

WILLIAM BESSA FELIZOLA

## PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará, sob a orientação do professor Alexandre Rodrigues de Albuquerque.

FORTALEZA  
2007

Ao meu pai, Francisco Bezerra Felizola,  
pois se ainda estivesse entre nós, ficaria  
muito orgulhoso com essa minha  
conquista.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Francisco Bezerra Felizola e Ione Bessa Felizola, que se sacrificaram para fazer com que minha vida fosse mais doce que a deles.

Aos meus irmãos, Igor e Monique, que sempre estiveram ao meu lado, compartilhando seus ombros fraternos.

À minha esposa, Mariana, por sua paciência, incentivo e por ter compreendido o tempo que deixei de passar ao seu lado.

À minha sogra, que nesse momento tão delicado demonstrou imenso apoio, ao qual não saberei como agradecer.

À Solange Araújo Paiva de Carvalho, pela amizade e ensinamentos.

## RESUMO

O trabalho acadêmico que se inicia apresenta a paternidade socioafetiva, empreendendo uma análise por meio do ordenamento jurídico nacional. Assim, objetiva expor a origem e evolução do conceito de família na legislação brasileira; analisando o estado de filiação, a partir de seus elementos constitutivos, funções, provas e instrumentalidade. Desse modo, as principais questões a que se busca responder ao longo deste trabalho são: quais as principais evoluções empreendidas com a Constituição Federal de 1988 no que se refere à paternidade socioafetiva? Em que medida o Código Civil de 1916 ficou ultrapassado? Qual o posicionamento do Código Civil de 2002 frente à paternidade socioafetiva? O que pode ser entendido como posse de estado de filiação? Quais os elementos que compõem a posse de estado de filiação? Quais as espécies de filiação socioafetiva? Visando o alcance desta proposta, o trabalho utiliza como metodologia uma pesquisa bibliográfica, documental, de caráter descritivo e exploratório, mediante coleta de dados secundários, com análise qualitativa. Inicialmente, apresenta a evolução do conceito de família na legislação brasileira, a partir da análise do Código Civil de 1916, das leis que o sucederam, bem como da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002. Em seguida, examina o estado de filiação, a partir da presunção de paternidade, bem como da posse de estado de filho, por meio de uma averiguação quanto aos seus elementos constitutivos, funções, provas e instrumentalidade. A paternidade socioafetiva é abordada apresentando seus aspectos gerais, a posse de estado de filiação afetiva, bem como as principais espécies de filiação socioafetiva, deixando claro o seu caráter irrevogável e explicitando a importância da verdadeira identidade paterno-filial.

Palavras-chave: Direito à filiação; Paternidade Socioafetiva; Família.

## ABSTRACT

This study it objectified to analyze the partner-affective paternity. The Federal Constitution conceived a new basic right that, exactly not being explicit in the norms, is fit in the definition for disclosing to clear concern with the protection of the dignity human being, such as it occurred with infancy and the equality between the spouses. It repealed, still that not express, all the devices of the system legal that made distinctions, putting problematic end to the referring one to the filiation. One concluded that the norm insculpided in the constitutional diploma has as bigger intention to lock up the discriminations, granting uniformly the happened rights of the relation paternal-branch office.

Key words: Filiation; Social; Affective; Right

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	07
<b>2 O AVANÇO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	10
2.1 O Código Civil de 1916.....	10
2.2 O Código Civil de 1916 e as legislações posteriores.....	13
2.3 A Constituição Federal de 1988.....	16
2.4 O Código Civil Brasileiro de 2002.....	20
<b>3 ESTADO DE FILIAÇÃO</b> .....	22
3.1 A presunção <i>pater is est</i> .....	22
3.2 Posse de estado de filho.....	27
3.2.1 Elementos constitutivos da posse de estado de filho.....	28
3.2.2 Função.....	29
3.2.3 Prova.....	30
3.2.4 Instrumentalidade da posse de estado de filho.....	30
<b>4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA</b> .....	32
4.1 Generalidades.....	32
4.2 Posse de estado de filiação afetiva.....	34
4.3 A paternidade socioafetiva e suas espécies.....	40
4.3.1 Adoção Judicial.....	40
4.3.2 Adoção à Brasileira.....	41
4.3.3 Filho de Criação.....	42
4.3.4 Reconhecimento Voluntário.....	43
4.4 Reconhecimento irrevogável da filiação socioafetiva.....	43
4.5 Identidade paterno-filial.....	44
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	47
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	50

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho adiante exposto tem por objetivo analisar uma realidade social denominada paternidade socioafetiva, cuja existência tornou-se possível em decorrência da evolução ocorrida no seio da sociedade, devidamente acompanhada pelo ordenamento jurídico pátrio.

A Carta Magna de 1988 resguarda a família contemporânea sob as mais variadas formas que esta se apresenta: estabelecida através do matrimônio ou não, composta por ambos os progenitores e filhos ou de caráter monoparental, oriunda de laços sanguíneos ou por meio de adoção. Percebe-se a valorização da pessoa em um significado diferente daquele codificado anteriormente. Estas novas formas são baseadas no desejo de estar junto, cujo principal fator é a própria comunhão de vida.

Com essa nova perspectiva de família, a filiação também foi tutelada com a chegada da Constituição de 1988, já que foi fixada a igualdade de tratamento entre os filhos vindos do matrimônio ou não. A lei tratou de igualar estes, uma vez que a existência de afeto é tida como essencial nas relações entre pais e filhos.

Ao desenhar o contorno da família codificada mostra-se necessário, destarte, apreciar a função nela realizada pela filiação, devido ao seu valor na firmação do modelo patriarcal.

Para um bom estudo direcionado à valorização do afeto no instituto familiar e sua influência na determinação da filiação, com a constatação jurídica da paternidade formada por ligações afetivas, é importante que se entenda a transformação do conceito de família no âmbito do ordenamento jurídico, percorrendo suas complementações e modificações até se chegar à legislação moderna.

O Código Civil de 1916 descrevia uma família não mais existente, onde o ter era superior ao ser, apreciando o patrimônio, subordinando alguns membros da família, entregando capacidade de comando exclusivamente ao homem, chefe do lar, distinguindo os filhos gerados de relações externas ao casamento. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo ponto de vista referente à

família, aumentando a concepção de casamento, tutelando a filiação, fixando o tratamento igualitário entre os filhos originários de casamento ou não e aplicando o princípio da afetividade.

O Novo Código Civil nos apresenta alterações no campo da filiação e a família moderna tem nos membros que a compõem o motivo de sua existência, eliminando a diferenciação entre os cônjuges, bem como entre a prole, o que se denominou de unidade de filiação.

A presunção *pater is est*, é o anseio de que o cônjuge da mãe seja sempre o pai do filho dela, ainda quando a verdade biológica não incida sobre ele. A legitimidade para contestar a paternidade tão-somente era atribuída ao pai, seus prazos eram diminutos e os motivos eram delimitados na legislação em vigor, tudo isto se revelando como resguardo para a manutenção da entidade familiar.

Com o exame de DNA surgiu também a certeza praticamente integral da raiz genética, resultando no abrandamento da presunção *pater is est*, a qual perdeu espaço para a verdade biológica.

Contudo, manifestaram-se novas discussões a respeito da genética. Revela-se a posse de estado de filho, em prejuízo da verdade biológica, para apresentar a paternidade fundamentada no afeto, expondo um novo significado de filiação e evidenciando a existência de ligações aptas a reconhecer uma paternidade composta por sentimentos, isto é, por afetividade.

Há certa complexidade na produção de provas concernente à posse de estado de filho e para sua demonstração é de grande importância a presença dos elementos que a constituem: o nome, o trato e a fama. Sua natureza é instrumental, vez que o objeto almejado não é encontrado em si, mas é meio para se alcançar esse bem maior, qual seja, o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

A existência de discussão a respeito da primazia paternal cria para o magistrado a obrigação de zelar pelo sensato interesse da criança, tendo em conta que pai não é simplesmente quem gera, mas quem colabora verdadeiramente para o salutar desenvolvimento do filho. Paternidade é antes de qualquer coisa uma pretensão, porque sua forma autêntica se origina mais da dedicação e do servir do

que de colaborar com o material genético. Motivo pelo qual esta não deve ser imposta, uma vez que com a imposição preenche-se um registro, entretanto, há o risco de desocupar-se um espaço de profunda importância na vida de um ser humano.

Para a realização deste estudo, optou-se pela pesquisa bibliográfica em doutrinas, legislações e jurisprudências pertinentes à temática abordada.

## **2 O AVANÇO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

No ordenamento jurídico nacional, os mais importantes apontamentos no que tange à evolução da instituição familiar podem ser encontrados no Código Civil de 1916, na Carta Magna de 1988 e no atual Código Civil. As alterações ocorridas no âmbito social durante o transcorrer deste período exigiram a respectiva evolução legislativa. O direito não poderia continuar a preservar aspectos dogmáticos sem que as transformações culturais e científicas fossem levadas em consideração. Dessa forma, o dinamismo social não admitiu que o direito pátrio se mantivesse estagnado, regulando um mundo inexistente e, por via de consequência, disseminando injustiça por meio de decisões.

Hodiernamente, percebe-se que, tanto nas relações entre marido e mulher, quanto entre pais e filhos, o afeto tem obtido posição de destaque. Isto porque tais vínculos familiares foram objeto de transformações no decorrer da caminhada social, promovendo, por conseguinte, o acompanhamento legal.

Nesse cenário, a Constituição de 1998 concedeu igualdade aos cônjuges no âmbito familiar, assim como eliminou as diferenças que existiam entre filhos, sejam estes havidos na constância do casamento ou não. Nesse contexto será estudada a evolução legislativa quanto ao tema, tendo como marco inicial o Código civil de 1916, como se verá a seguir.

### **2.1 O Código Civil de 1916**

Uma sociedade ligada por laços sanguíneos e fundamentada no matrimônio, este era o ponto de vista pelo qual se observava a família. O artigo 229 do diploma em questão, ao preconizar que a família se forma a partir do casamento, disseminou uma noção matrimonializada do instituto, concedendo a este, ainda, o ofício de gerar legitimidade aos filhos.

Desse modo, o instituto familiar deveria ser formado por meio da consangüinidade, havendo um ancestral em comum entre aqueles que o integravam. Nessa direção, o legislador ditou um sentido estrito à família, já que esta integraria somente o conjunto formado por pais e filhos.

O casamento, portanto, seria o único meio válido para se compor uma família legítima. E com a união conjugal, incidia sobre a mulher, a qual se situava em patamar inferior na hierarquia familiar, o dever de obedecer aos ditames do marido, que era agora o “chefe” da associação matrimonial e tinha como atribuições, dentre outras, as de representar, gerir e sustentar a família, de acordo com o que preceituava o artigo 233 do CC/1916:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Compete-lhe:

I - a representação legal da família; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

III - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

IV - prover a manutenção da família, guardada as disposições dos arts. 275 e 277. (Inciso V reenumerado e alterado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

As uniões não formalizadas pelo casamento eram, conseqüentemente, discriminadas no meio social, bem como os filhos que dela sobreviessem, não sendo estes considerados legítimos.

Verifica-se o resguardo que o Estado dava à instituição familiar composta por meio do enlace matrimonial, em que se considera filho apenas aquele concebido pelo pai e pela mãe ligados pelo casamento. O empenho na conservação da instituição familiar se fortalece com a presunção absoluta da paternidade marital, diante da gravidez no decurso do casamento, o que também implica na dedução de legitimidade do filho.

Como dispunha o artigo 338 do Código Civil de 1916, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, assim como os nascidos dentro de 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Devido à transpessoalidade conferida à família, esta se encontrava em patamar superior a qualquer interesse individual. A prerrogativa dada aos filhos

oriundos do casamento, assim como a exclusividade do marido na discussão quanto à legitimidade dos filhos tinham como objetivo tornar a instituição mais estável e dar garantia à estrutura familiar.

Havia uma proteção da honra e da paz familiar. Os interesses da instituição recebiam um cuidado especial em relação aos interesses daqueles que a compunham, individualmente dos filhos. A família estava acima de seus integrantes.

Novamente é perceptível a proteção conferida à organização familiar quando se atenta à questão da contestação de paternidade. A legitimidade para propor a ação era exclusiva do marido, incidindo sobre ele a responsabilidade de demonstrar a inexistência de coabitação durante o período de concepção ou explicitar a barreira física que o impossibilitava de conceber uma vida, apesar de ter havido coabitação, ou comprovar a separação conjugal naquele período. Caso não se desobrigasse da responsabilidade, teria como pena o vínculo consignado e acima da qualquer suspeita.

De nada serviria a demonstração da separação se, naquele período, houve o convívio no mesmo ambiente conjugal. Sequer o adultério da esposa ou mesmo sua confissão eram fundamentos capazes de desfazer a presunção legal da legitimidade do filho. Revela-se o claro objetivo de amparo da paz e honra da família alicerçada no casamento.

Necessário salientar, ainda, que caso não houvesse sido proposta a ação de contestação de paternidade até o falecimento do varão, presumia-se assumido o filho como seu, nada mais incumbindo aos herdeiros.

A dificuldade principal na determinação da paternidade legítima encontrava-se na prova de que é fruto das relações sexuais do marido com a mulher, se a lei não decidisse, por *presunção*, que *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Destaca-se, ainda, que a presunção de legitimidade concretiza-se no momento em que o termo de nascimento se confirma pela posse de estado, por meio da qual a identidade do filho se torna inquestionável.

No que diz respeito à filiação ilegítima, o casamento era a única forma de se obter a aceitação legal da família, ou seja, o direito ao reconhecimento registral

era exclusivo da prole oriunda do matrimônio. Os filhos classificados como ilegítimos eram marginalizados no tocante ao direito de ter um pai que lhe comandasse a vida (patriarcalismo social). Encontravam-se, portanto, em total abandono.

Nesse Sistema, ocorrendo dúvidas entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica, apesar de pretender por meio da regra *pater is est* a coincidência entre ambas, era sacrificada a verdade da filiação em detrimento da pretensa paz familiar. Havia prevalência do ponto de vista “matrimonialista da paternidade” sobre a visão “biologista da paternidade”.

A Carta Magna de 1998, empreendendo importante avanço no direito de família, dispensou proteção legal aos filhos tidos como ilegítimos, eliminando suas dessemelhanças em relação à prole originada pelo casamento. Significou, sem qualquer suspeita, uma grande evolução impulsionada pela constante modificação social. Por tal motivo, abordarei breve estudo relativo à família na Constituição Federal.

## **2.2 O Código Civil de 1916 e as legislações posteriores**

As transformações surgidas no meio social estimularam a modificação da unidade familiar, evidenciou-se, assim, que o Código Civil da época encontrava-se obsoleto, sendo pertinentes mudanças legislativas no tocante à questão dos filhos ilegítimos.

Os destaques legislativos encontram-se no artigo 358 do Código Civil de 1916, segundo o qual “Os filhos incestuosos e adulterinos não podem ser reconhecidos”, e em legislações esparsas, que acabaram por flexibilizar o preceito assinalado acima.

O Decreto-Lei nº 3.200/41 vedava a qualificação dos filhos em legítimos ou ilegítimos na certidão de registro civil, a não ser por requerimento do interessado ou mediante determinação judicial, de acordo com seu artigo 14.

Já em 1942, o Decreto-Lei nº 4.737 tornou possível a qualquer dos cônjuges, se dissolvido o matrimônio, reconhecer os filhos adulterinos. Possibilitou, também, ao filho a ação para ter declarada a sua filiação. Dessa maneira, foi concedido aos filhos o direito de ajuizar ação de investigação de paternidade para

sua filiação ser afirmada, desde que levada a juízo após o desfazimento do casamento do seu genitor.

A Lei nº 883/49 tomou o lugar do artigo 10 do Decreto-Lei nº 4.737 e atenuou a incidência do preceito do artigo 358 do antigo Código Civil, o qual proibia que se reconhecessem os filhos adulterinos e incestuosos. Ou seja, permitiu, após o desembaraço matrimonial, o reconhecimento do filho adulterino pelos pais, bem como possibilitou a este a investigação de paternidade, buscando a declaração de sua filiação. Manteve, entretanto, a presunção *pater is est*.

Tal hipótese foi alargada através da Lei nº 6.515/77, que com seu artigo 51 adicionou ao artigo 1º da Lei nº 883/49 um parágrafo único, admitindo este que o filho tido à margem do casamento fosse reconhecido por meio de testamento cerrado, irrevogável nesse tocante, mesmo que na vigência do casamento, equiparando os filhos quanto ao direito sucessório, sem sujeição à espécie de filiação.

Com a criação da Lei nº 7.250/84 acrescentou-se no artigo 1º da Lei nº 883/49 o § 2º, aumentando as hipóteses em que um filho tido fora do casamento pudesse ser reconhecido, mediante sentença transitada em julgado. Pai ou filho poderiam pleitear o reconhecimento da paternidade ou filiação, quando houvesse separação de fato há mais de 5 anos contínuos, contribuindo para enfraquecer a presunção *pater is est*. Pode-se considerar, portanto, a Lei nº 7.250/84 como uma evolução do princípio da igualdade da filiação.

Em contraposição ao preceito contido no artigo 377 do Código Civil de 1916, o qual tornava ineficaz a adoção realizada posteriormente à concepção de outro filho pelo adotante, a Lei nº 3.133/57 permitiu a adoção de filhos por casais independentemente de estes já terem filhos reconhecidos ou não.

O filho adulterino, até 1977, tinha, “a título de amparo social”, o direito reconhecido à metade da herança devida ao filho legítimo ou legitimado, entretanto, os filhos incestuosos permaneciam renegados, já que o seu reconhecimento continuava proibido.

A Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77, rompe com os valores albergados pela codificação de 1916, posto que de uma só vez admite a dissolução do casamento, afirma que cessam os deveres de coabitação e fidelidade recíproca com a separação e garante o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, ainda que no seu decorrer, através de testamento cerrado, concedendo a este a igualdade de condições quanto ao direito à herança.

Nessa linha evolutiva, o artigo 1º da Lei nº 7.841/89 revogou expressamente o artigo 358 do antigo Código Civil, que vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos, o que já havia sido concedido um ano antes através da Constituição Federal de 1988.

Não foi recepcionado pela Constituição Federal o artigo 4º da Lei nº 883/49, que dava o direito aos filhos ilegítimos de acionar o pai durante o casamento deste, mas limitando-se à pretensão alimentícia. Do mesmo modo, feria a isonomia constitucional o artigo 3º da referida Lei ao dispor que o cônjuge casado pelo regime de separação de bens teria direito à metade dos bens deixados pelo outro, caso concorresse à sucessão exclusivamente com filho ilegítimo reconhecido.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi estabelecido por meio da Lei nº 8069/1990. Tal diploma ratificou o disposto constitucional quando consentiu o reconhecimento da prole pelos pais, não importando a origem da filiação (art. 26) e permitiu ao filho a investigação da paternidade (art. 27).

O artigo 363 do Código Civil de 1916, que impunha restrições à investigação de paternidade, estava em contraposição ao artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual veda qualquer barreira ao reconhecimento do estado de filiação, assentado em princípios constitucionais. Perdeu-se, assim, a validade das restrições impostas à busca da verdade biológica, que antes se justificavam em benefício da harmonia institucional da família.

Já em 1992, a chegada da Lei nº 8.560 abordou a investigação de paternidade dos filhos providos fora da relação matrimonial, bem como dos filhos oriundos de união estável. Determinou ser o reconhecimento irrevogável, inexistindo entraves para tanto. Poderiam os filhos ser reconhecidos por um ou por ambos os pais, em conjunto ou separadamente. Garantiu, ainda, ao filho reconhecido

exclusivamente pela mãe, o direito à averiguação oficiosa de paternidade e conferiu legitimidade ativa ao Ministério Público para propor ação de Investigação de Paternidade. Se for o caso, possível é a cumulação da ação de vindicação de filiação com a ação destinada a desconstituir o reconhecimento presumido ou voluntário.

A convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família foi reconhecida como entidade familiar através do artigo 1º da Lei nº 9.278/96, que regulou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Ao fixar o requisito temporal para a caracterização da união estável e igualar direitos e deveres dos conviventes, referida Lei promoveu uma modificação estrutural no antigo Código Civil, revogando, conceitos do direito de família que se tornaram incompletos ou estavam em desuso.

Somente a instituição familiar fundada no casamento se enquadrava com a codificação de 1916. Posteriormente, os textos constitucionais divulgaram princípios que passaram a determinar os critérios de interpretação da legislação esparsa, conferindo o tratamento igualitário dos filhos e arrebatando com dificuldade as formas de discriminação, quanto aos direitos e qualificações, em respeito à dignidade dos filhos.

Nessa seqüência evolutiva, o tópico seguinte destina-se à abordagem da Constituição Federal de 1988, bem como o tratamento dado à instituição familiar.

### **2.3 A Constituição Federal de 1988**

Após a promulgação do Código Civil de 1916 surgiram novas formações familiares, disciplinadas lentamente em legislações esparsas e recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, a qual conferiu relevância ímpar à dignidade da pessoa humana em detrimento do antigo caráter individualista, resultando no reconhecimento de uniões até aquele momento discriminadas.

Com a recepção de recentes formatos de família no ordenamento jurídico, a função exclusiva do casamento de legitimar o núcleo familiar é eliminada. Não só a união estável, mas também foi reconhecida a família monoparental, aquela em que

um homem ou uma mulher que não possui companheiro ou cônjuge cuida de uma ou mais crianças.

O Estado dispensou proteção em igualdade de condições às diversas espécies de famílias, mas a doutrina destaca a existência de importância referente à família matrimonial, vez que caso contrário, inexistiria sentido para a continuação do instituto do casamento e muito menos para o ensinamento do artigo 226 da Constituição Federal, que em seu § 3º determina a facilitação da conversão da união estável em casamento.

A proporção que o tema da filiação toma é exatamente a de posicionar a pessoa no núcleo da discussão jurídica, com a intenção de promover a finalidade precípua da Constituição de 1988, que é a preocupação com a dignidade da pessoa humana. Menosprezar a prole “ilegítima”, como dispunha o antigo Código Civil, em seu texto original, gerava benefício tão-somente ao genitor, em detrimento dos interesses do filho, mesmo sendo aquele responsável pela infidelidade.

Importante deixar claro que as Constituições precedentes à Constituição Federal de 1988, pouco dispunham a respeito do direito de família, o que se observava eram referências isoladas. A Carta de 1934 conferiu importância direcionada aos filhos naturais, quando previu que o reconhecimento destes dispensava quaisquer selos ou emolumentos e que a herança pertencente a eles ficaria sujeita aos mesmos impostos que recaíssem sobre a dos filhos legítimos. Tal preocupação quanto aos filhos naturais alargou-se com a Constituição de 1937, ao facilitar-lhes o reconhecimento. Quanto às demais Constituições, apesar de existirem regras dirigidas ao casamento e referências à família, há essencialmente o silêncio até 1988, quando foi atribuída relevância ímpar a matéria.

O certo é que, antes mesmo da promulgação da atual Constituição, algumas leis buscaram tomar o lugar de princípios já ultrapassados do Código Civil de 1916. No entanto, essas leis somente abrandaram os rigores do antigo Código Civil, uma vez que, em relação à legitimidade, não derogaram os princípios preponderantes.

Já com a Carta Magna, diversos artigos do Diploma Civil foram revogados, os quais, até aquela data permaneciam inalterados. Quando disciplinou as matérias

referentes à família, a Constituição de 1988 conseguiu, intimamente, apesar de que ainda de modo não satisfativo, atender às exigências de uma sociedade que já era inteiramente diversa daquela espelhada na codificação antiga.

A família do século XIX era a retratada no Código Civil de 1916, a qual se baseava no patriarcalismo, atualmente rejeitado pela sociedade como um todo. A modificação dos valores sociais necessitou do surgimento de novas regras que estivessem atualizadas com as reivindicações contemporâneas de um grupo familiar fundado em laços afetivos. Assim, aponta Madaleno (2007, *on line*):

A Constituição de 1988 chamou para si o papel de lei fundamental da família, até então ocupado pelo Código Civil e por algumas leis esparsas responsáveis por um processo de migração do direito familiar. O texto constitucional sintoniza com a nova ordem jurídica que repugna dogmas do passado, como por exemplo, o fato de só poder ser legítimo o casamento civil; também a idéia absurda de inferioridade jurídica da mulher; de desigualdade de tratamento dos filhos, além da antiga conveniência de marginalizar o concubinato, numa outra amostra de prevalência dos valores materiais sobre a importância da pessoa.

Estatisticamente, somente os princípios de igualdade entre os filhos e entre os cônjuges, determinados pela Constituição de 1988, promoveram a derrogação, devido à inconstitucionalidade, de aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) das regras do direito de família, estabelecendo a reconstituição do antigo Código Civil, que se mostrava obsoleto.

Quanto à filiação, o artigo 227 da Constituição, em seu §6º, veda a existência de qualquer tipo de discriminação entre os filhos, sejam estes havidos do matrimônio ou não, ou até mesmo adotados. Com a promulgação da Lei nº 8.069/90, a matéria foi regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), notadamente no artigo 26.

O tema é comentado pela doutrina:

Disposição constitucional (CF 227 §6º). A norma constitucional visa a preservar a verdade relacionada à procriação, aos vínculos biológicos e ao nascimento da pessoa; bem como, no caso de adoção, a realçar a importância dos laços de afeto que acabam por estabelecer relação jurídica de filiação entre uma pessoa e outra, prescindindo do parentesco de sangue. Preserva a igualdade jurídica de tratamento de todos os filhos, quaisquer que sejam as causas determinantes da filiação. Proíbe sejam acrescidos à qualificação dos filhos quaisquer adjetivos que possam distinguir seu estado familiar a partir da situação pessoal dos pais entre si ou em face das normas que regem as uniões entre homem e mulher de que podem resultar filhos, bem como em face da existência ou não de

parentesco sanguíneo decorrente da filiação. (JÚNIOR; NERY, 2005, p. 358)

Outra questão de fundamental relevância encontra-se nos artigos 5º, I e 226, §5º, da Carta Magna de 1988, que estabelece a isonomia de direitos e deveres entre o homem e a mulher no âmbito familiar, eliminando a figura do *pater familias*, originada no modelo romano de família.

Do mesmo modo, deu-se fim a hierarquia familiar, a qual posicionava a mulher e os filhos em patamar inferior com relação ao “chefe” da família. O poder marital afastou-se, cedendo lugar a um sistema onde as deliberações eram firmadas em comum acordo pelo marido e a mulher.

O casamento deixou de ser uma forma de preservação do patrimônio e passou a ser um meio de realização pessoal. O motivo primordial para o matrimônio incide na vontade e no afeto que existe entre marido e mulher, sempre na procura da felicidade. Assim, Gomes (1998, p. 326) destaca:

O primeiro e mais importante princípio do novo direito de família é o que põe a *ratio* na afeição entre os cônjuges. (...) A *ratio* é o suporte do casamento e a razão porque essas finalidades se cumprem. O que há de novo é a tendência para fazer da *affectio* a *ratio* única de casamento, e com tamanha força que a dissolução do vínculo matrimonial passou a ser admitida em algumas legislações como um efeito do desaparecimento da sua *ratio*, toda vez que tenha fracassado e não possa ser substituído.

Dessa maneira, se a principal razão para a união dos cônjuges não existisse mais, não haveria qualquer motivo para continuarem casados. A indissolubilidade da sociedade conjugal fazia parte da família patriarcal, existindo unicamente o desquite que nunca eliminava o vínculo existente. O divórcio proporcionou a possibilidade de um novo casamento, incidindo no instituto de maneira definitiva. O desembaraço para casar passou a conviver com o outro lado da mesma liberdade, a de não continuar casado.

De outra banda, nota-se, mesmo que de maneira tênue, a permanência do amparo ao casamento. Posto que fica evidenciado no artigo 226, §3º da Constituição de 1988 que a maneira ideal de regulamentação da família continua sendo o casamento, vez que a união estável é reconhecida, mas determina-se a facilitação de sua conversão em casamento. Do mesmo modo, a imposição de prazos para o divórcio.

O desfazimento do casamento pela perda da afeição entre os cônjuges é previsto na Constituição de 1988. Na Lei do Divórcio, o consenso e a simples duração da separação de fato entre o casal possibilitam o término do matrimônio, não dependendo da infração aos deveres conjugais.

Não resta dúvidas que a Constituição Federal implementou diversas modificações no direito de família, passando a instituição a ser observada de maneira pluralista. Instituíram-se, assim, bases para um novo Código Civil, que deu seguimento às previsões da Carta Magna.

#### **2.4 O Código Civil Brasileiro de 2002**

Assim como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 revogou inúmeros artigos que davam uma visão ultrapassada à instituição familiar. Entre a promulgação da Carta Magna de 1988 e o Código Civil de 2002, importantes legislações trataram de assuntos relacionados à entidade familiar.

Nesse sentido emerge a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que adquiriu papel de lei fundamental no que se refere às relações entre pais e filhos, pondo em prática as linhas basilares estabelecidas pela Constituição.

Outro importante texto legislativo foi o de nº 8.560/92, que aprimorou o tratamento legal a respeito da filiação extramatrimonial, ampliando os meios disponíveis para reconhecimento voluntário ou judicial do vínculo, corroborando com o já previsto na Constituição Federal, que eliminou a classificação de ilegítimos para aqueles filhos havidos fora do casamento.

A família passou a ter uma compreensão mais íntima, passando a uma nova forma de instituição familiar, voltada à concretização individual de seus membros. O casamento perdeu o sentido enquanto forma de administração e transmissão dos bens, assumindo uma nova postura voltada à seguridade social.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, as uniões familiares não são mais limitadas ao vínculo matrimonial. Houve o reconhecimento das uniões estáveis entre o homem e a mulher, bem como dos grupos chefiados por um homem ou uma mulher sem cônjuge ou companheiro, como já afirmado anteriormente.

A abolição da discriminação entre os cônjuges e entre os filhos não foi uma inovação implementada pelo Código Civil de 2002, entretanto, serviu para demonstrar sua concordância com o que já estava estabelecido pela Constituição Federal.

No Código Civil anterior, o interesse do adulto era privilegiado. Com a nova Lei Civil, entretanto, a prioridade passou a ser o interesse da criança. Dessa forma, tem-se que a certeza da guarda da mãe, garantida pelo Código de 1916, tornou-se flexibilizada em razão do melhor benefício do menor.

A doutrina estipula três critérios principais no direito ocidental para a consignação da paternidade, maternidade ou filiação: o critério da verdade legal, o critério da verdade biológica e o critério da verdade socioafetiva. Até a Constituição de 1988 o critério da verdade legal era o que preponderava. Depois, a prevalência voltou-se para a verdade biológica. Porém, nos últimos anos percebe-se o movimento crescente no sentido de dar maior relevância ao critério socioafetivo.

Com relação ao critério da verdade legal, este pode ser exemplificado por meio do artigo 178, §3º do Código Civil de 1916, o qual determinava prazos decadenciais demasiadamente curtos para o marido contestar a legitimidade do filho de sua mulher, como forma de manter o alicerce familiar. O novo Código, por seu turno, refletindo o critério da verdade biológica, tornou a ação imprescritível, de acordo com seu artigo 1.601.

Por outro lado, o novo Código Civil é alvo de críticas por não trazer qualquer previsão expressa no tocante às relações socioafetivas, sendo tal matéria abordada tão-somente doutrinária e jurisprudencialmente.

Ao término deste capítulo alcançou-se o objetivo de apresentar a evolução da instituição familiar à luz do ordenamento jurídico nacional, onde se expôs o tratamento a ela conferido pelo Código Civil de 1916, bem como as modificações executadas por leis esparsas e a determinação do novo prisma familiar, fixado pela Constituição Federal de 1988 e corroborado pelo Código Civil de 2002.

### 3 ESTADO DE FILIAÇÃO

O Código Civil de 1916 concedia efeito jurídico unicamente à união concretizada através do casamento, reconhecendo como legítima e digna da proteção da lei tão-somente a prole oriunda desse vínculo, de acordo com o que o artigo 337 do referido diploma estipulava, com a finalidade de conservar a unidade familiar.

#### 3.1 A presunção *pater is est*

Como já asseverado resumidamente no capítulo anterior, a presunção *pater is est* confere a paternidade de forma automática ao marido da mãe, buscando resguardar a instituição familiar, em um período da história onde tal entidade apresentava-se patrimonializada, hierarquizada e matrimonializada.

Com o homem sendo considerado o “chefe” da casa, a presunção da paternidade era um resultado lógico do comando que ele praticava sobre sua esposa. A infidelidade da subordinada, isto é, da esposa, implicaria no fim da instituição, já que enraizada em uma sociedade repleta de preconceitos. Desse modo, pregava-se que o marido da mulher fosse, fundamentalmente, o pai do rebento, considerando unicamente a presunção de que isto ocorreu.

A doutrina ensina que tal presunção contém dois sentidos: técnico e ideológico. Técnico ao procurar o resguardo do filho, impondo o ônus da prova a quem contestar a paternidade; e ideológico quando abriga a criança nascida de mulher casada, que imediatamente ganha um pai.

Caso o filho não possuísse nenhum vínculo sanguíneo com o marido da mãe, essa presunção poderia reconhecer uma filiação ilusória ao conferir maior importância à ligação jurídica em prejuízo da verdade biológica. Ainda mais quando se verifica a rigidez do sistema, que limitava a contestação às hipóteses legais, fechando os olhos para provas idôneas a evidenciar ser improvável a paternidade. Com isso, o afastamento da presunção de paternidade era diminuído com relação ao filho que se entendia legítimo, prejudicando o estabelecimento da verdadeira paternidade, observada do prisma biológico.

Deve-se ressaltar, entretanto, que a presunção de paternidade do marido da mãe dependia do momento da concepção do filho, que deveria acontecer no transcorrer do matrimônio, de acordo com o que rezava o artigo 338 do antigo Código Civil, já referido anteriormente.

Nesse sentido, a posição de líder da família concedia ao marido a paternidade, bem como a legitimidade exclusiva para contestá-la, uma vez que a presunção não era absoluta. As provas a serem produzidas, contudo, eram limitadas pela própria lei, segundo o artigo 340 da codificação vigente à época. O marido deveria, portanto, deixar claro a impossibilidade física de coabitar com a mulher durante o período legal de concepção ou demonstrar a separação legal de ambos.

Por impossibilidade física de coabitação entendia-se a distância ou a impotência *generandi* (impotência ou esterilidade). De outra maneira, caso os cônjuges tenham convivido no mesmo ambiente, durante a separação, eliminava-se esta como prova cabal.

A lei concedia exclusividade ao marido para propor a ação negatória de paternidade, além disso, os prazos para sua propositura eram exíguos e decadenciais, extinguindo-se o direito com a morte deste, que teria aceitado o filho como seu, caso não ajuizado a ação em vida.

De outra banda, observe-se que, sendo a presunção *pater is est* consequência da relação ponderada e reconhecida exclusivamente pelo matrimônio, a aceitação dada pela Constituição Federal de 1988 a outras espécies de família e a primazia concedida aos interesses da criança, fez com que tal presunção perdesse força.

Além dessas inovações, a descoberta do exame de DNA e a vedação a qualquer discriminação entre os filhos, oriundos ou não do casamento, também prevista na Constituição, dão maior importância à verdade biológica.

A jurisprudência, até mesmo antes disso, já estava reestruturando o sentido de suas decisões, até aquele momento fundamentadas em um diploma que continha previsões obsoletas, para valorizar a verdadeira unidade familiar e

reconhecer as uniões socioafetivas. Ou seja, em um primeiro momento o juiz segue a trilha da lei, mas no transcorrer do tempo afasta-se dela para promover a justiça.

Dessa forma, inicialmente o Tribunal Pleno do STF estipulava que, inexistindo a ação negatória de paternidade do pai tido como legítimo, também não teria o filho adulterino a *matre* a competente ação para investigar sua paternidade.

Assim, verifica-se que o posicionamento estabelecido pela jurisprudência determinava a privação da verdadeira filiação em favor daquela concepção de família. Contudo, seguindo as transformações da sociedade, pouco a pouco o entendimento jurisprudencial adotado foi alterado ao se dar conta de que, acompanhando cegamente os preceitos de lei estar-se-ia abandonando o seu propósito de adequar a realidade às normas existentes. Impediu-se, dessa maneira, a disseminação de decisões injustas. Não seria justo impor uma paternidade ao esposo da mãe, devido a uma mera presunção, enquanto todos os indícios levam a crer que a paternidade é de outro homem.

Diferentemente da codificação da época, os tribunais revelaram notória preocupação com a verdade da filiação, não acompanhando precisamente os rigores da verdade jurídica determinada pelo legislador. As decisões fundamentadas no Código Civil estavam cada vez mais desarmônicas com a realidade, motivo pelo qual o STF distanciou-se da lei para promover soluções mais razoáveis.

Passou-se, portanto, a aceitar que o filho adulterino *matre* ajuizasse ação de investigação de paternidade, caso os cônjuges já estivessem separados de fato, até mesmo sem que o esposo da mãe tenha promovido a anterior contestação de paternidade.

Por meio da presunção *pater is est* a paternidade era automaticamente atribuída ao marido da mãe. Por isso a jurisprudência buscou atacar exatamente tal presunção e assim o fez quando discutiu e confrontou a existência de vínculo afetivo entre o esposo da mãe (separados de fato) e o filho e entre este e o pai biológico. Caso houvesse ligação afetiva com o verdadeiro pai (pai biológico), surgiria uma grande injustiça se a paternidade fosse conferida ao pai registral simplesmente por causa da qualificadora de marido da mãe.

A dúvida quanto à existência de afetividade entre o pai por presunção e o filho pode ser eliminada através da verificação do tratamento existente entre ambos. A conduta do “pai aparente” que revela recusa da paternidade atesta a falta de ligação afetiva com o filho. Quando da separação de fato do casal, determinados atos ou omissões do esposo da mãe também podem demonstrar sua não paternidade.

Assim, quando no desquite, o marido omitia o nome de possíveis filhos, este estaria repudiando a paternidade. Outra forma para promover ação de investigação de paternidade acontecia quando a mãe, no momento de registrar seu filho com outro homem, deixava de mencionar o nome do esposo. Dessa forma, o filho seria de “pai ignorado”. Entretanto, a presunção *pater is est* cuidava de transformar o marido da genitora em pai do rebento. Ao dar-se conta de esta ser uma pista de que a verdade biológica não incidia sobre o marido, a jurisprudência encarregou-se de consentir, nesse caso também, que o filho ajuizasse ação para ter reconhecido o vínculo paterno-filial com o terceiro. Como bem ilustra a ementa de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal nesse período:

Não há razão por exigir-se que o ex-marido da mãe das crianças conteste a paternidade dos alimentandos, para que só depois ela possa solicitar alimentos de outrem, como pai dos menores. A contestação do ex-marido não se faz necessária, porque a presunção de paternidade estabelecida no art. 337 do CC resultou afastada pelos registros de nascimento, omissos quanto ao nome do marido da mãe e, bem assim, pela falta de qualquer referência dos alimentandos no desquite. Recurso extraordinário não conhecido. Voto vencido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 86.272/SE – Sergipe – Primeira Turma; Relator Min. Cunha Peixoto; Julgado em 08/11/1977; Publicado em 03/03/1978; STF.

Apesar de todas as transformações promovidas pela jurisprudência, é necessário asseverar que esta não alargou a legitimidade ativa para propor ação negatória de paternidade, que continuou sendo privativa do marido, somente criou um mecanismo paralelo ao código para desconstituir a paternidade presumida.

Para se contestar a paternidade eram necessárias algumas provas pré-constituídas, do mesmo modo estas eram imprescindíveis também para investigá-la. Assim, era imperioso que fosse demonstrada a separação de fato do casal e a ausência de posse de estado de filho frente ao marido da mãe.

A verdade jurídica da filiação, como forma de propiciar a conservação da família legítima, era privilegiada pelo Código Civil de 1916. Já a verdade biológica e socioafetiva não possuíam qualquer proteção legal, vez que representavam grande ameaça a instituição familiar daquele período. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não se manteve estagnado diante da situação e, para tornar possível a busca da verdadeira paternidade, associou as noções de posse de estado de filho e de separação fática.

Caso o pai biológico registrasse o filho de mulher casada como seu, a paternidade permaneceria incidindo sobre aquele com quem a mulher se casou, mesmo que os cônjuges já estivessem separados, devido à presunção *pater is est*. Tal fato ocasionava um conflito de paternidades. A presunção legal passou a ser eliminada frente à paternidade de terceiro determinada dessa forma. Os efeitos da presunção eram extintos, vez que não havia mais sentido a sua manutenção se atribuído um pai à criança.

Ocorria de a mulher separada do esposo engravidar de outro homem. Nesse caso, a paternidade incidiria no homem com quem ela havia se casado, mas que há tempos ao menos tinha notícias. Tal situação em nada importava para o Código Civil de 1916. O vínculo desse filho com o verdadeiro pai não tinha relevância. Tinha mais valor que o esposo da mãe fosse reconhecido como pai, até mesmo que isto acarretasse na falta dos deveres de pai para com o filho.

As modificações surgidas interferiram no papel da presunção *pater is est*, a qual possuía um ajuste quase que indestrutível com a verdade jurídica. Então, mesmo que a presunção legal tenha sido mantida na atual codificação, em seu artigo 1.605 percebe-se, de forma subentendida, indícios da posse de estado de filho no que se refere à prova diante de falta ou defeito do termo de nascimento.

A doutrina assevera que a paternidade ligada à consangüinidade erra pela limitação, já que abandona outros vínculos de parentesco onde não há laços de consangüinidade, como na adoção, na posse de estado de filho e em determinadas espécies de técnicas de reprodução medicamente assistida.

A presunção legal dá lugar ao estado de filiação e aos seus efeitos, passando-se a analisar uma paternidade redesenhada por laços afetivos, por

carinho, pelo amor verdadeiro e acima de tudo, pela vontade de ser pai conjuntamente com a de ser filho.

### **3.2 Posse de estado de filho**

Antes de se falar em estado de filho, é necessário, para melhor assimilar seu significado, tecer ligeira consideração a respeito do estado da pessoa, o qual pode ser interpretado como posicionamento jurídico de onde resulta uma série de direitos e deveres. Qualquer ser humano tem por direito a determinação de um estado, não se comparando este a qualquer relação jurídica. O estado da pessoa pode ser entendido como as qualidades que determinam a situação do sujeito no seio social e, se por um lado constituem fonte de direitos e de obrigações, de outra banda, atribui as características personativas, por meio das quais se individualiza a pessoa, ou seja, é a imagem que a sociedade faz do indivíduo.

Assim, o estado da pessoa incide nas características que se manifestam para as vistas da sociedade, configurando a identidade do indivíduo. De igual modo ocorre no estado de filho. Caso o pai registral da criança não coincidir com o pai biológico e esta mantiver com o segundo as autênticas ligações do vínculo paterno-filial, a sociedade acolherá sua identidade como o filho do pai presente, e não daquele que tão-somente lhe atribuiu um nome.

De modo algum isto significa que a posse de estado de filho diz respeito sempre ao pai biológico. Há situações de adultério que o marido da mãe acaba por assumir a paternidade no lugar de um terceiro (pai biológico), dedicando-se, diariamente, ao crescimento sadio daquele filho que acredita ser seu. Não há como negar que, nesse caso, a posse de estado de filho concorre conjuntamente com a antiga e já ultrapassada presunção *pater is est*.

No caso de haver colisão entre a paternidade jurídica e a paternidade genética, os critérios estipulados em lei quanto à proteção dos interesses reais do filho e da harmonia existente entre este e os pais devem ser levados em consideração. Se a verdade jurídica estiver acompanhada do sentimento de afetividade, esta deverá se sobressair em relação à verdade biológica, demonstrando, assim, uma enorme reformulação de critérios.

O reconhecimento da posse de estado de filho está fortemente vinculado à moderna concepção de família, cuja função deve ser de organização e conciliação das diversas atribuições praticadas por aqueles que a integram, para o bom desenvolvimento e composição psíquica e física de todos, com união e solidariedade na procura da felicidade individual e bem-estar de todos.

É possível perceber que a posse de estado de filho não se dirige preferencialmente à verdade genética da filiação. Nota-se que ela mais se direciona a apreciar o componente afetivo e sociológico da filiação. Ela é uma relação de afeição, íntima e persistente, caracterizada pela fama perante a sociedade da relação paterno-filial e pelo tratamento existente nessa relação, onde se verifica o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.

Em relação ao estado de filho, a posse pode ser entendida como condição de direitos e deveres quando ambos, pai e filho, relacionam-se como tais, reconhecendo suas posições na família. Assumir o estado de filho é possuir veridicamente o título correlativo, usufruir dos benefícios inerentes a ele e tolerar seus encargos. É passar a ser tratado como filho.

### 3.2.1 Elementos constitutivos da posse de estado de filho

Para se efetuar o reconhecimento jurídico e social da posse de estado de filho é necessária a identificação de algumas características próprias dela: o nome, o trato e a fama. Importante salientar que entre estes não há hierarquização, todos possuem igual importância para a configuração da posse de estado.

No que se refere ao nome, a criança deve dizer respeito ao do pai a quem tem como tal. Quanto ao trato, assinala-se a colaboração e atuação do pai na história do filho, de maneira a cooperar para o seu desenvolvimento. A fama, por sua vez, está ligada à exteriorização, à publicidade do vínculo, tornando os indivíduos reconhecidos socialmente como pai e filho.

Não há como negar que o elenco tradicional reúne os elementos que normalmente indicam a existência da posse de estado de filho. No entanto, os três componentes caracterizadores tradicionais (nome, trato e fama) podem se revelar

desnecessários. Isto porque outros fatos, às vezes, suprem a exigência, ante a falta de algum daqueles.

A exteriorização do vínculo, quando o filho deriva de relação adulterina, pode restar prejudicada, uma vez que a intensidade da relação biológica paterno-filial acaba diminuída. De outra banda, se a ligação afetiva entre eles estiver presente, faltando unicamente o conhecimento público, não há motivo bastante para qualquer prejuízo. Sem dúvida, a questão de maior valor e mais importante está no reconhecimento da criança pelo pai.

Outro importante fator na aceitação da posse de estado de filho é a duração temporal, uma vez que esta condição somente pode existir através da repetição de dosagens diárias. O fator temporal condiciona, ao mesmo tempo, a existência e a própria força da posse de estado.

O lapso de tempo como elemento essencial, permite, além da publicidade da relação, a solidificação da ligação que une pai e filho. Pode-se, por exemplo, perceber tal relevância com os prazos de convivência exigidos antes de se efetuar uma adoção. A relação entre pai e filho, em tais casos, não pode se efetuar por imposição, mas tão-somente pela conquista deste importante espaço na vida do outro.

### 3.2.2 Função

Em grande parte das legislações onde a posse de estado de filho foi prevista expressamente pelo ordenamento jurídico, ela se apresenta restringida a uma função subsidiária, podendo, tal fato, ser explicado pela complexidade de se demonstrar o referido estado, já que não há definição segura do instituto, nem rol taxativo dos elementos que o compõem.

A doutrina não é unânime nesse sentido, uma vez que afirmam se tratar de uma revelação concreta, sendo o produto da concentração de diversos fatores que a configuram e cuja firmeza decorre da constância reveladora de sua existência.

Em algumas ordenações jurídicas estrangeiras a posse de estado de filho possui papel subsidiário, como na França, onde desempenha função probatória quando da falta ou inexistência de título. No Brasil, a posse de estado, apesar de

não ser prevista legalmente, exerce papel duplamente subsidiário. De acordo com o entendimento doutrinário de Boeira (1999, p.69-70), estando a filiação paternal baseada na presunção *pater is est*, a posse de estado “supre a insuficiência do ato de nascimento, podendo ainda intervir quando a presunção destinada a suprir a imperfeição do título, se encontra, ela mesma, enfraquecida”.

A posse de estado, além da função probatória, é condição para o reconhecimento jurídico da existência do vínculo da filiação. Inexiste regramento prevendo a paternidade que não resulte de ligação sanguínea e, por tal razão, é que se mostra necessário dedicado exame de evidências a serem encontradas no campo da subjetividade.

### 3.2.3 Prova

Para se obter o reconhecimento jurídico da filiação por meio da posse de estado, revela-se indispensável a produção de provas que satisfaçam o total convencimento do juiz, já que esta é configurada pela reunião de diversos fatores que carecem de demonstração. A sua prova pode se realizada por qualquer meio, entretanto, o que exerce função predominante são os testemunhos da própria família e da sociedade.

Sua comprovação, em grande parte das vezes, faz-se através de provas testemunhais, vez que é bastante trabalhosa a produção de outros meios probatórios. Por isso, procuram-se as referidas evidências nos elementos constitutivos da posse de estado. De qualquer maneira, é permitida a produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

### 3.2.4 Instrumentalidade da posse de estado de filho

A posse de estado de filho tem natureza instrumental, vez que ela é o meio pelo qual se busca conquistar um bem maior, qual seja, o reconhecimento da paternidade constituída pela íntima ligação afetiva. Ou seja, a posse de estado presta-se para desvendar a face socioafetiva da filiação.

Assiste-se a mais uma inovação do direito de família no sentir da instrumentalidade da posse de estado de filho. Assim como a presunção *pater is est*, diante das transformações sociais ocorridas na época, deu lugar à posse de estado,

registra-se agora, como seqüência da evolução humana e jurídica, o surgimento de uma nova ordem familiar.

As alterações e avanços do direito de família apresentam uma nova paternidade, constituída pelo mais puro sentimento entre pais e filhos, e, por isso, a mais sólida de todas. Embora seja importante a descoberta da origem genética, maior ainda é aquela do verdadeiro sentido da paternidade, que até então, encontrava-se sob a obscuridade dos registros jurídicos e da biologia. O verdadeiro sentido a que se fala, encontra-se na chamada paternidade socioafetiva.

Ao fim desse capítulo foram demonstrados conceitos próprios da presunção *pater is est*, assim como foi retratada a posse de estado de filho, a partir do estudo dos elementos que a integram, de sua função, dos meios de comprovação e de sua função instrumental.

## **4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**

O reconhecimento biológico da filiação com a evolução da genética, a suavização da presunção *pater is est*, a proibição constitucional ao tratamento discriminatório e o conseqüente acesso dos filhos antes ilegítimos à filiação, agora iguais aos denominados filhos legítimos, foram importantes avanços na questão do estabelecimento da paternidade. Entretanto, sendo a paternidade um conceito jurídico e, sobretudo, um direito, a verdade biológica da filiação não é o único fator a ser levado em consideração pelo aplicador do Direito: o elemento material da filiação não é tão-somente o vínculo de sangue, mas a expressão jurídica de uma verdade socioafetiva.

### **4.1 Generalidades**

A antiga Codificação Civil de 1916 retratava a família patriarcal, numerosa, legitimada apenas pelo casamento, hierarquizada; onde o pai tinha poder sobre os filhos e a mulher, que era, por sua vez, considerada como relativamente incapaz.

Intensas modificações sofridas pela sociedade resultaram em uma nova visão de família, denominada eudemonista, firmada na procura da realização integral do ser humano. O instituto patriarcal acabou em nome de uma sociedade que pouco a pouco foi ganhando espaço. Além das mudanças que aconteceram no âmbito das relações familiares, indispensável é o estudo sobre o novo significado das relações paterno-filiais produzida na Constituição Federal de 1988, o que far-se-á mais adiante.

Estas alterações estruturais ressoaram no campo legislativo, sendo recepcionadas na Carta Constitucional de 1988, que imprimiu grande avanço ao ordenamento jurídico brasileiro; ampliou o conceito de entidade familiar, igualou homem e mulher em direitos e deveres, aboliu qualquer discriminação entre os filhos, privilegiou o interesse da criança e priorizou a dignidade da pessoa humana.

A nova família, conectada através do liame afetivo, aprecia o ser em detrimento do ter. Sem desvalorizar os laços compostos pela genética, abriga em seu seio, como se naturais fossem, os filhos do coração.

Perceptível se torna, com a promulgação da Magna Carta e com a descoberta do exame revelador da origem genética (DNA), a irrelevância da paternidade registral, imposta pela presunção *pater is est*, vez que a partir de então se fez prevalecer a verdade biológica.

Conforme afirmado anteriormente, segundo a doutrina, três são as verdades da filiação: legal, biológica e socioafetiva. No entanto, com a descoberta pericial do DNA, a paternidade registral perdeu força de maneira imensurável em relação à filiação biológica e afetiva, que ao contrário, ganharam destaque em razão dos princípios de igualdade, da proibição de discriminação, da convivência em família, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Embora ainda se fale muito em filiação biológica, já se nota alguma tendência para maior valorização dos vínculos afetivos entre pais e filhos, oriundos de famílias unidas, não pelo elo da ciência, mas pelo verdadeiro espírito familiar, assim aponta a doutrina:

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 apud DIAS, 2002, p. 09).

Assim como ocorreu com a instituição familiar, atualmente, a filiação está sendo analisada pelo aspecto do vínculo afetivo da relação, respaldado na defesa do melhor interesse do infante, reflexo do direito à convivência familiar.

Há divergência doutrinário-jurisprudencial quanto à possibilidade de ser reconhecida, além da verdade biológica, também a perfilhação sociológica, pela “posse de estado de filho”, o que ocorre, por exemplo, com o filho de criação.

A paternidade sociológica se dá através de um vínculo formado entre duas pessoas que nutrem sentimentos recíprocos, capazes de torná-los pai e filho no sentido da palavra. Afinal, como ensina Dias (2002, p.09), “pai é aquele que age como pai, que dá afeto, que assegura a proteção e garante a sobrevivência”. Ter um filho e admitir sua paternidade, mais do que uma obrigação legal, é uma manifestação de afeto e dedicação, que deriva mais de amar e servir do que responder pela carga genética.

A Constituição Federal de 1988, ao se referir sobre a filiação, não citou qualquer prerrogativa à verdade biológica, ao contrário, abriu espaço aos enlaces afetivos quando vedou a discriminação dos filhos. Porém, há posicionamento divergente, no sentido de que se a família genética e a adotiva tem condições de cuidar da criança, fundamentando-se na previsão do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve o filho permanecer com a primeira.

Ressalta-se, entretanto, que o afeto não tem origem genética. O vínculo de afeto deriva do convívio e não do sangue. É certo que o pai genético pode ser, ao mesmo tempo, o afetivo, mas na hipótese em que isso não se verifica, necessário se torna o reconhecimento daquele que, substituindo o lugar do genitor, passa a preencher sua ausência e suprir as necessidades do filho.

As necessidades de que se tratam não correspondem somente às carências de ordem econômica, mas estão profundamente ligadas ao equilíbrio emocional que ainda se encontra em desenvolvimento na vida de uma criança. Por isso, justo se torna o reconhecimento daquele que adquire o papel de pai, estabelecendo íntimo vínculo amoroso com o filho. Melhor pai ou mãe, não necessariamente é aquele que geneticamente tem este lugar, mas a pessoa desempenha essa função substituindo o vínculo biológico pelo afetivo.

“O filho precisa da figura do pai, e não tão-somente de um genitor, para contribuir no desenvolvimento intrapsíquico, na medida em que faz parte da natureza humana o desejo de ser amado e protegido”, segundo Welter (2002, p.144).

O que caracteriza, no entanto, a paternidade sociológica é a posse de estado de filho. Quando alguém cria e educa outrem como filho, mesmo não sendo biológico, ele faz surgir o estado de filho sociológico, a verdade socioafetiva.

#### **4.2 Posse de estado de filiação afetiva**

Atualmente, o avanço científico na seara genética permite maior limpidez nas relações de filiação, viabilizando a individualização consangüínea do pai e conferindo-lhe o encargo da paternidade. Dessa maneira, busca-se proteger as pretensões de reconhecimento da paternidade na justiça brasileira atual. Como

garantia, a Constituição Federal ordena um tratamento isonômico a qualquer tipo de filiação, assegurando o direito, a qualquer criança, de identificar suas origens, sua identidade biológica e civil e seus parentes consangüíneos.

Assim, nota-se a capacidade científica de identificar a raiz genética das pessoas, o que, infelizmente, não garante a formação de ligações concretas de solidariedade e responsabilidade, elementos evidenciadores da verdadeira relação paterno-filial. A filiação concretizada por este caminho, às vezes, não expressará nada mais do que a alusão, na certidão de nascimento, da paternidade, e a conseqüente possibilidade de reivindicação de direitos patrimoniais.

Define-se como filiação a relação de parentesco estabelecida entre dois indivíduos, um dos quais é tido como filho do outro (pai ou mãe). Já o estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo direitos e deveres recíprocos.

A posse de estado de filho, por seu turno, não considera a existência de ligação biológica. Significa o exercício do papel de filho em face daqueles que ostentam o papel de pais. É externar a convivência familiar e o afeto. O vínculo genético passou a ser apenas um elemento para o estabelecimento da relação paterno-filial:

[...] a paternidade é conceito não só genético ou biológico, mas psicológico, moral e sociocultural. Em grande número de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico fracasso da relação de paternidade, sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva, em nível de paternidade, saudável, produtiva, responsável. (PEREIRA, 2001 apud MAIDANA, 2004, p.72).

O estado de filiação, inicialmente ligado à idéia da verdade genética, que legitimava os filhos, ganha novo e amplo sentido; ainda que se origine, na maior parte das vezes, geneticamente dos pais, é desenvolvido na convivência familiar, concretizando-se na afetividade. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não-biológica.

Cumpre assinalar que, embora tenha o Novo Código Civil mantido a redação original do Código de 1916, em seu artigo 1.605, ficou evidenciada, de forma implícita, a existência da posse de estado de filho, principalmente quando

admite como prova da filiação “presunções resultantes de fatos já certos”, como bem demonstra Diniz (apud, WELTER, 2000, p.89):

Se em companhia do casal, há muito tempo vive um filho, ter-se-á, então, a posse de estado do filho e, nela baseada, a pessoa criada pelo casal poderá, apoiada em prova testemunhal, indicar em juízo o reconhecimento de sua filiação.

Não é possível afirmar que a conexão relacional entre pai e filho surge por meio de um documento, é necessário querer ser pai ou ser mãe e, de parte da criança, é preciso sentir-se filho. Ao abordar tal ponto, atualmente, é mais relevante entender a função da família na formação da personalidade dos seus membros. Desta forma, percebe-se a importância do afeto, ultrapassando-se a simples reserva dada pela biologia.

Mesmo não se demonstrando menção explícita, é importante apontar que a Constituição Federal de 1988, no Capítulo VII, exprime seu grande cuidado com a valorização do afeto como elemento essencial dos núcleos de convívio interpessoal, estimulando a assistência recíproca no parentesco e na conjugalidade.

Em época onde se procura por maior veracidade das relações, recebe maior relevância a idéia de filiação por meio do afeto, concreta posse do estado de filho, nomeada filiação sociológica. Devem-se esclarecer esses novos contornos para entender melhor esse campo que começa a orientar as relações entre pais e filhos.

Compreende-se, dessa forma, a possibilidade de haver paternidade jurídica sem que haja paternidade biológica, embora se mostrando a paternidade socioafetiva; também é possível a paternidade biológica sem que se evidencie a jurídica e a socioafetiva. Pode-se, ainda, existir a paternidade socioafetiva, sem haver qualquer das outras. O desencontro entre essas pilastras pode provocar complicações.

Existem diversos exemplos de paternidade, porém, a aceitação de mais um modelo desta ligação não quer negar que a paternidade seja, antes de tudo, biológica. Entretanto, o elo que atrela pais e filhos é, acima de tudo, socioafetivo, construído pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é bem mais profundo do que o do elo biológico.

Amor, apego e amparo são informações tão importantes na identificação da verdadeira paternidade quanto um nome procedente de uma relação sangüínea, revelando esses três elementos uma relação psicoafetiva. Observa-se, ainda, o aumento do calibre da posse do estado de filho proporcionalmente à impossibilidade de assimilação total da verdadeira filiação pelo critério biológico, visto que a desbiologização da paternidade fundamenta-se justamente no fortalecimento da premissa afetiva.

A Constituição Federal de 1988 alterou o conceito de família, baseando-se em valores que exaltam a paternidade socioafetiva. Por conseqüência, mostra-se necessária a substituição dos fundamentos valorativos inflexivelmente normativos que há pouco tempo orientavam o Direito de Família, por critérios hermenêuticos humanizados.

A nova ordem constitucional deu mais relevância a valores que chegaram ao topo do ordenamento jurídico, originando três hipóteses a distinguir a matéria da filiação: a funcionalização dos institutos familiares à efetivação da personalidade de seus membros; a despatrimonialização dos vínculos entre pais e filhos, que foram subordinados a outros valores, principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana; e a desconexão entre as relações dos pais e a assistência dispensada aos filhos. Estes elementos desembocam na “repersonalização” dos vínculos de família e têm como objetivo a concretização sentimental do indivíduo no grupo familiar.

A atual Constituição e as Leis nº 8.069/90 e 8.560/92 consagraram a paternidade biológica, uma vez que o filho pode perquirir a paternidade contra o pai genético a qualquer tempo. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 27 que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição”.

A Constituição Federal veda qualquer diferenciação entre filhos. Impõe a execução dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania - erguidos à categoria de fundamento da República (artigo 1º, incisos II e III) -, bem como o cumprimento do princípio da prevalência dos interesses do menor, concretizados no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, quando dispõe:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nesse contexto, quando se dispensa preferência aos interesses do menor e rescinde-se com as acepções biológicas e formais de família, projeta-se esta como uma comunidade de afeto.

A absorção de tais termos nos leva a procurar dados identificáveis nas práticas dos grupos sociais, que possibilitam a identificação de relacionamentos que possam ser denominados de “família socioafetiva”. Estes se manifestam na posse de estado de filho, já que não há forma mais significativa de reconhecimento da paternidade do que o filho ser tratado como tal, publicamente, pelo pai.

Qualquer pessoa tem características que fixam sua identidade no seio social. Essas características formam o estado da pessoa e são consideradas pela lei, que lhe confere determinados efeitos jurídicos, constituindo uma espécie de posição jurídica da qual decorre um conjunto de direitos e obrigações.

O *status* de filho pode ser denunciado pela posse de estado. Cabe salientar que o estado de filho é irrenunciável e imprescritível. Declarado o estado de filiação jurídica, seus efeitos são o nome e a indivisibilidade, vez que tal declaração torna-se *erga omnes* por fazer parte da personalidade jurídica e delimitar sua classificação social.

Quando os pais conferem cuidado ao filho, dispensando-lhe o gozo de direitos e fixando-lhe deveres, passando a tratá-lo como filho perante terceiros e evidenciando seus dignos sentimentos, tem-se a posse de estado de filho. Ela se configura pelos fatos, não dependendo da manifestação do fator biológico.

A paternidade socioafetiva configura-se pela aglutinação de três fatores clássicos já estudados anteriormente, a saber: a utilização pelo filho do nome daquele que tem como pai, o que faz julgar haver laço de filiação; o trato, que equivale à conduta, ou seja, a prática de atos que anunciam a vontade de cuidar como um pai; e a fama, que compõe reflexo social, isto é, fatos externos que demonstram uma relação de paternidade com publicidade, a pessoa aparenta à

todos ser filho do daquele pai. Tais elementos, denotados pela convivência, formam as circunstâncias do que se chamou posse de estado de filho.

O fato de o filho não ter utilizado o nome do pai não desconfigura a posse de estado, caso concorram outros elementos capazes de suprir o fator nome. Cabe salientar que inexistente hierarquia entre tais elementos, pois ainda se leva em conta outros atributos que devem revestir a aparência de filho.

Na relação entre pai e filho, idealiza-se a publicidade e a continuidade. A fama se revela na objetiva visibilidade da posse de estado no âmbito social, devendo tal fato ser continuado e manifestar uma certa duração de tempo que demonstre estabilidade.

Dessa forma, o tempo aparece como elemento determinante da posse de estado de filho, representando a imagem de continuação. A jurisprudência tem adicionado, ainda, a ausência de equívoco e vícios, como a troca acidental de filhos em uma maternidade ou até o seqüestro de uma criança realizado com finalidade de adoção.

A publicidade geralmente retrata-se na certeza da paternidade pela opinião da sociedade e por isso, na posse de estado, sempre deverá convergir a verdade externa, definida pela realidade dos fatos, com a verdade interna, subjetiva, resultado do sentimento surgido na relação paterno-filial. Assim, tal elemento pode ser uma das mais fortes provas da existência da filiação, já que reflete a realidade, demonstrando uma situação carente de resguardo.

Esse realce pode erguer a publicidade até mesmo a pressuposto para o exame de uma investigação de paternidade, uma vez que se aquele que investiga tem o trato de filho pelo suposto pai e nessa condição vive, não há causa para não pôr tal fato dentre as razões da ação investigatória.

Face ao exposto, deixa-se clara a possibilidade de entender a posse de estado de filho como fundamento satisfativo para demandar o reconhecimento da filiação e, conseqüentemente, a afirmação da paternidade, haja vista que só esta é que pode garantir a verdadeira estabilidade da pessoa perante a sociedade. O relacionamento constante o identifica como filho e o alicerce emocional formado

certifica-lhe um integral e diferenciado desenvolvimento como ser humano, predominando essa idéia como referencial na fixação de uma paternidade responsável.

### **4.3 A paternidade socioafetiva e suas espécies**

Estabelece a doutrina brasileira, quatro espécies de paternidade socioafetiva: adoção judicial, “adoção à brasileira”, filho de criação e através de reconhecimento voluntário. Dessa forma, imprescindível se faz tecer breves considerações acerca dessas espécies, eis que um estudo detalhista, apesar de importante, descarrilaria o foco principal a que se quer chegar; a compreensão do verdadeiro significado da paternidade formada por elo afetivo.

#### **4.3.1 Adoção Judicial**

A adoção é um ato jurídico e ao mesmo tempo um ato de vontade que se prova e se estabelece através de um contrato ou de um julgamento. Nas palavras de Wald (2002, p.217), “é um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente”.

Instituto antigo, (constando do artigo 185 do Código de Hamurabi – 1728 – 1686 a.C.) tinha a finalidade de perpetuar o culto doméstico, direito concedido somente a alguém que não tivesse filhos, para que não cessassem as cerimônias fúnebres. O gesto de adotar não estava ligado à afetividade. Hodiernamente, representa uma das manifestações de paternidade socioafetiva. Como afirma Welter (2002, p.133), “é tão real como o que une o pai ao seu filho de sangue, e os efeitos que do primeiro emergem são tão reais quanto aos que decorrem do segundo”.

Defende a doutrina a desnecessidade do penoso e arcaico processo de adoção. Tratando-se de uma espécie de filiação afetiva, existindo igualdade de direitos entre as filiações genética e sociológica, bem como a primazia pela proteção legal e absoluta da infância e da juventude, deve esse tipo de manifestação receber o mesmo tratamento dispensado à filiação sanguínea.

#### 4.3.2 Adoção à Brasileira

Ocorre Adoção à Brasileira com declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de outra mulher, sendo esta casada ou não, e sem a devida observância das exigências legais para a realização da adoção.

Embora se trate de conduta ilegal, tipificada no artigo 299, § único, do Código Penal Brasileiro, não é repudiada pela sociedade, ao contrário, é valorizada como um ato nobre. Leva-se em consideração, que os adotantes, acometidos do mais puro sentimento humano, objetivam trazer a criança ao seio familiar a fim de proporcionar-lhe uma vida digna, com carinho, amor e dedicação.

Entende-se que, mesmo de forma ilegal, referida conduta está a atender ao mandamento contido no artigo 227, *caput* e §6º, da Constituição Federal, onde incumbe à família, à sociedade e ao Estado assegurar a criança, o direito a convivência familiar, com absoluta prioridade, sendo vedada qualquer discriminação entre os filhos.

Por outro lado, existem posições contrárias que condenam esta prática por não se submeter ao mesmo rigor do regime jurídico da adoção prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sustenta que por se tratar de ato irrevogável, o procedimento de habilitação é de suma importância para que seja evitada futura dissolução do vínculo em virtude de fato desconhecido na época da adoção, como, por exemplo, doença grave ou deficiência do menor.

Importante ressaltar, que os vínculos afetivos, por certo, crescerão com a convivência familiar, concretizando a posse de estado de filho, independente da ilegalidade do ato adotivo, tornando, dessa forma, inviável a invalidade do registro. Se assim não o fosse, estar-se-ia minimizando os interesses do menor em prol de uma regulamentação formal.

No entanto, é permitido o ajuizamento de ação negatória de paternidade contra aquele que foi irregularmente inscrito no registro civil como filho verdadeiro. Alerta-se quanto a isso, a possibilidade de ter-se feito registro do filho apenas para concessão de benefícios próprios, inclusive previdenciários, o que em proteção à

dignidade da pessoa humana, não deve merecer apreço. Nesse sentir, acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná:

1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado da Súmula 149 do STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva decorrente da denominada 'adoção à brasileira' (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular 'adoção à brasileira', não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.

Tribunal de Justiça do Paraná; Apelação Cível nº 108.417-9; Relator Desembargador Accácio Camlei; julgamento unânime em 12.12.2001.

Dessa forma, vislumbra-se que o adotado prejudica-se, no mínimo, duas vezes: a primeira ao ser registrado de maneira ilegal e a segunda, quando já sem utilidade às artimanhas do adotante, vê-se, a pedido de negatória de paternidade, a ponto de perder um *status* que não pediu, mas que lhe foi imposto e que constitui sua condição humana e social.

#### 4.3.3 Filho de Criação

Ocorre paternidade socioafetiva também quando os pais criam uma pessoa por mera opção, independentemente do vínculo biológico ou jurídico, dispensando-lhe todo o amor e cuidado como se filho fosse, sendo esse indivíduo denominado filho de criação.

A opinião jurisprudencial sul-rio-grandense se divide: de um lado, a posição de que não existindo a adoção de fato no direito brasileiro, o filho de criação não pode ser reconhecido como adotado e nem equiparado aos filhos biológicos para fins legais, como direito à herança, por exemplo. De outro lado, não havendo regulamentação jurídica acerca da paternidade sociológica, não de ser considerados os princípios de proteção à criança (artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e Lei nº 8.069/90, principalmente artigos 4º e 6º), possibilitando a extração de fundamentos geradores do reconhecimento da paternidade socioafetiva, revelada

pela posse de estado de filho, causadora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação.

#### 4.3.4 Reconhecimento Voluntário

Ocorre pelo comparecimento espontâneo dos pais ao Cartório, para proceder ao registro de alguém como filho. Para tanto, não é necessária qualquer comprovação genética para que a declaração seja admitida. No entanto, é de se salientar que este ato só poderá ser invalidado se restar comprovado que a manifestação não foi por vontade livre, e sim produzida por coação ou erro. E aquele que toma o lugar dos pais, pratica, por assim dizer, uma adoção de fato. O pai jurídico tem o seu lugar ocupado pelo pai de fato.

O reconhecimento voluntário da filiação estabelece a posse de estado de filho, o que gera direitos que provoca efeitos, sobretudo morais (estado de filiação, direito ao nome, relações de parentesco) e patrimoniais (direito a prestação alimentar, direito a sucessão, etc.), independentemente de ser o filho biológico ou não.

O posicionamento jurisprudencial, também nesse caso, não é unânime: uma corrente defende que, embora o vínculo paterno-filial tenha longa duração, não pode este estado permanecer, eis que formado através de falso registro, o que é inaceitável num país onde vigora a verdade biológica da filiação. A outra corrente, no entanto, considera que aquele que efetuou o registro sabendo não ser o pai biológico, estabelece uma filiação socioafetiva, que produz os mesmos efeitos da adoção, ato irrevogável.

#### **4.4 Reconhecimento irrevogável da filiação socioafetiva**

A filiação socioafetiva ainda não foi recepcionada de maneira expressa em nossa Codificação, sendo apenas trabalhada em sede jurisprudencial. Sua existência no plano real, porém, resulta em interpretação analógica, comparando-se esta com as demais espécies de filiação.

Levando-se em consideração que a Constituição Federal determinou a unidade de filiação, assim como a irrevogabilidade da adoção, que é uma forma de filiação socioafetiva, conclui-se que a filiação sociológica também é irrevogável.

Aliás, não pareceria de bom alvitre que fosse permitido ao pai desfazer o reconhecimento da paternidade a qualquer tempo.

O reconhecimento de paternidade evidencia de pronto, na maioria dos casos, a existência do vínculo afetivo. Por essa razão, é inconcebível que se requeira a anulação de um registro por qualquer interesse menor à saúde emocional de uma criança. Assim prevê o artigo 1.610 do Código Civil vigente, ao proibir a revogação do reconhecimento até mesmo quando feito em testamento.

Mesmo que o pai venha a saber que registrou como seu, filho de outrem, uma vez edificada a posse de estado de filho, tal compromisso torna-se irrevogável. Tal ato somente poderá ser invalidado caso fique demonstrado que a manifestação não foi por vontade livre, e sim produzida por meio de um vício, posto que é de amplo conhecimento que ninguém pode alegar em seu benefício a própria torpeza.

Assim como ocorre com os demais atos jurídicos, a invalidação pode verificar-se em razão de erro, dolo, coação simulação ou fraude. Frise-se, ainda, que uma simples pressão psicológica de modo algum pode ser comparada a uma coação, o que não dá azo à desconstituição do registro, uma vez que o reconhecimento é irrevogável.

#### **4.5 Identidade paterno-filial**

A descoberta da identidade genética fez triunfar uma nova paternidade, enfraquecendo àquela resultante da simples presunção *pater is est*. O alto índice de certeza oferecida pelo exame biológico (mais de 99%) valorizou sobremaneira os laços de sangue, abrandando de vez a paternidade estabelecida no registro de nascimento.

Em contrapartida, os filhos resultantes de procriações artificiais colocaram em dúvida a certeza da paternidade. Por certo, o exame de DNA revela, praticamente com absoluta certeza, a origem genética do ser humano, mas, por outro lado, não significa que esta importe na paternidade tida em seu mais profundo significado.

Inúmeras são as vezes em que as crianças são afastadas de suas famílias, formadas por pessoas do mesmo sangue, em virtude de maus-tratos, o que

comprova a falência da imposição da paternidade pelo liame genético. Afinal, a verdadeira paternidade nem sempre se origina da autoria genética.

A verdadeira filiação só pode prosperar no campo da afetividade, do vigor das relações que unem pais e filhos, independentemente da origem biológica. Afinal, pai é aquele que participa constantemente na vida do filho, que se preocupa com seu desenvolvimento sadio, que dá carinho, amor e busca proporcionar ao filho tudo de melhor que está ao seu alcance.

Dessa maneira, confrontam-se as duas verdades da filiação; a verdade biológica (a dos laços de sangue), e a verdade do coração, dos sentimentos, a que corresponde à filiação querida e desejada, vivenciada no dia-a-dia. Qual delas deve prevalecer?

Tem-se a verdade genética apenas como um dado, uma informação, enquanto que a verdadeira paternidade se constrói. O Pai não deve ser aquele a quem o ordenamento jurídico atribui a paternidade presumivelmente. Há de se ter em mente que uma relação imposta não gerará bons frutos e, certamente, será mantida apenas pelo liame obrigacional, o que parece estar longe do justo.

Na adoção, por exemplo, temos a clara demonstração do que é ser pai por um ato de vontade, o que não se pode comparar com uma paternidade resultante de uma ação de investigação que objetiva somente a verba alimentar. Que espécie de relação paterna, nesse caso, está-se a buscar? Nenhuma. Apenas o estabelecimento de obrigações resultantes da identidade sanguínea, eis que não há como se impor a relação afetiva entre pai e filho. O lugar do pai acabaria sendo substituído por uma contribuição econômica.

Estes questionamentos, por sua vez, só encontraram respostas após a Constituição Federal de 1988, que inseriu a noção de *paternidade responsável* em seu artigo 226, §7º, eliminando a supremacia da verdade biológica.

As transformações a que passaram a sociedade transferiram a primazia dos interesses para as crianças, através do mandamento constitucional previsto no artigo 227. Dessa forma, ao se estabelecer a paternidade, deve-se ter em vista o que é melhor para o filho, que nem sempre é o melhor para os pais. Deve ser

ponderada a convivência familiar, constitutiva da posse de estado de filho, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Jamais se pensou que os bons sentimentos inerentes ao ser humano ultrapassariam uma técnica científica, por anos desenvolvida, para reconhecimento genético entre familiares. Ciência alguma, até hoje, consegue diagnosticar relações que nascem e se consolidam com base no afeto. O que importa, na verdade, ao contrário do que se defendia tempos atrás, é a manutenção da família que represente um porto-seguro aos seus integrantes, que seja sinônimo de amor e solidariedade, cujo vínculo nem a lei e nem o sangue garantem.

Embora ainda não tenha este instituto sido recepcionado pela Lei Civil, não há dúvidas de que se trata de um dos maiores avanços na área do Direito de Família. Tribunais de todo país já estão a analisar e julgar questões pertinentes à filiação sobre este prisma, em obediência ao preceito Constitucional da dignidade da pessoa humana e, acima de tudo, no almejar da verdadeira justiça.

## 5 CONCLUSÃO

Neste trabalho foi exposta a evolução da entidade familiar no plano legislativo, demonstrando a importância das transformações ocorridas nesse instituto para o ordenamento jurídico brasileiro e, especificamente, para o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

No processo evolutivo se demonstra a revalorização da família, que no início, refletida no Código Civil de 1916, designava poderes de mando somente ao marido, inferiorizava a mulher e discriminava os filhos não advindos do casamento, por sua vez indissolúvel, como forma de manutenção da entidade, mesmo que para isso fosse sacrificada a felicidade de seus integrantes.

Posteriormente, surgiram algumas leis esparsas objetivando tratar de assuntos ultrapassados na codificação de 1916. No entanto, a nova estruturação da família e dos valores condizentes, como a igualdade e a proteção à dignidade da pessoa humana, só ganharam relevância quando recepcionados pela Constituição Federal em 1988. A partir de então, com a finalidade de transformar a família em centro de realização pessoal daqueles que a integram, foram os cônjuges igualados em direitos e deveres, assim como foram abolidos os tratamentos discriminatórios entre os filhos, independentemente de sua origem.

Primando a codificação de 1916 pela manutenção da família, impunha sempre a paternidade ao marido da mãe, através da presunção *pater is est*. Tal presunção, frágil por sua natureza, não resistiu à maravilha da certeza oferecida pelos exames periciais de DNA acerca dos vínculos sanguíneos, embora tenha oferecido alguma resistência. O reconhecimento da paternidade biológica, por um lado, beneficiava os filhos de pais ignorados, mas por outro, ameaçava a manutenção da família comprovando o adultério.

A verdade jurídica resultante da presunção *pater is est*, não resta dúvida, oferecia um caráter fictício de paternidade, eis que esta recairia automaticamente ao marido da mãe, mesmo se separados na época da concepção.

Outra grande inovação da Carta Magna foi o reconhecimento de uniões familiares até então desconsideradas, no ímpeto de manter os valores da época, o

legislador, quando da criação do Código Civil de 1916, previu que tão-somente o matrimônio e os laços consangüíneos legitimavam tais relações. Tal previsão, contudo, restou substituída por aquela que também reconheceu como entidade familiar a união estável e monoparentalidade.

Critica-se, no entanto, que a previsão constitucional privilegia o casamento em relação às demais uniões, embora igualmente conhecidas como instituição familiar, ao impor que a lei lhes facilite a conversão. Ora, se por um lado a Constituição Federal ao reconhecer estas uniões, as equiparou, não existem motivos à prevalência de uma sobre a outra; por outro lado, vislumbra-se que o casamento ainda traz consigo uma maior seriedade aos compromissos resultantes da formação de uma família.

Tais modificações ocorridas na órbita do direito familiar estão nitidamente ligadas à valorização jurídica do afeto, materializado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, o direito reservado à filiação toma novo rumo. Com a ordenação de tratamento igualitário entre os filhos e a proteção constitucionalizada ao melhor interesse da criança, corroborada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurou-se o direito a toda criança de conhecer suas origens e seus parentes consangüíneos.

A análise da paternidade, sobre o prisma do melhor interesse da criança, pode até mesmo deixar de reconhecer um vínculo biológico em favor de um registral, se verificada a posse de estado de filho. Não se trata de voltar no tempo, mas a Justiça Familiar, nesses casos, não deve contentar-se com meras presunções e nem mesmo com laudos periciais, mas tão-somente com a verdade que se revele nela mesma.

A verdade aqui referida, não é aquela que vem pronta e acabada, reconhecida através de perícia laboratorial, mas aquela que se forma e se solidifica no tempo, exteriorizando-se através do trato e da vontade daqueles que enraízam esta relação.

A presença paterna na vida de um infante é de suma importância para o seu sadio desenvolvimento emocional. O pai deve representar ao filho um porto-seguro, um ponto de equilíbrio fundado no amor. Essa é a razão pela qual tornar pai

alguém que não tem aspiração para sê-lo é esfumçar a devida imagem, é ignorar, acima de tudo, os efeitos de uma paternidade indesejada.

Assim, nasce uma nova verdade na determinação da filiação, a paternidade socioafetiva. Reconhece o direito de família, na sua visão eudemonista, que os verdadeiros pais não são aqueles que geram, mas os se dedicam diariamente a preencher este espaço na vida de uma criança. Esta é a demonstração de existência de um afeto capaz de tornar referida relação tão sólida ou mais que aquela advinda da consangüinidade, satisfazendo, em sua plenitude, a dignidade da pessoa humana.

O Novo Código Civil não trouxe grandes inovações a respeito desta matéria, acompanhou as previsões constitucionais, priorizando a realização pessoal, reconhecendo uniões até então discriminadas, bem como os filhos delas resultantes e admitindo vínculos familiares formados pelo enlace afetivo.

A paternidade socioafetiva é uma realidade que se impõe diariamente. Embora a jurisprudência já esteja a trilhar os caminhos normatizadores, a necessidade de reforma legislativa é evidente, tendo-se em vista que o reconhecimento da paternidade socioafetiva, igualada às demais filiações, gera direitos e deveres que, ao recair sobre aspectos morais e patrimoniais, deve obedecer ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O preceito estipulado na Constituição tem como principal finalidade por fim as discriminações, conferindo de maneira uniforme os direitos oriundos da relação paterno-filial.

Face ao explanado, defende-se o advento de um direito voltado a todos, em uma extensa proteção social, apta a servir à realidade brasileira, com a possibilidade de ser eficaz e proveitoso em sua aplicação. O Judiciário deve valorizar o relacionamento afetivo fixado entre os sujeitos da instituição familiar, para dessa forma, assegurar a dignidade da pessoa humana.

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 86.272/SE – Sergipe – Primeira Turma; Relator Ministro Cunha Peixoto; Julgado em 08/11/1977; Publicado em 03/03/1978.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná; Apelação Cível nº 108.417-9; Relator Desembargador Accácio Camlei; Julgamento unânime em 12.12.2001.

BRASIL. Código Civil; Código de Processo Civil; Constituição Federal. Anne Joyce Angher (Coord.). 4. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho**: Paternidade sócio-afetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

DIAS, Maria Berenice. Quem é o Pai? In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 4, n.º 15, out/nov/dez, 2002, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p. 05-14.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 17.º. ed. São Paulo : Saraiva, 2002. 5 v.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Ano V, n.º 19, ago/set 2003. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p. 42-74.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em Evolução. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. v.1, n.º 1, abr/jun, 1999. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p. 11.

JUNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. In: **Revista de Direito Privado**. n.º13, jan/mar, 2003. Porto Alegre, Revista dos Tribunais, p. 78-95.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: RT, 1994.

\_\_\_\_\_. Exame de DNA, ou, O Limite entre o Genitor e o Pai. In: **Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova da Filiação, Aspectos Constitucionais, Cíveis e Penais**. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 5, n.º 19, ago/set, 2000. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 133-156.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas Perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O Fenômeno da Paternidade Sócio-afetiva: A Filiação e a Revolução da Genética. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. n.º 24, jul/ago/set, 2004. Porto Alegre: Síntese: IBDEFAM, p. 50-79.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 34ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Ano IV, n.º 16, jan/fev/mar, 2003. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p. 6-11.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos**. 6 ed. rev. atual por Lucia Maria Teixeira Ferreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as Filiações Biológica e Sócio-afetiva. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. n.º 14, jul/ago/set, 2002. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p.128-163.

\_\_\_\_\_. **Investigação de Paternidade Sócio-Afetiva**. Direito de Família: Questões Controvertidas. Porto Alegre: Síntese, 2000.