parentalidade socioafetiva, é preciso a observância de três requisitos: a afetividade, uma vez que a relação deve estar calcada no afeto construído durante o período de convivência; o tempo de convivência, de modo que somente o tempo é capaz de gerar carinho, afeto e cumplicidade nas relações humanas; a presença de sólido vínculo afetivo, de tal sorte que este possa se equiparar àqueles oriundos das relações entre pais e filhos consanguíneos. (CASSETTARI, 2015)

3.2 Posse de estado de filho

A posse de estado de filho é a situação fática que demonstra a relação que existe entre pais e filhos. Essa situação se mostra independentemente da realidade legal, uma vez que se materializa sob a forma de uma presunção legal — aquele que possui *status* de filho é considerado como tal para o direito. (LÔBO, 2017)

Nesse sentido, atualmente, não se prova a relação de filiação somente pelo documento de registro do nascimento, mas também pelas situações fáticas que a rodeiam. Essas situações são capazes de suprir a inexistência do documento, na medida em que o vínculo é provado pelo conjunto de circunstâncias que solidificam a relação, presumindo-a. Diante disso, a fim de constatar a existência do vínculo socioafetivo, é imprescindível a demonstração do estado de filiação, pois este é o instituto que atribui valor jurídico às relações de afeto. (LÔBO, 2017)

Nesse mesmo sentido, é o entendimento do Enunciado n. 519 do Conselho de Justiça Federal, atestando que “o reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”.

O afeto tem como alicerce, portanto, a vontade, o desejo, de se ter a pessoa como filho, exteriorizando essa relação a todos por meio da posse de estado de filho. Neste diapasão, a filiação compreende uma relação afetiva duradoura, com reciprocidade no tratamento paterno-filial, além de reputação social. Aliás, cumpre ressaltar, que a demonstração da posse de estado de filho não é característica exclusiva das relações socioafetivas, mas também daquelas que se fundamentam no liame biológico, haja vista que o vínculo de parentesco, por se tratar de uma construção social, é aquele que se demonstra nas situações fáticas das vivências cotidianas; devendo, por conseguinte, os pais biológicos “adotarem de coração” seus filhos consanguíneos. (CASSERATTI, 2015, p. 37)

De acordo com o entendimento de Pontes de Miranda, corroborando com a maioria da doutrina, a configuração da existência da posse de estado de filho pode ser resumida em três aspectos: *nomen*, *tractatus* e *fama*. Por *nomen* entende-se que indivíduo deve levar o nome da pessoa que atribui a paternidade; por *tractatus*, que pais e filhos se tratem como tal e por *fama*, que a relação paterno-filial carregue reputação social, isto é, que a pessoa seja reconhecida como tal perante a sua comunidade. A coabitação desses requisitos, porém, não é fundamental, porquanto que no caso de dúvida deve sempre prevalecer o *status* de filho. (MIRANDA, 1971, p. 46-47)

Nas palavras de Lôbo (2017, p. 232-233):

A aparência do estado de filiação revela-se pela convivência familiar, pelo efetivo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento do filho, pelo relacionamento afetivo, enfim, pelo comportamento que adotam outros pais e filhos na comunidade em que vivem.

Nesse sentido, o estado de filiação é, pois, a situação fática que, aparentemente, comprova o vínculo familiar, atribuindo tutela jurídica às relações filiares — que, mais que mera determinação biológica, se efetiva por meio do valor jurídico do afeto que fora construído na incontestabilidade das vivências do dia a dia.

3.3 Adoção de fato e à brasileira à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A adoção, à luz do entendimento da doutrina e da jurisprudência, pode se dar tanto sob a forma prevista em lei, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto sob a forma da adoção de fato e à brasileira. Faz-se importante um breve estudo acerca dessas duas últimas, em razão de sua relevância para o objeto de estudo deste trabalho — a

possibilidade ou não de se desconstituir uma relação socioafetiva maculada pelo vício originário.

A adoção de fato, como o próprio nome já diz, é aquela que decorre das situações fáticas. Ou seja, existe a relação de posse de estado de filho entre os pais e o filho adotado, todavia essa adoção não se deu nos moldes do parâmetro legal; é o chamado “filho de criação” — situação muito comum no Brasil. Em razão do princípio do melhor interesse do menor, bem como do fundamento da dignidade da pessoa humana, e em respeito à socioafetividade, não há nenhuma óbice a esse vínculo de parentesco, na medida em que, para o direito brasileiro, basta a demonstração da existência do estado de posse de filho para se considerar o vínculo em todas as suas plenitudes; atribuindo, assim, direitos e deveres recíprocos aos pares dessa relação. (CASSERATTI, 2015)

A adoção à brasileira, por sua vez, é aquela que se configura no registro civil de nascimento da criança, de modo em que há uma declaração falsa acerca da filiação — o que, inclusive, configura crime na seara penal, mas que, em razão de ser o ato praticado por motivo de nobreza, pode ser isento de pena (artigo 242 parágrafo único do Código Penal). Situação também muito corriqueira no Brasil, eminentemente no que se refere àqueles homens que registram filho alheio como se fosse próprio, bem como nos casos de casais que registram criança abandonada. (CASSERATTI, 2015)

É muito comum que, passado esse momento, a adoção à brasileira se transforme em estado de filiação, em virtude das relações afetivas que se formam no transcorrer longo dos anos. O problema mesmo é quando os relacionamentos adultos chegam ao fim — a criança, representada ou assistida pela mãe, ingressa com ação de alimentos em face do pai que, enfurecido, ingressa com uma ação para extinguir essa parentalidade, alegando não ser justo ter de pagar pensão se não for pai biológico da criança. (CASSERATTI, 2015)

Caso similar ao supracitado chegou ao Superior Tribunal de Justiça, o qual decidiu:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A chamada "adoção à brasileira", muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora.
2. 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.**

3. No caso, ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. De tudo que consta nas decisões anteriormente proferidas, deduz-se que o autor, imbuído de propósito manifestamente nobre na origem, por ocasião do registro de nascimento, pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas.

4. Com efeito, tal providência ofende, na letra e no espírito, o art. 1.604 do Código Civil, segundo o qual não se pode "vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro", do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. 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 o infante vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

5. A manutenção do registro de nascimento não retira da criança o direito de buscar sua identidade biológica e de ter, em seus assentos civis, o nome do verdadeiro pai. **É sempre possível o desfazimento da adoção à brasileira mesmo nos casos de vínculo socioafetivo, se assim decidir o menor por ocasião da maioridade; assim como não decai seu direito de buscar a identidade biológica em qualquer caso, mesmo na hipótese de adoção regular. Precedentes.**

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1352529/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 13/04/2015) (grifo nosso)

Esse entendimento já está mais do que sedimentado na jurisprudência, de tal sorte que o reconhecimento voluntário de paternidade é ato irrevogável e irretroatável, contanto que exista o estado de filiação — exceto no que se refere ao direito da criança de buscar a sua verdade biológica, o que poderá ser exercido a qualquer tempo, independentemente da existência do vínculo socioafetivo. Ainda, de acordo com o referido Tribunal:

DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. APELO PROVIDO.

1. **O STJ sedimentou o entendimento** de que, 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.** (STJ, REsp 1115428/SP, Rei. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 27/09/2013).

2. Hipótese na qual o pai registral e a menor conviveram por quinze anos acreditando ser pai e filha, tratando-se como se efetivamente assim o fossem, inclusive, com sustento material, moral e afetivo, o que caracteriza a paternidade socioafetiva.

3. Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas

com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade, e que posteriormente se rebela contra a declaração autoproduzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico (STJ, REsp 1244957/SC, Min. NANCY ANDRIGHI, 3*1, DJe 27/09/2012). (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, versa o Enunciado n. 339 do Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe que: “a paternidade socioafetiva, **calcada na vontade livre**, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. (grifo nosso)

É perceptível, pois, que o vínculo de parentesco socioafetivo — consubstanciado pelos laços afetivos oriundos das vivências do cotidiano e exteriorizados por meio do estado de filiação — não pode ser impugnado quando fundamentado em uma manifestação livre de vontade, visto que os meros dissabores dos relacionamentos adultos não podem possuir o condão de desconstruir a própria identidade de uma pessoa.

O apogeu deste estudo, no entanto, não se embasa nesses casos, mas naqueles em que inexistente a vontade livre, a qual está imaculada em um vício originário (erro) — como no caso do pai que registra e desenvolve uma relação paterno-filial com a criança, mas que depois descobre a inexistência de consanguinidade com esta. Há ou não a possibilidade do vínculo socioafetivo ser desfeito? Considerá-lo como tal é uma afronta aos novos valores que foram introduzidos pela Constituição Federal?

3.4 A desconstituição da paternidade socioafetiva em virtude do erro substancial à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Analisar essa controvérsia e, conseqüentemente, responder essas questões, não é tarefa das mais fáceis, porque exige, de certa forma, o desfazimento de todo um conceito social — e jurídico — que fora edificado ao longo dos últimos anos: os vínculos paterno-filiais não mais se caracterizam tão somente pela compatibilidade sanguínea, mas também pelas relações afetivas que se constroem no campo dos sentimentos humanos ao longo de seus relacionamentos.

Nesse sentido, é compreensível que a moral nos imponha a seguinte questão: é aceitável que o pai abandone seu rebento mesmo após a constituição de toda uma relação paterno-filial calcada nos sentimentos de maior nobreza em razão de uma mera dissonância sanguínea? Todavia, a moral, íntima e não dotada de coercibilidade, não pode sobrestar a aplicação do direito, ciência que visa alcançar o bem comum e que, para tanto, possui poder imperativo e coercitivo.

Além disso, não versa, aqui, sob a desconstituição de uma relação jurídica trivial; como um contrato, por exemplo, mas de uma relação que envolve diretamente a vida de um ser humano, na maioria das vezes, de uma criança, a qual tem toda sua percepção de mundo, personalidade e identidade edificadas no seio desses enlaces afetivos.

A despeito da presunção *pater is est* — a qual estabelece que as crianças havidas na constância do casamento ou da união estável são, presumidamente, filhas dos respectivos maridos ou companheiros (artigo 1597 do diploma civilista) —, o Código Civil permite a impugnação do registro civil de nascimento, devendo o suposto genitor provar que o fez em razão de erro ou provar a falsidade do registro. Trata-se de ação personalíssima e imprescritível, de acordo com os artigos 1601 e 1604 do referido ordenamento jurídico. A fim de se provar o erro, deve, portanto, o pai registral comprovar a ocorrência do vício de consentimento, o que se compreende pela manifestação de vontade não intencional, maculada de vício originário. (LÔBO, 2017)

Além do registro de nascimento, prova-se a filiação, também, por meio das situações fáticas que a rodeiam — é o chamado estado de filiação (*nomen, tractatus e fama*). A ocorrência do erro não tem o condão de obstar somente o documento legal, mas também a própria situação fática, uma vez que a relação paterno-filial se desenvolveu apenas em razão da crença da paternidade biológica, o que não exclui, obviamente, a hegemonia do vínculo socioafetivo caso o pai o queira como tal.

Opor, contudo, a relação socioafetiva ao pai contra a sua vontade é inadmissível, mesmo que com fundamento no princípio do melhor interesse da criança, uma vez que essa relação nunca mais será a mesma. O afeto, embora juridicamente qualificado, é característica extrínseca ao direito, não podendo a ciência jurídica obrigar uma relação que não mais se sustenta por si própria — o afeto está no plano dos sentimentos, da liberdade e da vontade humana, jamais em uma imposição.

Esse princípio — consagrado no 7º Princípio da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959 e no artigo 3º, 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 — perpassa nos mandamentos da Constituição Federal de 1988, a qual atribui ao Estado, à família e à sociedade o dever social de proteção integral à criança e ao adolescente, vide artigo 227 do referido diploma legal. O instituto da proteção integral ganhou ainda mais referencial legislativo com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. (CANOTILHO et al., 2018)

De acordo com Silva Pereira (1999, p. 3) conforme citado por Canotilho et al. (2018, p. 2229): “a aplicação do princípio do *Best Interest* permanece como um padrão,

considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”.

O conteúdo do princípio, nesse sentido, não é bem determinado, uma vez que as circunstâncias do caso concreto é o que delimitará a sua abrangência; devendo ser analisadas à luz daquilo que se entende pelo melhor interesse dos vulneráveis, com fulcro no seu desenvolvimento psicossocial. (CANOTILHO et al., 2018)

Considerar a prevalência da paternidade socioafetiva, neste caso, seria desconsiderar a própria teoria dos fatos jurídicos, o que seria o equivalente a criar, de certa forma, uma “anomalia jurídica”, materializada pela mera imposição de uma crença jurídica que não se sustenta nem no campo da ciência, quiçá nos enlaces das vivências humanas.

A manutenção do vínculo parental, neste caso, pode até servir de garantia aos direitos patrimoniais; como alimentos, mas não conseguirá restabelecer o vínculo de afeto, que, juridicamente, está viciado pela inexatidão da vontade; colocando a criança em um limbo emocional — o oposto daquilo que se busca nas relações familiares.

Uma relação jurídica somente existe enquanto situação de fato e de direito concomitantemente. A norma, hipoteticamente, outorga situações que possuem a capacidade de gerar efeitos jurídicos, os quais somente se efetivarão após a ocorrência de um fato, uma vez que o direito não atua no vácuo, mas sim na dependência de acontecimentos. Nesse sentido, a constatação da relação jurídica depende de uma relação intersubjetiva — vínculo entre duas ou mais pessoas — amparada pela hipótese normativa, a qual lhe atribui consequências obrigatórias. Possui, pois, sujeito ativo e passivo com direitos e deveres recíprocos; vínculo de atributividade, isto é, a concretização da norma jurídica e, por fim, um objeto — aquilo sobre o que recai o vínculo, podendo ser uma pessoa, uma coisa ou uma obrigação. (REALE, 2004)

Percebe-se, pois, a importância dos fatos, pois somente se inicia uma relação com significância jurídica após algum acontecimento. Obviamente, nem todos são relevantes para a ciência jurídica, apenas aqueles sobre os quais a norma lhes atribua valor. Nesse sentido, considera-se fato jurídico todo e qualquer acontecimento que tenha significado jurídico, ou seja, hipótese de incidência devidamente normatizada. (PEREIRA, 2018)

O nascimento talvez seja o fato jurídico mais rudimentar de todos — qual a função do direito senão regulamentar a vida humana? Esta decorre da própria natureza e, em razão disso, enquadra-se na categoria dos fatos jurídicos *stricto sensu* — aqueles que têm origem externa à vontade humana; decorrem, por conseguinte, de uma imposição natural. Diante disso, percebe-se o porquê de se dar tamanha relevância para os vínculos

consanguíneos, uma vez que a relação familiar se expressa, primariamente, por meio do próprio impulso natural. (PEREIRA, 2018)

A paternidade socioafetiva, por sua vez, não se trata de um fato jurídico *stricto sensu*, uma vez que não se consubstancia por mero determinismo biológico, mas sim por uma construção social solidificada pelos laços de afetividade ora construídos no seio das convivências familiares. Sustenta-se, pois, em vontades, desejos, comportamentos e condutas humanas. Em razão disso, a configuração dessa filiação se faz por meio de um ato jurídico *stricto sensu* — aquele que advém não diretamente da natureza, mas das vontades humanas, as quais possuem efeitos previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico. (PEREIRA, 2018)

A fim de configurar essa relação, portanto, a manifestação livre de vontade faz-se imprescindível, visto que a perfeição do ato é dependente do livre arbítrio humano; devendo, de acordo com a teoria da vontade (*Willenstheorie*), se considerar a vontade real do agente em detrimento da mera declaração volitiva. (PEREIRA, 2018)

Nesse sentido, a declaração livre e espontânea da vontade mostra-se como o elemento primordial para a eficácia do ato jurídico — com a sua devida produção de efeitos —, uma vez que qualquer inexatidão entre a vontade emitida e a vontade real do agente pode ensejar anulação do ato jurídico. (PEREIRA, 2018)

É difícil demonstrar, na filiação socioafetiva, a presença da emissão volitiva, pois não se trata de uma volição individualizada, mas de uma generalidade de condutas, comportamentos e sentimentos, característicos desse vínculo familiar. Nesse sentido, com o estabelecimento da relação socioafetiva expressada por meio do estado de filiação; evidencia-se, portanto, a presença de uma vontade tácita, expressada na qualidade de pai e filho e no trato de tudo aquilo que é inerente à relação paterno-filial.

O pai que, achando-se como tal, concretiza a presunção *pater is est*, estabelecendo uma relação afetiva com a criança, mas que depois vem a descobrir que sua prole não lhe pertence — por ser fruto de uma relação extraconjugal sob a qual não tivera conhecimento, por exemplo — poderá desconstituir a relação socioafetiva; porque a sua emissão volitiva está eivada de um vício de consentimento (erro), podendo, por conseguinte, impugnar pela anulação do referido ato jurídico, já que este carece de virtuosidade.

Verifica-se o erro quando, por desconhecimento ou por falso conhecimento de circunstâncias fáticas, o agente emite uma vontade que não traduz o seu íntimo, a sua vontade real, caso estivesse em posse dessas circunstâncias. É o que se está em análise, uma vez que,

difícilmente, a relação socioafetiva se edificaria, caso a verdade não tivesse sido diferida do pai.

A relação, neste caso, se consolidou na falsa crença de uma paternidade consanguínea; pode o referido, induzido a erro, portanto, abster-se dos efeitos inerentes ao ato, pleiteando a sua anulação, pois carece de elemento fundamental — a declaração livre e espontânea de vontade.

Nesse mesmo sentido, acerca da filiação socioafetiva:

[...] Para além da posse de estado, porém, entende-se que a filiação socioafetiva requer um outro pressuposto principal: a unívoca intenção daquela que age como se genitor(a) fosse de se ver juridicamente instituído pai ou mãe. Assim porque nem todo aquele que trata alguém como se filho fosse quer torná-lo juridicamente seu filho. Afinal, a constituição da qualidade de pai ou mãe enseja, dentre outros efeitos, uma série de deveres jurídicos que, se não cumpridos espontaneamente, comportam, até mesmo, execução compulsória. **Logo, é preciso ter cautela no estabelecimento deste parentesco socioafetivo, sob pena de — uma vez desmerecida a real vontade do pretense ascendente — lhe suprimir a essência, qual seja sua edificação espontânea e pura.** Essa manifestação inequívoca, então, há de ser expressa ou claramente dedutível de qualquer meio de prova idôneo, particular ou público, como o testamento, por exemplo. Na dúvida, fica prejudicada a caracterização do vínculo paterno ou materno-filial socioafetivo. [...] Esse é o cuidado necessário na análise das situações de posse de estado de filho, a fim de garantir que sejam fonte do elo filial socioafetivo apenas aquelas nas quais a pretensão parental dos envolvidos seja indubitável. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 390-391) (grifo nosso)

Não basta, pois, a constatação do estado de filiação para se constituir a paternidade socioafetiva; devendo-se verificar a inequívoca e espontânea vontade de ser considerado como tal, na medida em que essa modalidade de parentesco é calcada na livre e espontânea vontade de se constituir uma relação que se fundamente não mais em uma imposição — formal ou biológica — mas sim nos mais nobres sentimentos humanos que sedimentaram o valor jurídico da afetividade. O vínculo socioafetivo se expressa sob a forma de uma expressão de liberdade e não de uma mera obrigação, de tal sorte que a falta desse elemento descaracteriza o próprio significado do vínculo socioafetivo.

Um caso semelhante ao analisado chegou até o Superior Tribunal de Justiça, o qual estabeleceu, no mesmo sentido, o seguinte precedente:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PRINCÍPIOS DA CONCENTRAÇÃO DA DEFESA NA CONTESTAÇÃO E DA ADSTRIÇÃO. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMENDA DA INICIAL, AQUIESCIDA PELA PARTE REQUERIDA, COM REITERAÇÃO DAS MATÉRIAS DE DEFESAS DESENVOLVIDAS NO CURSO DO PROCESSO. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO PATER IS EST, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE

AFETO ESTABELECIDO ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Afigura-se absolutamente estéril a discussão afeta à observância ou não dos princípios da eventualidade e da adstrição, notadamente porque a tese de paternidade socioafetiva, não trazida inicialmente na contestação, mas somente após o exame de DNA, conjugada com a também inédita alegação de que o demandante detinha conhecimento de que não era o pai biológico quando do registro, restou, de certo modo, convalidada no feito. Isso porque o autor da ação pleiteou a emenda da inicial, para o fim de explicitar o pedido de retificação do registro de nascimento do menor, proceder aquiescido pela parte requerida, que, posteriormente, ratificou os termos de sua defesa como um todo desenvolvida no processo.

2. A controvérsia instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), daí estabelecendo vínculo de afetividade durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante, pode ou não ser desconstituída.

2.1. Ao declarante, por ocasião do registro, não se impõe a prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, esta presunção, que somente pode vir a ser ilidida pelo declarante caso este demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, circunstância, como assinalado, verificada no caso dos autos. Constata-se, por conseguinte, que a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si, não autoriza a invalidação do registro. **Ao marido/companheiro incumbe alegar e comprovar a ocorrência de erro ou falsidade, nos termos dos arts. 1.601 c.c 1.604 do Código Civil.** Diversa, entretanto, é a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais ("adoção à brasileira"), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial. A consolidação de tal situação (em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242, CP), em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. Jurisprudência consolidada do STJ.

2.2. A filiação socioafetiva, da qual a denominada adoção à brasileira consubstancia espécie, detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227, CF).

2.3. O estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despende afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança. Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai, daquele que despende afeto e carinho a outrem, consubstancia pressuposto à configuração de toda e qualquer filiação socioafetiva. Não se concebe, pois, a conformação desta espécie de filiação, quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento. Na hipótese dos autos, a incontroversa relação de afeto estabelecida entre pai e filho registrais (durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante), calcada no vício de consentimento originário, afigurou-se completamente rompida diante da ciência da verdade dos fatos pelo pai registral, há mais de oito anos. E, também em virtude da realidade dos fatos, que passaram a ser de conhecimento do pai registral, o restabelecimento do aludido vínculo, desde então, nos termos deduzidos, mostrou-se absolutamente impossível.

2.4. Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto,

igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, **a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente,** circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. Registre-se, porque relevante: Encontrar-se-ia, inegavelmente, consolidada a filiação socioafetiva, se o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico do requerido, mantivesse com este, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava.

2.5. Cabe ao marido (ou ao companheiro), e somente a ele, fundado em erro, contestar a paternidade de criança supostamente oriunda da relação estabelecida com a genitora desta, de modo a romper a relação paterno-filial então conformada, deixando-se assente, contudo, a possibilidade de o vínculo de afetividade vir a se sobrepor ao vício, caso, após o pleno conhecimento da verdade dos fatos, seja esta a vontade do consorte/companheiro (hipótese, é certo, que não comportaria posterior alteração).

3. Recurso Especial provido, para julgar procedente a ação negatória de paternidade. (REsp 1330404/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 19/02/2015) (grifo nosso)

Não se pode, por conseguinte, impor a manutenção de uma relação de afeto, maculada por um vício originário, derivando daí deveres e obrigações, sem que o indivíduo tenha a oportunidade de assumi-los livre e espontaneamente. Reitera-se que um dos requisitos para se configurar o vínculo socioafetivo é a vontade de ser reconhecido como tal, portanto a decisão paterna que impugna por desvencilhar-se dessa relação jurídica não pode ser frustrada, pois lhe faltou, em momento oportuno, o requisito essencial da liberdade.

CONCLUSÃO

Deste estudo, fez-se, despretensiosamente, uma breve “viagem ao tempo”, analisando os contextos históricos e jurídicos da família brasileira — da formalidade do Código Civil de 1916 à flexibilidade da Constituição Cidadã, passando pelo período do determinismo biológico que fora introduzido, a partir da segunda metade do século XX, pelas “certezas incontestáveis” do DNA.

Tais certezas se mostraram, categoricamente, insuficientes para a resolução dos impasses jurídicos que rodeiam as relações familiares, visto que essas relações não se expressam tão somente pelos impulsos da natureza; sendo, atualmente, uma construção sociocultural muito mais complexa e plural que a simples compatibilidade sanguínea.

O perfil sociocultural — e jurídico — da família brasileira remonta-se na complexidade das relações humanas contemporâneas. A família hodierna possui um teor muito mais existencial que aquele de outrora. Não se trata mais de uma trivial manutenção de “*status*”, característica da família do início do Século XX; assume, pois, significância de foro íntimo, traduzindo os mais complexos anseios humanos, de acordo com valores, vontades, e desejos que cada ser atribui a si mesmo na busca por identidade e felicidade.

O valor jurídico da afetividade é um dos principais protagonista do conhecido movimento de “repersonalização do direito civil”; proporcionando o surgimento de relações familiares com fundamento na liberdade em detrimento da mera perpetuação de poder econômico, social e religioso que outrora imperava no ordenamento jurídico pátrio; traduzindo, pois, em valor jurídico os mais nobres sentimentos humanos, os quais se desenvolvem nas entrelinhas da convivência cotidiana, com todas as suas imperfeições.

A desconstituição da paternidade socioafetiva em razão do erro, nesse sentido, mostra-se também como uma forma de concretização dos novos valores que foram introduzidos pela Constituição de 1988 — mesmo que paradoxalmente —, uma vez que as relações familiares atuais consubstanciam-se na vontade, no desejo de comunhão plena de vidas, jamais em imposições. Portanto, a falta de vontade na manutenção da relação afetiva descaracteriza o próprio significado da família constitucional.

Tais relações, atualmente, sustentam-se na liberalidade de se construir família, exceto nos casos compatibilidade biológica, porquanto essa modalidade de vínculo familiar se

expressa por meio de um fato jurídico *stricto sensu* (o nascimento), não se limitando, por conseguinte, à vontade humana, mas à imposição da natureza, com respaldo jurídico, aliás.

O vínculo familiar socioafetivo desenvolve-se por meio de uma expressão de liberdade — jamais de uma imposição —, de tal sorte que, se inexistiu a livre manifestação de vontade, não pode o Estado, por meio de seu poder coercitivo, impor a manutenção de uma relação familiar que não se sustenta mais por si própria, fundamentando-se somente na crença da proteção patrimonial, o que seria tamanho retrocesso dentro daquele contexto de “repersonalização do direito civil”.

De acordo com os novos valores jurídicos que foram introduzidos ao longo dos últimos anos, sobretudo à luz da jurisprudência — como o melhor interesse da criança —, o que se busca estabelecer nessas relações não é tão somente a manutenção dos seus reflexos pecuniários, mas, principalmente, o direito à convivência familiar, porque o desenvolvimento psicossocial da criança é influenciado sobremaneira pelas relações afetivas com que desenvolve com seus pais.

Nesse sentido, o pai que, ao descobrir a verdade dos fatos, não queira dar continuidade à relação paterno-filial deve ter total respaldo jurídico para tal — mesmo que a moral diga o contrário. Não considerar a legitimidade paterna, neste caso, seria o equivalente a desprezar totalmente com todo o valor jurídico que fora edificado nos últimos anos acerca da socioafetividade, transformando-a em uma mera imposição estatal, a qual, aliás, impera onerosos deveres e obrigações.

Não há plausibilidade na manutenção de um vínculo pela mera crença de um “dever moral”, na medida em que essa relação atribui diversos deveres e obrigações àquele que nem sequer teve a oportunidade de escolhê-los. Nesse sentido, de acordo com a teoria da vontade, só pode ser sujeito de direitos por um ato jurídico aqueles que expressamente — e realmente — o quiseram. Portanto, se a relação socioafetiva se estabeleceu em virtude do vício originário, não há, juridicamente, nenhum óbice à pretensão paterna de extinguir esse vínculo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 588p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CANOTILHO, José. Joaquim. Gomes. et al. **Comentários à Constituição Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 2504p.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed.. São Paulo: Atlas, 2015. 235p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 732p.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 260p.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 388p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1. 576p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 440p.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil**. 31 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v.3. 559p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. IX.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 391 p.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1. 369p.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 186p.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1244957/SC**, Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJe: 27/09/2012. STJ, 2012. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1244957&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 30 mar. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp: 1330404/RS**, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJe: 2015. STJ, 2015. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1330404&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 30 mar. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp: 1352529/SP**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 13/04/2015. JusBrasil, 2015. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181121079/recurso-especial-resp-1352529-sp-2012-0211809-9>> Acesso em: 30 mar. 2019.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, v.5. 608 p.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 400–418, maio, 1979.