

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

JULIANA DE ASSIS COUTINHO

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E O DIREITO À SUCESSÃO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988**

**FLORIANÓPOLIS
DEZEMBRO DE 2009**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

JULIANA DE ASSIS COUTINHO

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E O DIREITO À SUCESSÃO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988**

Monografia submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Ildemar Egger
Co-orientador: Dr Jerzy Szeremeta

**FLORIANÓPOLIS
DEZEMBRO DE 2009**

**Para minha Mãe e meu Pai, Leonésia e Ubiratan,
Por lutarem por um mundo melhor para todos,
Ontem, hoje e todos os dias...**

**Para Markus,
Por estarmos juntos pela mesma vontade...
Com Amor...**

RESUMO

Este estudo objetivou analisar a paternidade sócio-afetiva e o suas implicações em alguns ramos do direito, como o Direito à sucessão na paternidade. A Constituição Federal concebeu um novo direito fundamental que, mesmo não estando explícito nas normas preceituadas, enquadra-se na definição por revelar nítida preocupação com a proteção da dignidade humana, tal como ocorreu com a infância e a igualdade entre os cônjuges. Derrogou, ainda que não expressamente, todos os dispositivos do sistema jurídico que fizessem distinções, pondo fim à problemática referente à filiação. Concluiu-se que a norma insculpida no diploma constitucional tem como maior propósito encerrar as discriminações, concedendo uniformemente os direitos advindos da relação paterno-filial.

Palavras-chave: Filiação; Social; Afetiva; Direito

ABSTRACT

This study it objectified to analyze the partner-affective paternity and the Right to the succession in the 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 It repealed, still that not express, all the devices of the system legal that made distinctions, putting problematic end to the referring one to the filiation.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

INTRODUÇÃO	6
1 A FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	8
1.1 Breves Considerações sobre a História da Família	8
1.2 O conceito de Família na Legislação Brasileira	132
1.3 O Código Civil de 1916	13
1.4A Legislação que substitui o Código Civil de 1916	18
1.5 A Constituição Federal de 1988	21
1.6 O Novo Código Civil Brasileiro	27
2 DO ESTADO DE FILIAÇÃO	30
2.1 A Presunção Pater is Est	300
2.2 Posse de estado de filho	366
2.2.1 Elementos constitutivos:	388
2.2.2 Função	39
2.2.3 Prova	411
2.2.4 Instrumentalidade	411
3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	433
3.1 Aspectos Gerais	433
3.2 Posse de Estado de Filiação Afetiva	46
3.3 Espécies de Paternidade Socioafetivas	56
3.3.1 Adoção Judicial	566
3.3.2 Adoção à Brasileira	577
3.3.3 Filho de Criação	59
3.2.4 Por Reconhecimento Voluntário ou Judicial	59
3.4 Irrevogabilidade da Filiação Socioafetiva	60
3.5 Da Relativização da Coisa Julgada	61
3.6 Da Imprescritibilidade do Direito de Contestar	63
3.7 A Busca da Origem Genética	64
3.8 A Verdadeira Identidade Paterno-Filial	65
3.9 Direito à sucessão na sociopaternidade	67
CONCLUSÕES	76
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por objetivo analisar o exercício da paternidade assumida social e afetivamente – e sem vínculo biológico - e o Direito à sucessão decorrente dessa paternidade.

A Constituição de 1988 protege a família contemporânea, sob suas diversas formas: constituídas através do matrimônio ou não, constituída por ambos os genitores e filhos ou de caráter monoparental, originada por laços sanguíneos ou através de adoção.

O aumento da tutela, assim como da esfera de liberdade dos sujeitos, permite a coexistência de famílias no molde patriarcal e novas formas fundadas no desejo de estar junto, cujo elemento seja a própria comunhão de vida. Observa-se a valorização da pessoa em sentido diverso daquele codificado.

Nessa nova visão de família, modelo do Estado Social Democrático de Direito, a filiação também foi protegida com o advento da Constituição de 1988, que estabeleceu igualdade de tratamento entre os filhos provenientes de matrimônio ou não. Estes foram igualados perante a lei, haja vista que a existência de afeto é reconhecida como determinante nas relações pais e filhos. Ao traçar o perfil da família codificada faz-se necessário, então, conhecer o papel nela desempenhado pela filiação, devido à sua importância na sustentação do modelo patriarcal.

Um estudo dirigido à valorização do afeto na entidade familiar e sua repercussão no estabelecimento da filiação, com o reconhecimento jurídico da paternidade constituída por enlaces afetivos e o direito sucessório.

A evolução do conceito de família, dentro do ordenamento jurídico, passando por suas complementações e mudanças até chegarmos a legislação atual. O Código Civil de 1916 retratava uma família que já não existe mais, onde o ter se sobrepunha ao ser, valorizando o patrimônio, hierarquizando os membros da família, conferindo poderes de mando exclusivos ao homem, chefe da casa, discriminando os filhos advindos de uniões fora do casamento. A Constituição Federal de 1988 resultou numa nova visão de família, modelo do Estado Social Democrático de Direito, ampliando a noção de casamento, protegendo a filiação, estabelecendo a igualdade de tratamento entre os filhos provenientes de matrimônio ou não e

consagrando o princípio da afetividade. O Novo Código Civil nos traz mudanças em matéria de filiação e a nova família passa a existir em razão dos membros que a compõe, acabando com a discriminação entre os filhos, o que se chamou de unidade de filiação, e entre os cônjuges.

A presunção *pater is est*, é a pretensão de que o marido da mãe sempre seria o pai do filho tido por ela, mesmo que sobre ele não recaísse a verdade biológica. Somente ao pai era conferida legitimidade para contestar a paternidade, em prazos exíguos e sob os motivos expostos na legislação vigente, como proteção para que fosse mantida a entidade familiar. O exame de DNA trouxe a certeza absoluta da origem genética, enfraquecendo a presunção *pater is est*, sendo substituída pela verdade biológica. Mas, novos questionamentos surgiram em torno da genética, surge a posse de estado de filho, em detrimento da verdade sanguínea, para revelar a paternidade estruturada pelo afeto, desvendando um novo sentido de filiação, comprovando a existência de vínculos capazes de reconhecer uma paternidade formada por sentimentos, por afetividade. Existe uma certa dificuldade de produzir provas acerca da matéria e para sua comprovação deve haver o nome, o trato e a fama. Possui caráter instrumental, não encontrando o fim desejado, mas alcançando reconhecimento da paternidade socioafetiva.

A ocorrência de conflitos acerca da prevalência paternal gera ao julgador o compromisso de velar pelo melhor interesse da criança, levando em consideração que pai não é aquele que gera, mas aquele que contribui positivamente para o sadio desenvolvimento do seu filho. Pai é antes de tudo um querer, pois a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético, razão pela qual a paternidade não pode ser imposta, sob pena de preencher-se um registro e esvaziar-se um lugar de ínfima importância na vida de uma criança.

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

1. A FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1. Breves considerações sobre a história da Família

Coulanges apresenta, em sua obra, os traços pertinentes da religiosidade enquanto elemento que definia esse agrupamento humano que ainda não comportava da definição clássica de família¹: eis a saga da família antiga, cujo elo era estabelecido por vínculo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física. Esse poder se encontrava na religião do lar e no culto aos ancestrais.

Cada núcleo familiar possuía seu culto doméstico, do qual o chefe da família era o responsável. Se ele viesse a morrer, a religião daquela família morreria com ele. Da mesma forma a idéia de continuidade do pai, através da prole, asseguraria a perpetuação da tradição religiosa daquele clã. A passagem a seguir comprova essa afirmação:

Esta religião não podia propagar-se senão pela geração. O pai, ao dar vida ao filho, dava-lhe ao mesmo tempo sua fé, seu culto, o direito de manter o fogo sagrado, de oferecer o banquete fúnebre, de pronunciar fórmulas de orações. A geração estabelecia misterioso vínculo entre a criança que nascia para a vida e todos os deuses da família. (...) A criança, portanto, ao nascer, recebia o direito de adorá-los, e de oferecer-lhes sacrifícios, assim como, mais tarde, quando a morte, por sua vez, o divinizasse, ele devia ser contado entre os deuses da família²

O valor dos descendentes encontrava referencial na religião, posto que eram os filhos (homens) que carregavam a perenidade da centelha da religião familiar, conforme descreve Coulanges. Apesar de a religião doméstica e o culto aos antepassados serem transmitidos exclusivamente de homem para homem, a mulher, enquanto filha, tinha permissão para assistir aos atos religiosos do pai. Todavia, uma vez casada, passaria a adotar os ritos específicos de seu marido e da nova família:

¹ [...]O vocábulo família (derivado do latim *famulus*, que significa “escravo doméstico) é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum; o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consangüíneos. Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consangüíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau [...] RODRIGUES *apud* TAVEIROS, Maria Dulce Amorim, ROCHE, Susana Alcântara. **As Uniões Homoafetivas à Luz da Ciência da Psicologia quanto aos Aspectos Emocionais e Preconceituosos**. FCH/CESMAC: 2007, p.12.

² COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 53

Somente por isso se pode avaliar o caráter essencial da união conjugal entre os antigos. Duas famílias vivem uma ao lado da outra, mas possuem deuses diversos. Em uma delas, a jovem participa, desde a infância, da religião do pai, invoca seu lar, oferece-lhe todos os dias libações, enfeita-o com flores e grinaldas nos dias festivos, pede-lhe proteção, agradece-lhe benefícios. Esse fogo paterno é o seu deus. Se um jovem de outra família a pede em casamento, para ela isso significa muito mais do que passar de uma casa para outra. Trata-se de abandonar o lar paterno, para invocar daí por diante os deuses do esposo. Trata-se de mudar de religião, de praticar outros ritos, de pronunciar outras orações. Trata-se de deixar o deus de sua infância, para colocar-se sob o império de um deus desconhecido. E ela não espera permanecer fiel a um, honrando a outro, porque um dos princípios imutáveis dessa religião é que uma pessoa não pode invocar dois lares, nem duas séries de antepassados. “A partir do casamento, diz um antigo, a mulher não tem nada mais em comum com a religião doméstica dos pais: ela passa a sacrificar aos manes do marido”³

Todavia, a preocupação para com o culto aos mortos e o culto ao fogo estavam diretamente ligados: segundo as tradições espirituais, o culto alcançava o espírito dos mortos, na medida em que a manutenção do fogo sagrado assegurava a imortalidade da alma dos antepassados. Para Coulanges, ficou estabelecida claramente essa antiga relação entre o culto dos mortos e o culto do fogo:

[...] O gramático Sérvio, muito instruído a respeito das antiguidades greco-romanas — em seu tempo estudavam-nas muito mais que nos tempos de Cícero — diz que era costume muito antigo enterrar os mortos nas casas, e acrescenta: “De acordo com este uso é que se honram nas casas os lares e os penates” (...). **Pode-se, pois, pensar que o fogo doméstico, na origem, nada mais foi que o símbolo do culto dos mortos; que sob a pedra da lareira repousava um antepassado; que o fogo ali se acendia para honrá-lo; e que esse fogo parecia mantê-lo vivo, ou representava sua alma imortal** [...] ⁴ (grifo)

Desse modo, entendiam essas primeiras civilizações que a felicidade do morto não dependia de seu comportamento enquanto vivo, mas da conduta dos filhos em relação a ele, depois de sua morte, cultuando sua memória, assegurando-lhe a tão sonhada imortalidade:

Daí derivou a regra, de deverem todas as famílias perpetuar-se para todo sempre. Os mortos precisariam que a sua descendência nunca se extinguísse. No túmulo, onde continuavam a vida, os mortos não tinham outra razão de inquietação que não o receio de vir a romper-se a sua cadeia de descendência. (...) Do mesmo modo, o hindu acreditava na admoestação que os mortos lhe repetiam: ‘Oxalá nasçam sempre filhos em nossa linhagem, para que nos tragam o arroz, o leite e o mel’; o hindu dizia ainda: ‘A interrupção da linhagem causa a ruína da religião dessa família; os antepassados, quando privados das oferendas, precipitam-se no abismo onde moram os desgraçados’. Na Itália, como na Grécia, durante muito tempo também se pensou assim⁵.

³ COULANGES, Op. Cit., p. 60.

⁴ COULANGES Op. Cit., p.60

⁵ COULANGES Op. Cit., p. 65.

É claro perceber então a importância de ter filhos, dentro do contexto cultural antigo e uma nítida diferenciação de valor acerca do gênero, uma vez que cabia somente aos filhos do sexo masculino a continuidade dos rituais relativos ao fogo sagrado, cuja relevância foi anteriormente detalhada.

Dentre outros entendimentos, pode-se concluir que a prioridade da família ancestral era a sua perpetuação. Segundo Coulanges “Os mortos tinham necessidade de que sua descendência não se extinguisse. No túmulo, onde viviam, não tinham outra preocupação. Seu único pensamento, como seu único interesse, era ter sempre um varão de seu sangue para levar-lhe ofertas ao túmulo”⁶.

Porém, se até então o homem era o gestor central do núcleo família e senhor de seu lar, esse conceito de família tomou nova configuração a partir da construção filosófica do Cristianismo. Diferentemente do que havia apresentado Coulanges, agora não mais eram de uma mesma família aqueles que seguiam um mesmo culto religioso e viviam sob um mesmo teto, mas sim aqueles que adinham do casamento. A religião cristã sedimentou somente esse elemento de união como forma legítima de estrutura familiar, condenando as uniões livre de qualquer natureza⁷.

No direito romano clássico a "família natural" cresce de importância - esta família é baseada no casamento e no vínculo de sangue. A família natural é o agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos. A família natural tem por base o casamento e as relações jurídicas dele resultantes, entre os cônjuges, e pais e filhos.⁸ Se nesta época predominava uma estrutura familiar patriarcal em que um vasto leque de pessoas se encontrava sob a autoridade do mesmo chefe, nos tempos medievais, as pessoas começaram a estar ligadas por vínculos matrimoniais, formando novas famílias⁹.

Com a Revolução Francesa, têm-se os casamentos laicos no Ocidente e, com esse mesmo advento histórico, tornaram-se frequentes os movimentos

⁶ COULANGES Op. Cit., p.69.

⁷ MURICY, Ananda Pinto. **Maus Tratos perpetrados contra a criança e o adolescente como causa determinante da perda do poder família**. Monografia. UFSC. 2004, p. 14.

⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. II vol. n. 282, p.75.

⁹ ALVES, Op. Cit, p.76.

migratórios para cidades maiores, construídas em redor dos complexos industriais.¹⁰ Tais mudanças estreitaram os laços familiares e as pequenas famílias, num cenário similar ao que existe hoje em dia. Nesse viés, nota-se que “a ambigüidade motivada pela transição entre o período anterior às revoluções, representada pelas referências à família alargada, com a tendência reducionista que começava a instalar-se refletida pelos vínculos de aliança matrimonial”¹¹.

Assim, a passagem do tempo (através dos marcos históricos, em especial a revolução industrial), acabou por propiciar a transformação da sociedade humana, que igualmente mudou esse conceito de família, bem como a importância de seus membros – ainda que alguns aspectos, mas não todos¹².

O conceito direito de família¹³ mudou no decorrer dos tempos, apesar de haver um entendimento de que seria aquele que regula as relações existentes entre os seus diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e bens¹⁴.

No que compete a realidade brasileira, enquanto perdurou a vigência do Código Civil de 1916, atravessando o lapso temporal até o “nascimento” da Constituição Federal de 1988, é possível dizer que a “ter filhos” era uma das obrigações do casamento¹⁵.

O matrimônio era a única forma lícita de constituição de família. A família válida era legitimada somente através do casamento e aos cônjuges impunha-se

¹⁰ SANTOS, Cibele Espíndola. **Direito de Família e o Benefício Previdenciário da Morte por Pensão**. Disp. <http://www.professorajuliana.adv.br/web/materialdeapoio/artigosjuridicos/cibeli.pdf> acesso em 27jun2009.

¹¹ SANTOS, idem.

¹² [...] Foi com a Revolução Industrial que a atual estrutura de família começou a se esboçar. Em meados do século XIX, com o trabalho das mulheres nas fábricas, com a concentração das pessoas nos centros urbanos, apartando os membros das famílias, a idéia de família se tornou mais estrita.[...] *in* MURICY, Op. Cit., p.14.

¹³ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 13a ed. São Paulo: Saraiva 2002. p. 03

¹⁴ Cf. “[...] A família contemporânea tomou um sentido diferente daquela que existiu em séculos anteriores. Os membros da família passaram a exercer suas funções laborais fora do ambiente doméstico; primeiro o homem, a mulher e depois os filhos. Ou seja, aquela família voltada para a produção essencialmente de bens de subsistência, praticamente desapareceu. Claro que, desde a evolução industrial, acentuou-se a migração do campo para a cidade com a finalidade de obtenção de empregos. Essa tendência apenas foi crescendo cada vez mais, tornando-se hoje, quase que predominante, em razão do crescimento progressivo das populações urbanas [...] SILVA, Célio Egídio, **História e Desenvolvimento do Conceito de Família**. Dissertação. PUC-SP, 2005, p. 14.

¹⁵ DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. **Procriação assistida e direito à saúde: análise do planejamento familiar à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da primazia do direito da criança**. Dissertação. PUC-PR. 2007, p.12

uma posição passiva em relação às funções matrimoniais, identificadas com as funções da própria família¹⁶.

Naquele contexto (carregado de tintas religiosas), aos cônjuges repousava a obrigação de procriar, do qual se deriva o dever de manter relações sexuais¹⁷. Em outras palavras, sempre houve um fator motivador para a reprodução humana, fator esse que se modificou ao longo dos tempos, seja por questões históricas, religiosas, culturais, de saúde, econômicas, jurídicas, etc:

A religião reforçou esses conceitos, pois a ela interessava para o domínio social. Assim, a religião insinuou uma crença de que a reprodução humana era uma manifestação exclusiva de Deus, e ao homem sequer era permitido discuti-la ou contestá-la. Se esse ser mortal ousasse interferir em tais dogmas, estaria agredindo o próprio Deus.¹⁸

Pode-se dizer, atualmente, que a família brasileira é predominantemente urbana, é menor, nuclear e muito menos hierarquizada.¹⁹ E, principalmente, o fato de ser menor indica uma redução de sua função meramente procriadora se comparada com a família que serviu de modelo para o Código Civil de 1916.²⁰

1.2. O conceito de Família na Legislação brasileira

A evolução da entidade familiar ocorre, no ordenamento jurídico brasileiro, na codificação de 1916, na legislação que substituiu o Código Civil de 1916, na Constituição Federal de 1988 e no Novo Código Civil Brasileiro. O acompanhamento legislativo ante as transformações sociais ocorridas nesta época, “não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia”.²¹

¹⁶ DENZ, Op Cit., p.14

¹⁷ SÁ, Maria de Fátima de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 27.

¹⁸ OLIVEIRA, Fátima *apud* QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 275.

¹⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 105.

²⁰ MEIRELLES, Op Cit. p. 105.

²¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 p. 35.

Hoje, verifica-se a prioridade ao afeto. Tanto as relações maritais quanto a filiais sofreram mutações²² na sociedade e em consequência, na legislação pátria, como indica Luiz Edson Fachin:

(...) as regras que passaram a vigorar após o Código Civil traduzem uma tentativa continuada de alterar a concepção codificada e também as consequências dela decorrentes. A busca da eliminação da desigualdade entre a família legítima e a natural é o traço dominante desse esforço legislativo (...).²³

A Constituição Federal de 1988, como exemplo, atribuiu igualdade aos cônjuges e aos filhos, advindos ou não do casamento. Dessa forma, será analisada a evolução legislativa sobre o tema, o que se passa a expor.

1.3. O Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916, como continuidade de um movimento inaugurado tempos antes, ainda no Império, definiu a família em função da proteção da moral, preservando sua constituição através do matrimônio, conforme realça Luiz Edson Fachin, conforme o artigo 229:

A família, assim, era uma comunidade de sangue calcada no casamento. Estatuindo que o casamento cria a família legítima (art. 229)²⁴, o Código definiu-se por um conceito matrimonializado de família, dando ao casamento também a função de fonte da legitimidade dos filhos.²⁵

A referida codificação de 1916 definia família, como aquela formada por laços de sangue, conforme aponta Pontes de Miranda: sob o viés biológico, família é o grupo de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, i.e., os elos que os unem são os elos sanguíneos. Em sentido estrito, a família representa o grupo formado por pais e filhos.²⁶

²²De acordo com Segismundo Gontijo [...] Neste século, a até então vagarosa mutação do modelo tornou-se vertiginosa e múltipla, contínua e até chocante em algumas das suas metamorfoses localizadas em minorias sociais, tal como entre os homossexuais. Mas, desde pouco antes, com a Revolução Industrial deflagrada e conquistando o mundo nas últimas décadas do século passado, uma personagem até então secundária, quase passiva, da História da Humanidade, a mulher descobriu a própria força e deu início à mais radical inovação estrutural da família ao assumir sua independência pessoal e social. [...] GONTIJO, Segismundo. *A família em mutação*. Palestra apresentada na 5ª Semana de Altos Estudos Jurídicos – Manaus. 1995.

²³FACHIN, Luiz Edson, *Estabelecimento da Filiação e da Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992, p. 57.

²⁴BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 229, CCB/1916 - Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.

²⁵FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 46.

²⁶MIRANDA. BOEIRA, *Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho: Paternidade sócioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19.

Observa-se, dessa forma, que a única maneira de se formar uma família legítima, era através do casamento. Com a solenidade, à mulher, inferiormente hierarquizada, recaía a obrigação de obediência às ordens do varão, que, nesse momento, recebia o título de chefe da sociedade conjugal, devendo, por sua vez, zelar, representar, administrar e manter a família, como afirma o artigo 233.²⁷

Conforme Florisa Verucci,

O Código de Napoleão atribuía à mulher o dever de obediência ao marido, como prerrogativa de ordem pública; nosso Código, de 1916, se colocou mais adiante, transformando o poder transpessoal do marido em autoridade, já mais próxima à idéia de função, porém introduzindo a regra humilhante de seu art. 6º, que colocava a mulher casada ao lado dos relativamente incapazes, ou seja, dos índios, dos pródigos e dos menores entre 18 e 21 anos. Essa incapacidade era minorada quanto a determinados atos, pois tanto a mulher quanto o marido precisavam da anuência um do outro para legitimar a prática destes atos, como por exemplo, para a alienação de bens.²⁸

As uniões não legitimadas pelo matrimônio eram, por sua vez, discriminadas, bem como os filhos delas advindos. De acordo com Rolf Hanssen Madaleno:

Era época de valor exclusivo da família formada a partir do casamento e filhos gerados das justas núpcias gozavam da presunção absoluta da sua paternidade marital. Além deste privilégio legal, a prole concebida na constância do casamento ainda adquiria diferenciada estratificação social, ao ser qualificada como filiação legítima, contrastando num degrau nitidamente degenerativo com a chamada filiação ilegítima, ou simplesmente biológica. (...) Era tempo de entender que o preconceito deitava sobre os filhos e não sobre os pais; (...) invariavelmente, a sociedade valorizava o brocado de que pai era quem demonstrava o casamento, fonte de natural aceitação da procriação. Por obra do matrimônio, os filhos do casamento legítimo eram registrados por qualquer um dos seus ascendentes, bastando comprovar o matrimônio para a incidência instantânea da presunção absoluta da filiação ser fruto do casamento.²⁹

²⁷ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 233 CCB/1916: O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (art. 247 e 251). Compete-lhe:

I – A representação legal da família.

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, n. I, “c”, 274, 289, n. I. e 311).

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.

IV – Promover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277

²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 75.

²⁹ MADALENO, Rolf Hanssen. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 155.

Evidente se torna a proteção do Estado à família formada pelo matrimônio, na qual o filho é apenas aquele gerado pelo pai e pela mãe unidos pelo matrimônio. O interesse na manutenção da entidade familiar se reforça no sentido de que ocorrendo gravidez, a presunção da paternidade marital é absoluta. Tal presunção implicava uma presunção de legitimidade³⁰ dos filhos.

De acordo com a previsão do artigo 338 do antigo Código Civil, são filhos legítimos os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; bem como os nascidos dentro nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite, ou anulação.

Caracterizada por seu caráter transpessoal, a família estava acima de qualquer interesse individual. O privilégio despendido aos filhos advindo das justas núpcias, bem como o monopólio marital na contestação da legitimidade dos filhos objetivava nas palavras de Edson Luiz Fachin³¹, maior estabilidade e garantia da organização da família, e ainda:

Ao centrar as preocupações na instituição familiar e nos princípios que visam protegê-la, o legislador deferiu amparo privilegiado da “honra e da paz familiar”, cuidando primordialmente dos interesses da instituição acima do interesse das pessoas que a compõe, particularmente os filhos.³²

No que tange a contestação de paternidade, nota-se mais uma vez a proteção dispensada à entidade, eis que somente o marido tinha legitimidade para ajuizar a ação³³ recaindo-lhe, para tanto, a incumbência de provar a não coabitação no período de concepção ou que alguma impossibilidade de ordem física impedia a concepção embora tendo ocorrido a coabitação ou a ocorrência de separação conjugal nessa época³⁴, sob pena de ver, acima de qualquer dúvida, a declaração do vínculo.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 48.

³¹ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 46.

³² Idem, p. 46.

³³ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 344 CCB/1916: Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, §3º).

³⁴ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 340 CCB/1916: A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (art. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se:

I – Que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho.

II – Que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

No entanto, de nada adiantará a prova da separação se houve, nesse período, a convivência sob o mesmo teto conjugal.³⁵ Ainda, observa-se que nem o adultério da mulher³⁶ e nem sua confissão seriam motivos suficientes para afastar a presunção legal de legitimidade da prole.³⁷

Quanto à referida ação, a relata Fachin:

Criando a lei, para a contestação, um sistema de causas determinadas, somado àquela legitimidade exclusiva do marido, torna-se notadamente forte a presunção *pater is est*, cujo afastamento é dificultado, o que desvela clara intenção em prol de resguardo precípua da “paz e honra” da família calcada no casamento. O sistema apresenta seus contornos fundamentais ao adotar o modelo da desigualdade entre filiação legítima e ilegítima, com explícito caráter protetivo da instituição matrimonial e, por isso, do marido.³⁸

Importante ressaltar ainda, que não tendo sido proposta a contestação até a morte do marido, aos herdeiros nada mais compete, presumindo-se que nesse caso tenha aceitado o filho como seu.³⁹

A dificuldade maior no estabelecimento da paternidade legítima, para Orlando Gomes, residia na prova de que é fruto das relações sexuais do marido com a mulher, se a lei não determinasse, por *presunção*, que *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Reforça, ainda, que a presunção de legitimidade consolida-se quando o termo de nascimento se reitera pela posse de estado, através da qual a identidade do filho se torna inequívoca.⁴⁰

Já no que se refere à filiação ilegítima, aponta José Bernardo Ramos Boeira:

Todo o sistema originário do Código Civil tem como base a família como grupo social de sangue com origem no casamento. Portanto, juridicamente, pelo sistema codificado, a família legítima somente se constituía através de matrimônio válido, o que implicava afastar de qualquer proteção legal os filhos de uniões não matrimonializadas, tidos por ilegítimos, em razão de não se enquadrarem dentro do modelo desenhado pelo sistema.⁴¹

³⁵ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 341 CCB/1916: Não valerá o motivo do artigo antecedente, n. II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal.

³⁶ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 343 CCB/1916: Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole.

³⁷ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 346 CCB/1916: Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

³⁸ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 53.

³⁹ Idem, p. 52.

⁴⁰ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 325.

⁴¹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho: Paternidade sócioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 20.

Sendo, portanto, o casamento o único meio para o reconhecimento legal da família, somente os filhos advindos desse tipo de união tinham direito ao reconhecimento registral. Aqueles tidos por ilegítimos⁴², por sua vez, não tinham direito de ter um pai para chefiar sua vida (eis que se trata de sociedade de cunho patriarcal), ficando, dessa forma, em pleno desamparo.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin:

O sistema do Código, ainda que quisesse buscar através da regra *pater is est* a coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica, na ocorrência de dúvida entre a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica a primeira em detrimento da segunda. Dá, assim, preferência a um critério “nupcialista da paternidade” (segundo o qual é reconhecido como pai aquele que contraiu núpcias com a mãe) e não um critério “biologista da paternidade”, que atende à verdadeira filiação do ponto de vista biológico.⁴³

A Constituição Federal de 1988, como grande avanço no direito de família, promoveu amparo legal aos filhos ilegítimos, desfazendo suas diferenças para com aqueles frutos de uniões matrimonializadas. Retratou, sem dúvidas, uma evolução decorrente de grandes transformações sociais. Por essa tão relevante razão, abordarei breve estudo acerca da família na referida Constituição Federal de 1988.

1.4. A Legislação que substitui o Código Civil de 1916

As mudanças sociais contribuíram para a modificação do módulo familiar, o Código Civil de 1916 se tornou ultrapassado, sendo necessárias alterações legislativas acerca da evolução do tratamento dos filhos ilegítimos. Os marcos legislativos consubstanciam-se no Código Civil de 1916, no artigo 358⁴⁴, que diz “Os filhos incestuosos e adulterinos não podem ser reconhecidos” em legislações esparsas.

O Decreto-Lei n. 3.200/41 proibia a declaração da qualificação do filho nas certidões de registro civil, exceto quando o próprio interessado requeresse ou por decisão judicial, conforme dispõe no artigo 14. O Decreto-Lei n. 4.737/42, que vigorou até 1949, permitia que qualquer dos cônjuges, dissolvida a sociedade conjugal, reconhecesse os filhos adulterinos, e, ao filho, a ação para que se declare

⁴² De acordo com Maria Berenice Dias, “a negativa de reconhecer os filhos havidos fora do casamento possuía nítida finalidade sancionatória, visando a impedir a procriação fora dos sagrados laços do matrimônio”. DIAS, Maria Berenice. *Conversando Sobre o Direito das Famílias*. Obra citada, p. 14.

⁴³ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 33.

⁴⁴ Art.358, CCB/16, já revogado pela Lei 7.841/89.

a filiação⁴⁵. Assim, a referida lei concedeu o direito aos filhos de impetrar ação de investigação de paternidade, após a dissolução do casamento de seu progenitor, para fosse declarada a sua filiação.

A Lei n. 883/49, que substituiu o artigo 10 do Decreto-Lei n. 4.737/42 e suavizou a aplicação do artigo 358 do Código Civil, que impedia o reconhecimento dos filhos adúlteros e incestuosos, permitindo o reconhecimento e a investigação de paternidade dos filhos adúlteros visando o reconhecimento da filiação, somente após a dissolução da sociedade conjugal, mas mantinha a presunção *pater is est*⁴⁶. Tal hipótese foi ampliada com o advento da Lei n. 6.515/77, que através do artigo 51 acrescentou o parágrafo único ao artigo 1º da Lei n. 883/49, permitindo que o filho que existisse fora da relação conjugal fosse reconhecido por testamento cerrado, nesta parte irrevogável, ainda que na constância do casamento, possibilitando a dissolução do vínculo matrimonial e igualando os filhos relativamente ao direito sucessório, independentemente da natureza da filiação⁴⁷. A alteração da Lei 883/49, com o advento da Lei 7.250/84, que foi acrescida no artigo 1º o § 2º, ampliando as hipóteses de reconhecimento do filho fora do casamento mediante sentença transitado em julgado, podendo pai ou filho pleitear o reconhecimento da paternidade ou filiação, quando houvesse separação de fato há mais de 5 anos contínuos, contribuindo para atenuar a presunção *pater is est*. (artigo 1º, §2º, Lei 883/49)⁴⁸. A Lei n. 7.250/84 foi uma evolução do princípio da igualdade da filiação. Mais tarde, a Lei n. 3133/1957, permitia que filhos fossem adotados por casais que já tivessem filhos reconhecidos⁴⁹, em oposição ao artigo 377 do Código Civil de 1916⁵⁰ que tornava ineficaz a adoção feita após à concepção pelo adotante de outro filho.

Até 1977, o filho adúltero tinha reconhecido o direito à metade da herança que coubesse ao filho legítimo ou legitimado, a “título de amparo social”, mas os

⁴⁵ No presente trabalho foi feita menção ao texto literal da lei, haja vista que alguns autores/doutrinadores referem-se aos filhos adúlteros, apenas como ilegítimos. Ocorre que ilegítimo é o gênero do qual são espécies os adúlteros e os incestuosos. Portanto, quando houver citação de ilegítimos, inclui-se aqueles dois tipos.

⁴⁶ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioafetividade. In: ARONNE, Ricardo [org.]. *Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v.2.p.81.

⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica**. 2.ed.rev.atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.159-160.

⁴⁸ CARDOSO, Simone Tassinari. *Op.cit.*, p.81.

⁴⁹ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. 14º ed. São Paulo : Saraiva, 2000, p.22.

⁵⁰ Art. 377, CCB/16 – Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

filhos incestuosos continuavam renegados, sendo vedado seu reconhecimento.⁵¹ O artigo 51, da Lei do Divórcio 6.515/77, permitiu o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio ainda no decorrer do casamento, mas que constasse em testamento cerrado, assegurando aos filhos o direito à herança em igualdade de condições, afastando o tratamento diferenciado. Os valores abrigados pela codificação são rompidos, uma vez que a Lei do Divórcio permite a dissolução do casamento e declara que terminam os deveres de coabitação e fidelidade recíproca, com a separação⁵².

O artigo 1º da Lei n.º 7.841/89, revogou expressamente o artigo 358 do Código Civil, que vedava o reconhecimento dos filhos espúrios⁵³, um ano antes já concedido pela Constituição Federal de 88.

A Constituição Federal 88 não recepcionou o artigo 4º da Lei n. 883/49, que concedia o direito aos filhos adulterinos, durante a sociedade conjugal do pai casado, de limitar-se à pretensão alimentícia. Também é inconstitucional com a isonomia constitucional, o artigo 3º da mesma Lei, dispondo fosse conferido aos filhos adulterinos o quinhão hereditário repartido com o cônjuge⁵⁴. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi instituído pela Lei 8069/1990, confirmando o disposto constitucional ao permitir o reconhecimento pelos pais, seja qual fosse a origem da filiação (artigo 26⁵⁵) e permitindo ao filho a contestação da paternidade (artigo 27⁵⁶). O Código Civil, no seu artigo 363⁵⁷, estabelecia restrições à investigação de paternidade, em desordem ao artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente,

⁵¹ BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. In: BARRETO, Vicente. [coord.]. **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.95-100.

⁵² PEREIRA, **Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos**. 6.ed.rev.atual por Lucia Maria Teixeira Ferreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.49.

⁵³ idem, p.50.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Jurídica da Filiação na perspectiva Civil-Constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. *Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.p.566-7.

⁵⁵ Art.26, ECA – Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura pública ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único – O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

⁵⁶ Art.27, ECA – O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

⁵⁷ Art.363, CCB/16 – Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art.183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai; II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

que veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, baseado em princípios constitucionais, perdendo a validade as restrições à busca da verdade biológica, que antes justificavam-se em benefício da estabilidade institucional da família.

O advento da Lei n. 8.560/92 tratou da investigação de paternidade dos filhos tidos fora do casamento, também dos filhos advindos de união estável, tornando irrevogável o reconhecimento, sem qualquer barreira, podendo ser reconhecidos por um ou por ambos os pais, em conjunto ou separadamente, garantindo 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, a ação de vindicação de filiação poderá ser cumulada com a ação destinada a desconstituir o reconhecimento presumido ou voluntário⁵⁸.

A Lei n. 9.278/96 ao dispor no artigo 1º: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”, foi instituída para regular o § 3º do artigo. 226 da Constituição Federal de 88⁵⁹, estabelecendo o requisito temporal para a configuração da união estável⁶⁰ e direitos e deveres iguais aos conviventes, resultando numa alteração na estrutura do Código Civil e revogando conceitos do direito de família, expressa ou implicitamente, se tornando incompletos e em desuso.

Somente a família constituída pelo casamento se enquadrava nos textos da Constituição Federal de 1988, em uniformidade com a codificação de 1916, após os textos constitucionais revelavam princípios que passaram a determinar os critérios de interpretação da legislação esparsa, consagrando o tratamento isonômico dos filhos e extraíndo com dificuldade as formas de discriminação, referentes aos direitos e qualificações, em respeito à dignidade dos filhos.

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson, 1995. *Op.cit.*, p.12.

⁵⁹ BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Art.226§3º, CF/88 – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.*, p.51.

1.5. A Constituição Federal de 1988

Novas essências familiares formadas no decorrer dos posteriores à promulgação do Código Civil de 1916, manifestadas paulatinamente em leis esparsas, foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 que, superando o antigo caráter individualista, imprimiu importância ímpar à dignidade da pessoa humana⁶¹, o que resultou o reconhecimento de uniões até então discriminadas, como bem traduz Gustavo Tepedino:

A Constituição de 1988 altera o objeto da tutela jurídica e deixa de enaltecer, como sempre fizera em nome da paz doméstica, apenas a família conjugal e passa a dar proteção a qualquer das entidades familiares constitucionalmente credenciadas, independentemente da formalidade ou informalidade de sua origem e até quando constituída por apenas um dos pais, devendo qualquer comunidade familiar ser preservada apenas como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.⁶²

Com o reconhecimento de novas formas familiares no ordenamento jurídico, o casamento perde o exclusivo papel de legitimador do núcleo familiar. “Além da união estável, foi reconhecida a família monoparental (quando a pessoa considerada, homem ou mulher, encontra-se sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças)”.⁶³

A pluralidade de famílias em igualdade de condições recebeu a mesma proteção do Estado, mas a doutrina se refere à existência de relevo no que diz respeito à família matrimonial pois ao contrário não haveria mais sentido para permanência do instituto do casamento, tampouco para referência feita no artigo 226, §3º da Constituição Federal, quanto à conversão da união estável em casamento.⁶⁴

⁶¹ Conforme ensinamentos de Giselda Maria F. Novaes Hironaka, “ A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente de sua espécie”. *Apud*, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as relações parentais: O Estabelecimento da Paternidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.464.

⁶² TEPEDINO, Gustavo. *Apud*, MADALENO, Rolf Hanssen. Obra citada, p. 17.

⁶³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 22.

⁶⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as relações parentais: O Estabelecimento da Paternidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 394/396.

Quanto à filiação, a Constituição Federal deu fim a um período de exclusão e de tratamento diferenciado aos filhos, independentemente de sua origem. Constitui o último patamar da longa e tormentosa evolução legislativa, pondo fim ao tratamento diferenciado conferido pelo legislador civil aos filhos.⁶⁵ Dissertando sobre a inovação da Constituição Federal de 1988, Rolf Madaleno:

Nesta nova ordem de valores, a rígida isonomia dos filhos alinhou direitos materiais e sucessórios e proibiu a Constituição Federal qualquer discriminação nos vínculos parentais de filiação, quer ela advinha do casamento, de união estável ou de núcleo monoparental. Pelo novo suporte constitucional, há garantia e prioridade à dignidade da pessoa do filho, como exige a vida social moderna que se ocupa de sepultar qualquer resquício de uma tola e odiosa discriminação da prole, como se o valor dos filhos pudesse ser medido pela pureza dos vínculos dos pais, e acentuado desprestígio a excelência exclusiva, que advém dos caracteres meramente genéticos.⁶⁶

A dimensão que a questão da filiação toma é justamente a de colocar a pessoa no centro da discussão jurídica, com o intuito de concretizar o fim último da Constituição de 1988, que é a preocupação com a dignidade humana.⁶⁷ Negar a existência de prole ilegítima, como fazia o Código Civil de 1916, em sua versão original, simplesmente beneficiava o genitor, ainda que tenha sido o responsável pela infidelidade, prejudicando o filho.⁶⁸

De suma importância observar que as Constituições anteriores à de 1988 pouco previam acerca do direito de família, perfazendo apenas referências isoladas, como apontou Luiz Edson Fachin, e ainda:

Nesse patamar constitucional, encontra-se algum relevo à preocupação dirigida aos filhos naturais, atribuído pela Constituição de 1934 (art. 147), ao prever que o reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e que a herança, que lhes caiba, ficará sujeita a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

Esse nível de preocupação foi ampliado pela Constituição de 1937 (art. 126) no tocante aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, e assegurando àqueles os direitos e deveres que em relação aos ilegítimos incumbem aos pais.

No curso das demais Constituições, em que pesem constarem normas acerca do casamento e ligeira à família, há em essência silêncio após 1937 até 1988, no entanto, a seu turno é ímpar na extensão e no conteúdo do tratamento conferido à matéria.

O sistema do Código Civil se manteve, enquanto organização sistemática de regras, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, quando aí sim

⁶⁵ TEPEDINO. *Apud*, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada, p. 419.

⁶⁶ MADALENO, Rolf Hanssen. Obra citada, p. 26.

⁶⁷ MOOR, Fernanda Stracke. *A filiação adotiva dos menores e o novo modelo de família na Constituição Federal de 1988*. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 83, p. 137.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Família, Ética e Afeto. In: *Conversando sobre o direito das famílias*. DIAS, Maria Berenice. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 14/15.

opera-se um rompimento com o antigo conjunto de princípios ancorados no Código.⁶⁹

Por certo, no entanto, é que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, algumas leis tentavam substituir os princípios superados do Código Civil, como bem tratou Luiz Edson Fachin, apontando:

Decreto-lei nº 3.200 de 1941 determinava não fazer menção, nas certidões de registro civil, acerca da filiação ilegítima, salvo a requerimento do interessado ou em virtude de decisão judicial (art. 14).

Decreto-lei nº 4737 de 1942 tratava do reconhecimento dos filhos ilegítimos. Vigorou até 1949. O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio podia, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação.

Lei 883 de 1949 revogou o art. 10 do Decreto-lei nº 4.733/42 e abrandou o art.358 do CCB/1916. No seu art. 1º permitia a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação.

Lei 6515 de 1977 (art. 51) introduziu o parágrafo único ao art. 1º da lei 833/49, permitindo o reconhecimento do filho ainda na constância do casamento, desde que em testamento cerrado.

Lei 7250 de 1984 introduziu outro parágrafo no art. 1º da Lei 833/49, que facultou o reconhecimento do filho adulterino, uma vez que o pai adulterino estivesse separado de fato de seu cônjuge por um período superior a cinco anos. Lei 7.841 de 1989 revogou o art. 358 do Código Civil, afastando a proibição do reconhecimento de filhos espúrios. Mesmo antes dessa lei, a Constituição Federal de 1988 já havia conferido aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, os mesmos direitos e qualificações.⁷⁰

Porém, essas leis apenas suavizaram os rigores do Código Civil, posto que não derogaram os princípios prevaletentes em termos de legitimidade.⁷¹

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, revogou inúmeros artigos no Código Civil, que até então, como disse Rolf Madaleno⁷², permanecia intocado. Ao tratar das matérias referentes à família, conseguiu, de maneira aprofundada, embora ainda não satisfativa, atender às necessidades de uma sociedade completamente diferente daquela retratada na antiga codificação.

O Código Civil de 1916 espelhava a família do século XIX, baseada no patriarcalismo, o que hoje não é aceito pela sociedade em geral. Essa mudança de valores clamou pela criação de novas regras, atualizadas de acordo com as exigências contemporâneas, de uma sociedade familiar calcada em laços afetivos, como aponta Rolf Madaleno:

⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 58.

⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 59/61.

⁷¹ Idem, p. 64.

⁷² MADALENO, Rolf Hanssen. Obra citada, p. 20.

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 do tratamento dos filhos, além da antiga conveniência de marginalizar o concubinato, numa outra amostra de prevalência dos valores materiais sobre a importância da pessoa.⁷³

Em termos estatísticos:

De acordo com a pesquisa feita por Francisco Amaral só os princípios de igualdade dos cônjuges e de igualdade dos filhos abraçados pela Constituição de 1988 foram responsáveis pela derrogação por inconstitucionalidade de cerca de setenta e cinco por cento (75%) das normas de Direito de Família, impondo a reconstrução do Código Civil que se encontra completamente defasado, a partir dos princípios constitucionais vigentes.⁷⁴

Exemplo disso é a previsão quanto à filiação. A Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º⁷⁵ condena qualquer tipo de discriminação entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção. A matéria, por sua vez, com a promulgação da Lei nº 8.069/90, passou a ser regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no art. 26.⁷⁶

A respeito, comentários de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Neve:

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

⁷³ MADALENO, Rolf Hanssen. Obra citada, p. 21/22.

⁷⁴ AMARAL, *apud* MADALENO, Rolf Hanssen. *Idem*, p. 22.

⁷⁵ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 227 CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

⁷⁶ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 26 ECA: Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público qualquer que seja a origem da filiação.

podem resultar filhos, bem como em face da existência ou não de parentesco sanguíneo decorrente da filiação.⁷⁷

Outro ponto de crucial importância se revela nos arts. 5º, I⁷⁸ e 226, §5º⁷⁹ da Constituição Federal, que prevê igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, dando-se fim à figura do *pater-familias*, extraída do modelo romano de família.

Igualmente, o desaparecimento da hierarquia familiar que inferiorizava a mulher e a prole. O poder marital desapareceu e a autocracia do chefe da família, por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo pelo marido e pela mulher.⁸⁰

No entanto, a imposição da igualdade entre os cônjuges não é tão simples. Esbarra-se em algumas contradições, como alerta Rodrigo da Cunha Pereira⁸¹: idade mínima para casamento entre homens e mulheres é diferenciada (art. 183, XII, do CCB) e a idade de 50 anos para mulheres e 60 para homens, que só podem casar pelo regime da separação de bens (art. 258, II, CCB).

O casamento deixou de ser um meio de proteção ao patrimônio passando a ser um meio de realização pessoal. A razão primeira para o matrimônio recai na vontade e no afeto existente entre os cônjuges, na busca pela felicidade. Assim, Orlando Gomes:

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.⁸²

Sendo assim, os cônjuges não têm mais qualquer motivo de permanecerem casados se a razão primeira da sua união não mais existe. A indissolubilidade do

⁷⁷ JUNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*: atualizado até 15 de junho de 2005. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Da 2ª ed. Do Código Civil Anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁷⁸ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 5º CF/88: Todos são iguais perante a lei (...) I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

⁷⁹ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 226 CF/88: A família, base da sociedade, tem proteção especial do Estado.

§5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁸⁰ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 24 e 25.

⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 1997. Obra citada, p. 80.

⁸² GOMES, Orlando, Obra citada, p. 23.

vínculo matrimonial pertence à família patriarcal, onde havia tão-somente o desquite que jamais punha fim no vínculo então existente. O divórcio traz a possibilidade de um novo casamento, atingindo a entidade de forma definitiva.

Para Luiz Edson Fachin, “a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado”.⁸³ Corroborando com este entendimento, Maria Cláudia Crespo Brauner:

Se o sentimento constitui a base de sobrevivência das relações familiares, a sua extinção justifica a separação judicial e o divórcio. A Constituição de 1988 simplificou o acesso ao divórcio, diminuindo os prazos para sua concessão. Portanto, o divórcio não representa mais o fim trágico de um casamento. A busca de realizações no campo afetivo e relacional faz com que seja menos dramático divorciar do que manter uma relação de simples aparência.⁸⁴

Por outro lado, percebe-se, ainda que de maneira mais sutil, a continuidade da proteção ao casamento. Assim resta demonstrado no art. 226, §3º da CF/88⁸⁵, (que reconhece juridicamente a união estável⁸⁶, mas determina que a lei deve facilitar sua conversão em casamento) que a forma ideal de regulamentação da família permanece sendo o casamento. Da mesma forma, A exigência de prazos para concessão do divórcio.

A ruptura do casamento pela perda da *affectio maritalis* (afeição entre os cônjuges) tanto na separação quanto no divórcio está previsto na Constituição (art. 226, §6º)⁸⁷. Como na Lei do Divórcio (Lei nº 6515/77, arts. 4º, 5º, §1º e 4º⁸⁸), onde o

⁸³ FACHIN, Luiz Edson. Elementos Críticos do Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 169.

⁸⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo Brauner. O Pluralismo no Direito de Família Brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Holf Hanssen (coord.), Obra citada, p. 264.

⁸⁵ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 226 CF/88: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

⁸⁶ A união estável passou a receber *status* de família no Direito brasileiro em 1988, mas esse fato foi antecedido por uma vasta construção jurisprudencial que teve o efeito de preparar e fixar as bases para o reconhecimento jurídico. BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *O Pluralismo no Direito de Família*. Coordenadores, Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 266.

⁸⁷ BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal. Art. 226 CF/88: Op. Cit.

§6º: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

⁸⁸ BRASIL. Lei 6515/77.

Art. 4º: Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

consenso e a simples duração da separação de fato entre os cônjuges autorizam o término do matrimônio, independentemente de infração dos deveres conjugais.

Sem dúvidas, a Constituição Federal trouxe inúmeras modificações pra o direito de família, que passou a ser vista de maneira pluralista. Assim, criou bases para o Novo Código Civil, criado no ano de 2002, que corroborou com as previsões da Constituição Federal de 1988.

1.6. O Novo Código Civil Brasileiro

O Novo Código Civil Brasileiro tratou da matéria pertinente à família no mesmo sentido que a Carta Política de 1988, que passou a fazer às vezes da antiga Lei Civil ao revogar inúmeros artigos, ante a nova visão de família.

Entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil, em vigor desde 2002, relevante as legislações que trataram provisoriamente de assuntos relacionados à entidade familiar. Assim, observa-se a Lei nº 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que assumiu papel de lei fundamental no tocante às relações paterno-filiais, “dando execução às linhas estruturais fixadas pela Constituição Federal de 1988”.⁸⁹ 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 ganhou uma concepção mais íntima, perdendo sua finalidade principal de exploração da economia rural, para um outro tipo de conjunto familiar, voltado para a realização individual de seus membros.⁹⁰ O casamento deixou de ser

Art 5º: A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§1º: A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição.

Art. 40: No caso de separação de fato, e desde que completados dois anos consecutivos poderá ser promovida ação de divórcio, na qual devera ser comprovado decurso do tempo da separação.

⁸⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. *Novas Relações de Filiação e Paternidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 138.

⁹⁰ MADALENO, Rolf Hanssen. *Obra citada*, p. 16.

um modo de administração e transmissão dos bens, para assumir nova função, a de seguridade social.⁹¹

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, as uniões familiares não são mais restritas ao vínculo conjugal, mas alargam para o reconhecimento das uniões estáveis entre o homem e a mulher e aos grupos chefiados por um homem ou uma mulher sem cônjuge ou companheiro.⁹²

Foram eliminadas antigas previsões acerca da discriminação entre cônjuges (a mulher não é mais inferiorizada e o homem não mais possui o *status* de chefe da casa)⁹³ e filhos (os filhos ilegítimos passaram a ter os mesmos direitos daqueles oriundos do matrimônio)⁹⁴. Observa-se que não se trata de inovação trazida pelo Novo Código, mas tão-somente uma harmonização com o que já previa a Lei Constitucionalizada.

Dessa forma, restaram frustradas as expectativas do novo Código Civil quanto as entidades familiares, tendo em esta a maneira superficial e insuficiente que tratou do assunto, omitindo, por exemplo, qualquer referência à família monoparental.⁹⁵

No entanto, no que tange à igualdade filial, entende Sérgio Gischkow Pereira ter havido um exagero na previsão legal quanto aos adotivos:

A tal ponto foi a intenção de igualar, que foi cometido um exagero, qual seja o de se reclamar processo para a adoção de maior de 18 anos (art. 1.623, *caput* e parágrafo único); (...) não há porque impedir a escritura pública quando o adotado tiver 18 anos ou mais; interessa é a eficácia da adoção, e não a forma pela qual é feita, pelo menos quando envolvidos somente adultos.⁹⁶

No sistema jurídico anterior, privilegiava-se o interesse do adulto. Com a Nova Carta, o interesse prioritário passa a ser o da criança.⁹⁷ Assim, de observar-se

⁹¹ GLANZ, Semy. *A Família Mutante*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 05.

⁹² LÔBO. *Apud*. MADALENO, Rolf Hanssen. *Obra citada*, p. 16.

⁹³ Art. 1.567 CCB/2002: A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

⁹⁴ Art. 1.596 CCB/2002: Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Entidades Familiares na Constituição: Críticas à Concepção hierarquizada*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 301.

⁹⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Obra citada*, p. 68.

⁹⁷ AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *A Criança no novo Direito de Família*. In: Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno (coord.). *Obra citada*, p. 279.

que certeza da guarda materna, creditada na Lei Civil de 1916 passou a ser relativizada em função do melhor interesse do menor.

Luiz Edson Fachin distingue três grandes critérios do direito ocidental para estabelecimento da paternidade (maternidade) ou filiação: critério da verdade legal, critério da verdade biológica e critério da verdade socioafetiva.⁹⁸

Nesse sentido, Sérgio Gischkow Pereira: (...) até a Constituição Federal de 1988 prevalecia o critério da verdade legal. Depois, a predominância foi para a verdade biológica. Nos últimos anos, cresce o movimento para se emprestar maior importância ao critério socioafetivo.⁹⁹

Exemplifica o mesmo autor, a respeito do critério da verdade legal o art. 344¹⁰⁰ do Código Civil de 1916, que impunha curtíssimos prazos decadenciais para afastar a ação negatória de paternidade, como forma de manter as bases familiares. O Novo Código, por sua vez, retratando o critério da verdade biológica no art. 1.601¹⁰¹, tornou a ação imprescritível.

Por outro lado, critica-se não haver qualquer previsão expressa quanto às relações socioafetivas no novo modelo Civil, sendo este assunto tratado apenas na doutrina e na jurisprudência. Ressalto, por ora, que a socioafetividade será tema do terceiro capítulo deste trabalho.

⁹⁸ FACHIN. *Apud*: PEREIRA, Sérgio Gischkow. Obra citada, p. 102.

⁹⁹ *Idem*, p. 102.

¹⁰⁰ Art. 344 CCB/1916: Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, §3º)

Art. 178 CCB/1916: Prescreve: §3º Em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (...).

¹⁰¹ Art. 1.601 CCB/2002: Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

2. DO ESTADO DE FILIAÇÃO

2.1 A Presunção *Pater is Est*

O Código Civil de 1916 por arrogar efeito jurídico somente à união matrimonial reconhecia, entendia como legítimos e dignos de proteção legal apenas os filhos nascidos dessa relação, como se vislumbra, por exemplo, na previsão do artigo 337 da Lei Civil. “A intenção do legislador é preservar ao máximo a família como a estrutura básica e ética da sociedade, evitando pretensões que fossem antes sustentadas por ambições do que por interesse moral”.¹⁰²

Definida, singelamente, como relação ou vínculo que une gerados e geradores, ou como “laço de descendência”, que existe entre duas pessoas, das quais um é pai ou a mãe da outra, a filiação é conceito triangular irreduzível “sob o aspecto natural, ou seja, a relação imediata do pai, ou da mãe da criança”.¹⁰³

A presunção¹⁰⁴ *pater is est* atribui a paternidade de forma automática ao marido da mãe, visando proteger a entidade familiar que, em dada época, era patrimonializada, hierarquizada e matrimonializada. Sendo o homem o chefe da casa, “a presunção da paternidade é uma conseqüência do domínio que ele exerce sobre a sua esposa”.¹⁰⁵ A infidelidade da subordinada significaria o fim da entidade, eis arraigada numa sociedade de muitos preconceitos.

Assim, a posição de Planiol:

Chama presunção a conseqüência que deriva de um fato conhecido a outro desconhecido: o fato conhecido é o estado de matrimônio em que tem vivido a mãe; a paternidade o fato desconhecido. E. pergunta: Quem é o pai do filho daquela? A lei presume que é seu marido. A mãe pode ser uma esposa infiel; mas a lei deve considerar como regra os fatos ordinários, e não os excepcionais.¹⁰⁶

Para Fachin, tal presunção possui dois sentidos: técnico e ideológico. Técnico, ao proteger a filiação criando o ônus da prova a quem contesta a

¹⁰² BOEIRA, José Bernardo Ramos. Obra citada, p. 46.

¹⁰³ LEITE. *Apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada, p. 352.

¹⁰⁴ Entende-se por presunção o juízo antecipado e provisório, considerado válido até prova em contrário.

¹⁰⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos. Obra citada, p. 43.

¹⁰⁶ PLANIOL. *Apud*, BOEIRA, José Bernardo Ramos. Obra citada, p. 46.

paternidade e, ideológico, na proteção da criança nascida de mulher casada que, desde já, ganha um pai.¹⁰⁷

Não tendo o filho qualquer ligação sanguínea com o marido da mãe, referida presunção corria o risco de reconhecer uma filiação fictícia ao oferecer maior importância ao vínculo jurídico em detrimento da verdade biológica, como elucida Fachin:

Trata-se, portanto, de um sistema rígido, em face da limitação da contestação às hipóteses legais, deixando de lado a prova apta a demonstrar ser improvável a paternidade do marido. Reduz, assim, as possibilidades de afastamento da presunção *pater is est* em relação ao filho presumido legítimo (mas em verdade filho de outro homem que não o marido da mãe), para determinar a verdadeira (do ponto de vista biológico) paternidade.¹⁰⁸

No entanto, a presunção de paternidade do marido da mãe depende da época da concepção, que deverá ter ocorrido durante o matrimônio. O art. 338 da Lei Civil de 1916 prevê limites temporais de 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a sociedade conjugal ou entre os 300 (trezentos) dias posteriores à dissolução da sociedade conjugal.

Depende, ainda, de outras duas presunções: a ocorrência de coabitação entre marido e mulher dentro do período da concepção e que a coabitação tenha sido causa da concepção.¹⁰⁹ Afirma o mesmo autor que essa compreensão “transparece sem qualquer dúvida na análise dos motivos que tornam possível a contestação da paternidade”.

O papel de líder familiar não garantia ao marido apenas a paternidade, mas também o direito exclusivo da sua contestação, eis que não se trata de presunção absoluta. Apesar disso, a lei limita as provas¹¹⁰ a serem produzidas acerca da impossibilidade da paternidade (art. 340 do Código Civil de 1916). Dessa forma, o marido deve comprovar que se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher no período legal da concepção¹¹¹ ou que dela estava legalmente separado. Segundo FACHIN, impossibilidade física de coabitação resulta da distância ou da

¹⁰⁷ *Apud*, BOEIRA, José Bernardo Ramos. Obra citada, p. 50.

¹⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson, 1992, Obra citada, p. 53.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 39/40.

¹¹⁰ Para Orlando Gomes “o Código limitou as provas da contestação na defesa da honra, da ordem social e da dignidade mesma do casamento”. *Apud*, FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 48.

¹¹¹ O período legal da concepção compreende os primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido o nascimento do filho.

impotência *generandi* (impotência ou esterilidade).¹¹² Por outro lado, tendo os cônjuges convivido sob o mesmo teto durante a separação, esta deixa de ser prova cabal.

Além de competir exclusivamente ao marido, os prazos para proposição da contestação são exíguos e decadenciais (art. 178 do Código Civil). “Importa esclarecer, também, que o direito de propor tal ação finda com a morte do marido, presumindo-se, se não ajuizada, tenha aceitado o filho como seu”.¹¹³

Há de se observar, por outro lado, que sendo a presunção *pater is est* decorrente de união valorada e reconhecida unicamente pelo casamento, o reconhecimento dado pela Constituição Federal a outros tipos de família (entre elas, nuclear, monoparental, unipessoal), bem como priorizando proteção aos interesses criança, faz com que tal presunção perca força.

Dessa forma, a descoberta do exame de DNA e a proibição de discriminação entre filhos advindos ou não de união marital, prevista na Constituição Federal de 1988, dão enfoque à verdade biológica.

Antes disso, porém, observa-se que a jurisprudência já vinha remodelando suas decisões até então embasadas num Código de previsões já ultrapassadas.

Fachin, explica que a evolução da jurisprudência ocorre em dois momentos distintos. No primeiro, o juiz segue os rumos da Lei e, com o passar do tempo, afasta-se dela para fazer justiça, assim:

(...) o Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, permanece preso ao sistema do Código Civil, não indagando dos resultados a que conduzem as decisões. Nesse contexto, não admite a investigação da verdadeira paternidade sem prévia contestação do marido da mãe. Depois, num segundo momento, o Supremo Tribunal, ao levar em conta os resultados despropositados que tais soluções provocariam, admite a investigação da paternidade sem prévia contestação pelo marido da mãe, diante de relevantes situações espelhadas nos fatos. Estas circunstâncias foram basicamente a separação de fato entre os cônjuges e o comportamento expresso do marido da mãe repudiando a paternidade ainda que sem propor a ação de contestação.¹¹⁴

Obedecendo à letra fria da lei, o pai biológico só poderia demandar ação de investigação de paternidade uma vez julgada procedente a respectiva ação de contestação intentada pelo marido da mãe. Caso isso não acontecesse, o verdadeiro pai jamais comportaria este título ante àquele filho. Assim estabelecia o

¹¹² FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 40.

¹¹³ BEVILAQUA. *Apud*, idem, p.52.

¹¹⁴ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 118.

Código Civil ao dar competência privativa ao marido para contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua esposa.

Coroando tal entendimento, o Tribunal Pleno do STF assentava que, sem a ação negatória de paternidade do pai reputado legítimo, não tem o filho adulterino a *matre*, ação para investigar a paternidade.¹¹⁵

A jurisprudência defendia a família matrimonializada e aliada à preservação da autoridade paternal, impunha o sacrifício da verdade da filiação em homenagem àquela concepção de família.¹¹⁶

Aos poucos, a jurisprudência começa a mudar seu posicionamento ao perceber que, agindo cegamente ao comando da lei, estaria deixando de lado seu fim último, qual seja, o de adequar a realidade às normas existentes. Dessa maneira não parece justo forçar uma paternidade ao marido da mãe, por uma simples presunção, enquanto todos os indícios apontam esta condição a um terceiro.

Os tribunais, diversamente do sistema codificado, mostraram visível preocupação com a verdade da filiação, não seguindo estritamente os rigores da verdade jurídica imposta pelo legislador.¹¹⁷

As decisões sustentadas sobre o Código Civil estavam cada vez em maior descompasso com a realidade, razão pela qual, buscando soluções razoáveis, o STF começou a se distanciar da Lei. “Começa, então, a permitir que o filho adulterino a *matre* promova a ação de investigação de paternidade, se existente a separação de fato dos cônjuges, mesmo sem a prévia contestação da paternidade pelo marido da mãe”.¹¹⁸

A presunção *pater is est* atribuía a paternidade diretamente ao esposo da mãe. A jurisprudência tenta atacar exatamente essa presunção, e assim o faz quando questiona e compara a existência de vínculo afetivo entre o marido da mãe (separados de fato) e os filhos e entre estes e o pai biológico. Existindo vínculo de afeto com o verdadeiro pai, estar-se-ia diante de uma grande injustiça se esta fosse reconhecida ao pai de vínculo registral apenas por esta qualificadora.

O questionamento de afetividade entre o pai por presunção e os filhos pode ser respondido de acordo com o tratamento entre ambos,

¹¹⁵ FACHIN, Luiz Edson, 1992.Obra citada, p. 120.

¹¹⁶ Idem, p. 120.

¹¹⁷ Idem, p. 154.

¹¹⁸ Idem, p. 121.

Essa ausência de vínculo afetivo é atestada pelo comportamento do pai presumido que revela repúdio da paternidade. Estando os cônjuges separados de fato, o marido da mãe (por não ser o pai verdadeiro da criança, embora seja o “pai-jurídico” Por força da presunção *pater is est*), por atos ou omissões torna visível a sua não paternidade.¹¹⁹

Assim, a exemplo trazido por Luiz Edson FACHIN, quando, no desquite, omite o nome de possíveis filhos, o marido repudia a paternidade.¹²⁰

Outra via para ajuizamento de ação de investigação de paternidade ocorria quando a mãe, ao registrar filho seu com terceiro, omitia o nome do marido (ficava como sendo filho de “pai ignorado”). A presunção *pater is est* encarregava-se de tornar pai o marido da genitora. A jurisprudência, percebendo ser este um sinal de que a verdade biológica não recaía sobre o marido, tratou de permitir, também nesse caso, que o filho proponha ação para reconhecimento do vínculo paterno-filial com aquele terceiro.

Importante observar, porém, que a jurisprudência não ampliou a legitimidade ativa da ação negatória (privativa do marido), apenas criou um mecanismo paralelo ao código para afastar a presunção da paternidade.¹²¹

Da mesma maneira que se fazem necessárias algumas provas pré-determinadas para contestar a paternidade, se fazem também para investigá-la. Dessa forma, é preciso que se comprove a separação de fato entre os cônjuges e a ausência de posse de estado de filho perante o marido da mãe.¹²²

O Código Civil de 1916 primava pela verdade jurídica da filiação como forma de zelar pela continuidade da família legítima. A verdade biológica e sócioafetiva ficavam desprotegidas de qualquer amparo legal, pois apresentariam grave ameaça às famílias daquela época.¹²³

O Supremo Tribunal, mais uma vez, não se quedou inerte no tempo, visto que agregou duas noções (posse de estado de filho e separação fática) para efeito de permitir a investigação da verdadeira paternidade.

¹¹⁹ Idem, p. 124.

¹²⁰ Idem, p. 125.

¹²¹ Idem, p. 129.

¹²² Idem, p. 130.

¹²³ Esse é o verdadeiro sentido da ultrapassada presunção de que o pai sempre é o marido da mãe. Dessa forma não se abria qualquer espaço para questionamentos acerca da fidelidade da mulher, o que seria uma conduta desonrosa para uma sociedade que tanto valorizava o enlace matrimonial.

Se o pai biológico registra filho de mulher casada como seu filho, mesmo separada do marido, a presunção *pater is est* permanece recaindo sobre aquele com quem contraiu núpcias. Tal acontecimento gera conflito de “paternidades”.¹²⁴

A presunção cessa diante da paternidade do terceiro assim estabelecida. Tendo-se atribuído um pai à criança, cessam os efeitos da presunção legal eis que sua manutenção não tem mais sentido.¹²⁵

Estando a mulher separada do marido, e vindo a engravidar de um terceiro, vislumbra-se que a paternidade recairia naquele com quem se casou mas que, atualmente, sequer tem notícias. Essa hipótese pouco importava para o Código de 1916, não era relevante o vínculo dessa criança com o verdadeiro pai, mais valia fosse tido como pai o marido da mãe, mesmo que isso implicasse na carência de todos os deveres para com o filho, inerentes a esta posição.

Por um longo período, a paternidade registral era a única merecedora de reconhecimento jurídico. Novas técnicas científicas (como o exame de DNA), no contudo, permitiram clarear, com enorme precisão, a verdade genética no auxílio pela busca da verdade biológica. Assim, a verdade real se sobrepôs à estabelecida tão-somente por meras presunções.

A descoberta do exame de DNA trouxe um imenso avanço para o direito de família, uma vez que, a partir disso, as chances de um equívoco quanto à verdadeira origem tornaram-se quase inexistentes,

Se é certo que a presunção *pater is est*, existente em nosso sistema, estabelece uma verdade jurídica, de caráter quase absoluto, não podemos ignorar as conquistas da ciência que alcançou posição de destaque, ao poder determinar com segurança, a autoria genética da descendência, identificando aí a verdade biológica.¹²⁶

Todavia, o exame genético tem o condão de trazer à tona a combinação sanguínea representativa da verdadeira origem, mas vê-se incapaz de revelar a paternidade em seu sentido último.

Todas essas mudanças redirecionaram a função presunção *pater is est*, prevista no Código Civil de 1916, que “mantinha um compromisso quase indissolúvel com a verdade jurídica”.¹²⁷ Assim, ainda que tal redação tenha sido mantida pela

¹²⁴ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p.137.

¹²⁵ Idem, p.143.

¹²⁶ BOEIRA, José Bernardo Ramos. Obra citada, p., 53.

¹²⁷ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p.153.

atual Codificação (art. 1.605)¹²⁸, observa-se, implicitamente, indícios da posse de estado de filho no que tange à prova quando da ocorrência de falta ou defeito do termo de nascimento.

Apona a doutrina que a paternidade vinculada à consangüinidade “peca pela estreiteza, ao excluir outros vínculos de parentesco sem laços de consangüinidade, como na adoção, posse de estado de filho e em determinadas modalidades de técnicas de reprodução medicamente assistida”.¹²⁹

Tal presunção 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.

2.2 Posse de estado de filho

Para melhor compreensão do significado de estado de filho, cumpre, em primeiro lugar, breve análise sobre estado da pessoa, assim entendida como

(...) a posição jurídica da qual deriva um conjunto de direitos e obrigações. Todo o indivíduo tem um direito a determinado estado, que não se identifica a qualquer relação jurídica, embora nas diversas posições jurídicas em que pode encontrar-se trave relações jurídicas com outras pessoas.¹³⁰

No mesmo sentido, elucida Boeira,¹³¹

São, pois, atributos que fixam a condição do indivíduo na sociedade, e se por um lado constituem fonte de direitos e de obrigações, por outro lado fornece as características personativas, pelos quais se identifica a pessoa, ou seja, é o retrato que a sociedade faz do indivíduo.

O estado da pessoa, portanto, recai nas características transparecidas à sociedade, montando a identidade do indivíduo. Da mesma forma, acontece no estado de filho. Tendo a criança o pai registral diferente do biológico e mantendo com este as verdadeiras ligações do vínculo paterno-filial, a sociedade absorverá

¹²⁸ Art. 1.605 CCB/1916: Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente.

II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

¹²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada, p.477.

¹³⁰ GOMES. *Apud*, BOEIRA, José Bernardo Ramos, Obra citada, p. 58.

¹³¹ BOEIRA, José Bernardo Ramos, Obra citada, p. 57.

sua identidade como filho do pai presente e não daquele que apenas lhe deu um nome.

Não se quer dizer, por outro lado, que a posse de estado de filho pertence sempre ao pai de sangue. 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*.

Surgindo conflito entre a paternidade jurídica e a biológica, deve ser levado em consideração os critérios estabelecidos na lei quanto ao resguardo do interesse concreto do filho e da harmonia existente entre estes e seus pais. Estando a verdade jurídica acompanhada da verdade afetiva, deverá prevalecer sobre a biológica, o que demonstra a completa reformulação de critérios.¹³²

O reconhecimento da posse de estado de filho tem íntima ligação com a moderna concepção de família:

A função da família, na realidade, deve ser de coordenação e harmonização das várias atribuições exercidas pelos seus integrantes para o melhor desenvolvimento e estruturação psíquica e física de todos, em perfeita integração, comunhão e solidariedade, na busca do ideal de felicidade individual e logicamente, do bem-estar de todos.¹³³

Note-se que não é propriamente à verdade biológica da filiação que a posse de estado de filho serve prioritariamente. Depreende-se que ela mais se dirige a valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação.¹³⁴

A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, devendo ser contínua.¹³⁵ Requer a demonstração pública do vínculo, como bem aponta Boeira:

(...) a posse de estado de filho e uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.¹³⁶

¹³² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação: O Biodireito e as relações parentais: O Estabelecimento da Paternidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 681/682.

¹³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada. p. 344.

¹³⁴ FACHIN, Luiz Edson, 1992, Obra citada, p. 151.

¹³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 19, ago/set, 2003, p. 138.

¹³⁶ BOEIRA, José Bernardo Ramos, Obra citada, p. 60.

A posse, por sua vez, traduz em relação ao estado filial, condição de direitos e deveres quando pai e filho se tratam como tais¹³⁷, assumindo sua posição familiar.¹³⁸

Orlando Gomes leciona, que ostentar o estado de filho é “ter de fato o título correspondente, desfrutar as vantagens a ele ligadas e suportar seus encargos. É passar a ser tratado como filho”.¹³⁹

2.2.1 Elementos constitutivos:

A posse de estado de filho possui algumas características peculiares para seu reconhecimento jurídico e social: nome, trato e fama. Quanto ao nome, deve a criança referir o do pai a quem tem como tal. Pertinente ao trato, aponta-se para a participação e desempenho do pai na vida do filho, de forma a contribuir para o seu desenvolvimento. A fama por sua vez, terceiro elemento caracterizador, refere-se à exteriorização do vínculo, tornando pai e filho conhecidos como tais na sociedade.

Reforça FACHIN, que os elementos nome, trato¹⁴⁰ e fama são indispensáveis para constituição da posse de estado de filho, mas alerta não se tratar de rol completo, nem de definição acabada¹⁴¹, tendo em vista que pode ser comprovada por meios tão ou mais convincentes;

(...) A tradicional trilogia (nome, trato, fama) se mostra, as vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríptico elenco há o mérito de indicar os elementos normais que de modo corrente sugerem a presença da posse de estado.¹⁴²

Salienta-se a inexistência de hierarquização entre os pontos caracterizadores do vínculo, possuindo todos igual importância para constituição da posse de estado.

¹³⁷ COSTA. *Apud*, BOEIRA, José Bernardo Ramos, Obra citada, p. 61.

¹³⁸ FERRER. *Apud*, BOEIRA, José Bernardo Ramos, Obra citada, p. 61.

¹³⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 311.

¹⁴⁰ Aponta Coelho, que não é preciso o emprego sistemático da palavra filho ou a dispensa de manifestações carinhosas de tipo paternal, tratando-se o pretense pai de pessoa de temperamento naturalmente reservado. COELHO. *Apud*, FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 161.

¹⁴¹ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 156.

¹⁴² *Idem*, p. 161.

Parece restar prejudicado, no entanto, a exteriorização do vínculo quando o filho resulta de relação adúltera, razão pela qual a intensidade da relação biológica paterno-filial deduz-se diminuída, como frisou BOEIRA.¹⁴³ Por outro lado, havendo a possibilidade dos laços afetivos estarem vivos entre eles, sendo inexistente apenas ao conhecimento público, entende-se inexistirem razões suficientes para qualquer prejuízo. O ponto mais importante e, sem dúvida, de maior valor, está no reconhecimento do filho por aquele pai.

A admissão da posse de estado de filho exige, ainda, duração de tempo, como forma de viabilizar a análise do comportamento dos interessados em legalizar o vínculo¹⁴⁴, “revelando uma situação que só pode existir através da repetição de índices diários. O fator “tempo” condiciona, concomitantemente, a existência e a força da Posse de Estado”.¹⁴⁵ A esse respeito, complementa-se:

A notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade. Os fatos, enfim, dos quais se extrai a existência da posse de estado não devem causar dúvida ou equívoco.¹⁴⁶

O lapso temporal como elemento vital, permite, além da publicidade da relação, a consolidação dos laços que unem pai e filho. Podemos, por exemplo, visualizar tal importância com os prazos de convivência exigidos antes de se efetuar uma adoção. A relação entre pai e filho, nestes casos, não pode se dar por imposição, mas tão-somente pela conquista deste importante espaço na vida do outro.

2.2.2 Função

Na maioria das legislações em que a posse de estado de filho foi contemplada expressamente no sistema jurídico, ela aparece limitada a um papel subsidiário.¹⁴⁷ De acordo com FACHIN, isso se explica pela dificuldade de comprovar referido estado. Com efeito, averba o autor:

¹⁴³ BOEIRA, José Bernardo Ramos. Obra citada, p. 63.

¹⁴⁴ É a chamada teoria da aparência, que significa assumir o papel familiar com grande notoriedade, ao ponto de tornar inquestionável a terceiros, a relação paterno-filial.

¹⁴⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos, Obra citada, p. 65.

¹⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 157/158.

¹⁴⁷ BOEIRA, José Bernardo Ramos. Obra citada, p. 67.

Não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam.¹⁴⁸

Diverge a doutrina nesse sentido, havendo entendimento de que a posse de estado é dotada de relevante valor de convencimento acerca da existência do vínculo paterno-filial. Sustenta-se que se trata de “revelação concreta, resultado da convergência de vários fatores que a caracterizam e cuja estabilidade decorre da duração reveladora de sua existência”.¹⁴⁹

A posse de estado representa papel subsidiário em algumas ordenações jurídicas estrangeiras, como na França, onde exerce função probatória na falta ou inexistência de título:

Assim, no caso de desaparecimento ou inexistência do título, é papel normal da Posse de Estado substituir-se ao ato destruído ou perdido. Mas quase sempre, o título não existia porque não podia existir. Nesse caso, a Posse de Estado permite atestar a existência de um Estado bastante claro e digno para ter um valor em direito.¹⁵⁰

No Brasil, embora não haja qualquer previsão legislativa expressa sobre o tema, assume a posse de estado papel duplamente subsidiário. Conforme os ensinamentos de BOEIRA, 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”.¹⁵¹

Além da função probatória, a posse de estado é condição para o reconhecimento jurídico da existência do vínculo da filiação. Não existe regramento que preveja a paternidade não resultante de vínculo sanguíneo e, por essa razão, é que se faz necessária dedicada análise de evidências a serem encontradas no campo da subjetividade.

¹⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p. 161.

¹⁴⁹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. Obra citada, p. 68.

¹⁵⁰ RÈMOND. *Apud*, BOEIRA, José Bernardo Ramos. Obra citada, p. 68.

¹⁵¹ BOEIRA, José Bernardo Ramos, Obra citada, p. 68.

2.2.3 Prova

Objetivando-se o reconhecimento jurídico da filiação através da posse de estado, faz-se necessária produção de provas suficientes ao pleno convencimento do juízo, assim,

A posse de estado de filho estabelece uma presunção de filiação, mas tal presunção é induzida de fatos que é preciso provar. É por certo que a prova desses fatos pode ser feita por todos os meios, mas os testemunhos da família e do meio social desempenham papel predominante.¹⁵²

A comprovação da existência da posse de estado de filho gira, na maioria das vezes, em torno de provas testemunhais, eis que árdua a produção de outros meios probatórios.¹⁵³ Por essa razão, buscam-se as referidas evidências nos elementos constitutivos da posse de estado.¹⁵⁴ De qualquer forma, é permitida a produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

2.2.4 Instrumentalidade

Dá-se o caráter instrumental à posse de estado de filho, eis que, através dela, objetiva-se alcançar um bem maior, qual seja, o reconhecimento da paternidade formada por laços de profundo afeto. Demonstra-se, assim, que,

Num primeiro plano de considerações dessa ordem, parece evidente que o relevo conferido a esse conceito pode turvar a real compreensão de que relevante é o fim a que o mesmo se destina. Percebe-se, de fato, que é saliente o seu valor instrumental, isto é, a posse de estado serve para revelar a face sócio-afetiva da filiação.¹⁵⁵

No sentir da instrumentalidade da posse de estado de filho, presencia-se mais uma inovação do direito de família. 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 à evolução humana e jurídica, o surgimento de uma nova ordem familiar.

As transformações e avanços do direito de família apresentam uma nova paternidade, formada pelo mais puro sentimento entre pais e filhos, e, por isso, a mais sólida de todas. Embora seja valiosa a descoberta da origem genética, maior

¹⁵² PIMENTA. *Apud*, FACHIN, Luiz Edson, 1992, Obra citada, p.158.

¹⁵³ “Combinando-se com o ato registral, a posse de estado pode imprimir um caráter inatacável á filiação”. FACHIN, Luiz Edson, 1992. Obra citada, p.159.

¹⁵⁴ São elementos constitutivos da posse de estado: nome, trato e fama.

¹⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson, 1992.Obra citada, p.160.

ainda é aquela do verdadeiro sentido da paternidade, que até então, pairava sobre as nebulosas dos registros jurídicos e da biologia, o verdadeiro sentido a que se fala, encontra-se na chamada paternidade socioafetiva, conforme leciona Boeira:

A paternidade passou a ser vista como uma relação psicoafetiva, existente na convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas sobretudo afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial reveladores de uma convivência paterno-filial que, por si só, é capaz de identificar a verdadeira paternidade”.¹⁵⁶

¹⁵⁶ BOEIRA, Bernardo Ramos. Obra citada. p. 53.

3. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

3.1 Aspectos Gerais

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

Intensas transformações sofridas pela sociedade resultaram numa nova visão de família, denominada eudemonista, firmada na busca da realização plena do ser humano. A entidade patriarcal se desfez e nome de uma sociedade que aos poucos foi ganhando espaço. Além das transformações que ocorreram no campo das relações familiares, indispensável análise sobre o novo significado das relações paterno-filiais, imprimido na Constituição Federal de 1988, o que far-se-á mais adiante.

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

Estas alterações estruturais repercutiram no plano legislativo, sendo recepcionadas na Carta Constitucional de 1988, que trouxe grande avanço ao ordenamento jurídico brasileiro; alargou 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.

Notável se torna, com promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a descoberta do exame revelador da identidade genética (DNA), a irrelevância da paternidade registral, imposta pela presunção *pater is est*, eis que, a partir de então, fez-se prevalecer a verdade biológica.

Segundo a doutrina, três são as verdades da filiação: verdade legal, verdade biológica e verdade sócioafetiva.¹⁵⁷ No entanto, com a descoberta pericial de DNA, a paternidade registral deixou de ter sentido, “permanecendo no ordenamento jurídico as filiações genética e afetiva¹⁵⁸, em vista dos princípios de

¹⁵⁷ WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família: Questões Controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 1ª ed., 2000, p. 88.

¹⁵⁸ Nas palavras de Luiz Edson Fachin, os três aspectos da filiação estabelecida tendo como pai o marido, significam o seguinte: “o jurídico (o marido da mãe é por presunção pai do filho tido pela

igualdade, da proibição de discriminação, da convivência em família e da afetividade, direitos fundamentais e de dignidade da pessoa humana”.¹⁵⁹

Embora ainda se fale muito em filiação biológica¹⁶⁰, já se nota alguma tendência para dar maior valor aos vínculos afetivos entre pais e filhos, oriundos de famílias unidas, não pelo elo da ciência, mas pelo verdadeiro espírito familiar¹⁶¹, assim aponta Maria Berenice Dias:

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.¹⁶²

Tal como aconteceu com a entidade familiar, agora também a filiação passou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo,¹⁶³ respaldado na defesa do melhor interesse do infante:

No direito brasileiro, (...) tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo pra fins de assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo de seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar.¹⁶⁴

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.¹⁶⁵ Assim demonstra Belmiro Pedro Welter, através de dois acórdãos, decisões conflitantes na jurisprudência sul-rio-grandense:

mulher com quem é casado), o biológico (o marido da mãe é presumivelmente o autor genético da fecundação) e o socioafetivo (o marido da mãe trata a criança – e por ela é tratado – como pai”. *Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 49.

¹⁵⁹ WELTER, Belmiro Pedro. *Relativização do Princípio da Coisa Julgada na Investigação de Paternidade. Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2004, p. 78.

¹⁶⁰ De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “não deve esta ser considerada a prevalente em todos os casos, diante de outros fatores – como a afetividade, que podem levar a constatação de que os laços biológicos não conduziram à construção de ma família entre o genitor e a criança gerada e nascida”. GAMA Guilherme Calmon Nogueira da. *Obra citada*, p.427.

¹⁶¹ GLANZ, Semy. *Obra citada*, p. 526.

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. *Quem é o Pai?* Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, nº15, out/nov/dez, 2002, p. 09.

¹⁶³ Idem, p. 09.

¹⁶⁴ SILVA. *Apud*, GAMA Guilherme Calmon Nogueira da. *Obra citada*, p. 483.

¹⁶⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família: Questões Controvertidas*. *Obra citada*, p. 88.

a) “No sistema jurídico brasileiro não existe a adoção de fato, e o filho de criação não pode ser tido como adotado ou equiparado aos filhos biológicos para fins legais, tais como direito à herança”¹⁶⁶; b) “A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 27 da CF), assim, como da doutrina da integral proteção, consagrada na Lei nº 8.069/90 (especialmente arts. 4º e 6º) é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, revelada pela “posse de estado de filho”, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação”¹⁶⁷.

A paternidade sociológica se dá através de um vínculo formado entre duas pessoas que alimentam sentimentos recíprocos, capazes de torná-los pai e filho no sentido da palavra. Afinal, “pai é aquele que age como pai, que dá afeto, que assegura a proteção e garante a sobrevivência”.¹⁶⁸

Nesse sentido, aponta José Bernardo Ramos Boeira que “ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética”.¹⁶⁹

A Constituição Federal de 1988, ao tratar sobre a filiação, não mencionou qualquer privilégio à verdade biológica, ao contrário, abriu espaço aos enlaces afetivos quando proibiu a discriminação dos filhos. Porém, alerta BELMIRO PEDRO WELTER¹⁷⁰, que existe entendimento contrário no sentido de que se a família biológica e a adotiva tem condições de prover o menor, levando-se em consideração o previsto no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve o filho ficar com a primeira.¹⁷¹

Ressalta-se, no entanto, que “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto derivam da convivência e não do sangue”.¹⁷² Por certo, o pai genético pode ser, concomitantemente, o afetivo, mas nas vezes em que isso não se verifica, imprescindível se torna o reconhecimento daquele que, substituindo o lugar do genitor, passa a suprir daquele filho as necessidades resultantes desta ausência.

¹⁶⁶ *Apud*, Idem, p. 88.

¹⁶⁷ *Apud*, Idem, p. 88

¹⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Quem é o Pai?* Obra citada, p. 09.

¹⁶⁹ *Apud*, WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva*. Revista Brasileira de Direito de Família. n.º 14, jul/ago/set, 2002, p. 144.

¹⁷⁰ WELTER, Belmiro Pedro. Idem, p. 144.

¹⁷¹ O mesmo autor reproduz trecho do acórdão: “Se tanto a família adotiva como a biológica tem condições de cuidar do infante, deve prevalecer a última, porquanto o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza a família biológica, estabelecendo que a criança deverá ser criada pela família substituída apenas em situações excepcionais”. Ac. AI 97.004945-5. *Apud*, Idem, p. 144.

¹⁷² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Apud*, WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva*. Obra citada, p. 144.

As necessidades de que se tratam não correspondem somente às carências de ordem econômica, mas estão intimamente ligadas à estabilidade emocional que ainda se encontra em desenvolvimento na vida de uma criança. Por isso, justo se torna o reconhecimento daquele que assume o papel de pai, estabelecendo profundo vínculo amoroso com o filho. “Melhor pai ou melhor mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa este lugar, mas a pessoa exerce tal função substituindo o vínculo biológico pelo afetivo”.¹⁷³

Nas palavras de Belmiro Pedro Welter¹⁷⁴: “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”.

O que caracteriza, no entanto, a paternidade sociológica é a posse de estado de filho. “Quando um pai cria e educa uma pessoa como filho, mesmo que não biológico, ele deixa emergir o estado de filho sociológico, a verdade socioafetiva”.¹⁷⁵

3.2 O Estado de Filiação Afetiva

Atualmente, a evolução científica no âmbito da genética permitem maior transparência nas relações de filiação, possibilitando a identificação consangüínea do genitor e atribuindo-lhe a responsabilidade da paternidade. Dessa forma, busca-se amparar as pretensões de declaração da paternidade na justiça brasileira atual. Como garantia, a Constituição Federal ordena um tratamento igualitário a qualquer tipo de filiação, assegurando o direito, a toda criança, de conhecer suas origens, sua identidade biológica e civil e seus parentes consangüíneos.

Desta forma, percebe-se a aptidão da ciência de identificar a origem genética dos indivíduos, o que, infelizmente, não assegura a construção de laços sólidos de solidariedade e responsabilidade, caracterizadores da relação entre pai e filho.

A filiação estabelecida por esta via, por vezes, não significará nada mais do que a menção, na certidão de nascimento, da paternidade, e a conseqüente possibilidade de reivindicação de direitos patrimoniais.

¹⁷³ BARBOZA. *Apud*, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada, p. 483.

¹⁷⁴ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva. Obra citada, p.152.

¹⁷⁵ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva. Obra citada, p.156/157.

Define-se como filiação a “relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo direitos e deveres recíprocos.”¹⁷⁶

A posse de estado de filho, por sua vez, desconsidera a existência de vínculos biológicos. Importa em exercer o papel de filho em face daqueles que assumem o papel de pais. É a exteriorização da convivência familiar e do afeto.¹⁷⁷ 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.¹⁷⁸

O estado de filiação, inicialmente ligado à idéia da verdade genética, que legitimava os filhos, ganha novo e amplo sentido; “ainda que derive, na maioria das vezes, biologicamente dos pais, tem-se desenvolvido na convivência familiar, consolidando-se na afetividade”.¹⁷⁹ Em outras palavras, “o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não-biológica”.¹⁸⁰

No que pertine ao significado da posse de estado de filho antes e após a Constituição Federal de 1988, leciona Paulo Luiz Netto Lôbo:

No Direito anterior, a posse do estado de filiação apenas era admitida, para fins de prova e suprimento do registro civil, se os pais convivessem em família constituída pelo casamento, ou seja, para a filiação considerada legítima. Em virtude do art. 226 da Constituição Federal, outras entidades familiares como a união estável e a família monoparental podem servir de fundamento para a posse de estado de filiação.¹⁸¹

¹⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra citada, p. 325.

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.). Obra citada, p. 327/328.

¹⁷⁸ PEREIRA. *Apud*, MAIDANA, Jédison Daltrozo. *O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A Filiação e a Revolução da Genética*. Revista Brasileira de Direito de Família: Síntese, jun/jul/ago, 2004, p. 72.

¹⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra citada p. 324/325.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 324.

¹⁸¹ *Idem*, p. 328.

Belmiro Pedro Welter, por sua vez, discorda da relação paterno-filial como posse de estado de filho, pelas seguintes razões:

a) não se trata de *posse de estado de filho*, mas, sim, de estado de filho afetivo, cujo vínculo entre pais e filho, com o advento da Constituição Federal de 1988, não é de posse e de domínio, e sim de amor, de ternura na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia; b) equiparar posse de direitos reais de estado de filho, inclusive com os mesmos requisitos do art. 550 do Código Civil, perfazendo a família patriarcal onde o pai detinha a posse e a propriedade do filho, da mulher e dos escravos; c) a família está inundada pelos mesmos propósitos da família biológica. A família sociológica é constituída à imagem e semelhança da família genética e vice-versa, porquanto o que importa é a manutenção dos vínculos afetivos; d) no estado de filho afetivo devem ser cumpridas as mesmas condições do estado de filho biológico, já que a filiação é na imagem refletida entre pais e filho, sem discriminação, sem identificar-se com a voz do sangue ou a voz do coração. Não se trata de posse, mas de edificação do estado de filho, do estado de afeto.¹⁸²

Assim exemplifica-se através dos casos de Inseminação Artificial Heteróloga.¹⁸³ Tal procedimento se dá “quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para fecundação do óvulo da mulher.¹⁸⁴ Tendo sido autorizada pelo marido (única exigência), “representando o seu desejo de ser pai”, e ocorrendo o nascimento, estabelecida está a paternidade socioafetiva.

Cumprido salientar que, embora tenha o Novo Código Civil mantido a redação original do Código de 1916, em seu art. 1.605, restou evidenciada, de forma implícita, a existência da posse de estado de filho, principalmente quando admite como prova da filiação “presunções resultantes de fatos á certos”, como bem demonstra Maria Helena Diniz:

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”.¹⁸⁵

¹⁸² WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva*. Obra citada p. 136/137.

¹⁸³ Como observa Caio Mário da Silva Pereira: “Com a técnica da inseminação artificial, nova modalidade adveio de filiação, que se pode designar de ‘filiação social’, pela qual o pai admite como filho o ente assim gerado. Instituições de Direito Civil. V. 5, 11^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 173.

¹⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.). Obra citada, p. 326.

¹⁸⁵ *Apud*, WELTER, Belmiro Pedro. *Investigação de Paternidade Sócio-Afetiva. Direito de Família: Questões Controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 1^a ed., 2000, p. 89.

Segundo Brauner (2000, p.194), “ora, não se pode negar que o vínculo relacional entre pai e filho não se cria através de um documento, é preciso querer ser pai ou ser mãe e, de parte da criança, é necessário se sentir como filho”¹⁸⁶.

Ao abordar esta questão, em tempos modernos, é mais importante entender a função da família na formação da personalidade dos seus membros. Desta forma, nota-se a importância do afeto, sobressaindo-se à simples contingência dada pela biologia.

A este respeito, importante é a observação de Madaleno (2000, p.41) feita antes da entrada em vigor do Novo Código Civil e que hoje confirma-se:

A Carta Política de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade socioafetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição e, para esses caracteres a Constituição e a gênese do futuro Código Civil nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protegem a filiação por afeto, realmente não exercem a completa igualização.

Mesmo não evidenciando-se referência explícita, é importante salientar que a Constituição Federal de 1988, no Capítulo VII, traduz sua ampla preocupação com a valorização do afeto como objeto fundamental dos núcleos de convivência interpessoal, estimulando a mútua assistência no parentesco e na conjugalidade, pois, de acordo com Oliveira Filho:

[...] suporte emocional do indivíduo através da ambiência familiar não se exterioriza mais, nos dias que correm, apenas na tutela formal dos integrantes aglutinados, posto exigir doravante a afirmação da importância jurídica do afeto como expressão da dignidade da pessoa humana¹⁸⁷.

Sendo assim, em tempos onde busca-se por maior autenticidade das relações, ganha maior importância a noção de filiação através do afeto, efetiva posse do estado de filho, denominada filiação sociológica. Deve-se definir esses

¹⁸⁶ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito de Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre : Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, p. 204, jun. 2000, p.194.

¹⁸⁷ OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Relacionamento Interfamiliar. Interfaces e Conexões do Direito de Família. **Revista Jurídica Del Rey**, Belo Horizonte : IBDFAM, n. 8, maio 2002, p.32.

novos contornos para compreender melhor esta seara que começa a nortear as relações entre pais e filhos.

De acordo com Madaleno:

[...] a paternidade tem um significado mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, uma paternidade que vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em interação paterno-filial, formando verdadeiros laços de afeto que nem sempre estão presentes na filiação biológica, até porque, a paternidade real não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento que vão sendo cultivados durante a convivência com a criança¹⁸⁸.

De acordo com Belmiro Pedro Welter:

[...] a filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto com o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida adoção à brasileira¹⁸⁹. E, com o novo Código Civil, pode-se acrescentar a estes a reprodução assistida heteróloga¹⁹⁰.

Depreende-se desta maneira a possibilidade de existência da paternidade jurídica sem a biológica, embora revelando-se a sócioafetiva; de uma paternidade biológica sem que evidencie-se a jurídica e a sócioafetiva.

Pode-se, ainda, encontrar a paternidade sócioafetiva, sem a presença de nenhuma das outras. A falta de coincidência entre esses três pilares pode gerar complexidade.

Segundo Boeira, “amor, dedicação e assistência são elementos tão importantes na identificação da real paternidade quanto um sobrenome proveniente de uma relação consangüínea, revelando esses três fatores uma relação psicoafetiva”¹⁹¹.

Denota-se proporcional o aumento da dimensão da posse do estado de filho à inviabilidade de absorção total da verdadeira filiação pela premissa biológica, haja

¹⁸⁸ MADALENO, Rolf Hanssen. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p.40.

¹⁸⁹ Adoção realizada de maneira informal sem registro em Cartório Civil.

¹⁹⁰ WELTER, Pedro Belmiro. Igualdade entre a filiação biológica e sócioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 14, 2002, p.128.

¹⁹¹ BOEIRA, Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho: Paternidade SócioAfetiva*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p.53.

vista que a desbiologização da paternidade encontra respaldo exatamente no fortalecimento dessa premissa.

De acordo com Almeida:

Devido à constitucionalização, no Direito de Família contemporâneo, vive-se um momento em que há duas vozes soando alto: a voz do sangue (DNA) e a voz do coração (afeto). Isto demonstra a existência de vários modelos de paternidade, não significando, contudo, a admissão de mais um modelo deste elo a exclusão de que a paternidade seja, antes de tudo, biológica. No entanto, o elo que une pais e filhos é, acima de tudo, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o do elo biológico¹⁹².

A Constituição Federal de 1988 redefiniu o conceito de família com base em valores que consagram a paternidade sócioafetiva. Consequentemente, faz-se necessária a substituição dos fundamentos axiológicos rigidamente normativos, que até há pouco norteavam o Direito de Família, por critérios interpretativos humanizados.

Nessa linha de pensamento, destaca-se a família nuclear, que se distingue de todos os outros padrões familiares pelo seu peculiar sentido de solidariedade que une os membros da unidade doméstica pela espontânea vontade.

De acordo com Bruno:

O afeto e a família são dois conceitos com características muito parecidas e se encontram intimamente ligados. Ambos são comumente referidos como dados, como fatos, embora sejam abstrações de difícil determinação. Ambos estão presentes em todos os momentos de nossa vida, e, especificamente com relação ao afeto, é preciso lembrar que não diz respeito apenas àquilo que denominamos de “amor”, mas, sim, a todos os sentimentos que nos unem¹⁹³.

A nova ordem constitucional deu maior importância a valores do ordenamento jurídico, que determinaram três hipóteses a caracterizar a matéria da filiação: a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros; a despatrimonialização das relações entre pais e filhos, que passaram a ser subordinadas a outros valores, sobretudo ao fundamento da dignidade da pessoa humana; e a desvinculação entre os relacionamentos dos

¹⁹² ALMEIDA, Maria Christina. A Paternidade Sócioafetiva e a Formação da Personalidade. O Estado e os Estados de Filiação. *Revista Jurídica*, Belo Horizonte:IBDFAM, n. 8, maio 2002, p.24.

¹⁹³ BRUNO, Denise Duarte. Família SócioAfetiva. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, n. 8, maio 2002, p.27.

genitores e a proteção conferida aos filhos. Estes fatores implicam na “repersonalização” das relações de família e objetivam a realização sentimental da pessoa no grupo familiar.

De acordo com Madaleno:

Aliás, o afeto é a matéria-prima fundamental nas relações de filiação, de intensidade variável, contudo constante, oxigênio e sobrevivência que responde pela adequada formação moral e psíquica dos filhos que são postos neste agitado mundo dos adultos, pessoas que, por vezes, de adultos nada demonstram, senão uma constante distorção na forma como educam e usam sua prole, comprometendo sua natureza humana, fragilizando sua estrutura moral, vilipendiando as relações parentais da prole com seus pais não guardiães, com ingerências ilícitas e movidas apenas por suas mesquinhas deficiências e carências pessoais¹⁹⁴.

A vigente Constituição Federal e as Leis nº 8.069/90 e 8.560/92 canonizaram a paternidade biológica, pelo que o filho, a qualquer tempo, pode investigar a paternidade contra o pai genético.

Já dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente 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 proíbe qualquer discriminação entre filhos, não afastando, à toda evidência, o filho de direito ou de fato. Determina o cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, elevados à categoria de fundamento da República - art. 1º, incisos II e III - e 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.

Neste contexto, quando confere-se prioridade aos interesses do menor e rompe-se com as definições biológicas e formais de família, concebe-se esta como uma comunidade de afeto.

¹⁹⁴ MADALENO, Rolf Hanssen. A Multa Afetiva. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, n. 8, 2002, p.33.

A abstração destes termos nos leva a buscar elementos identificáveis nas práticas dos grupos sociais, que permitam o reconhecimento de relacionamentos que possam ser nomeados de “família sócioafetiva”. Estes exteriorizam-se na posse de estado de filho, pois segundo Boeiro, “não há modo mais expressivo de reconhecimento do que um pai tratar o seu filho como tal, publicamente, dando-lhe proteção e afeto, e sendo o filho assim reputado pelos que, com ele, convivem”¹⁹⁵.

Toda a pessoa tem atributos que determinam sua individualidade na sociedade. Essas qualidades compõem o estado da pessoa e são consideradas pela lei, que atribui-lhe determinados efeitos jurídicos, constituindo segundo Gomes, “a posição jurídica da qual decorre um conjunto de direitos e obrigações”¹⁹⁶.

O *status* de filho pode ser revelado pela posse de estado. Cabe destacar que o estado de filho é irrenunciável, imprescritível e não admite transação - impossível nas ações declaratórias por serem exclusivas do direito público.

Uma vez declarado o estado de filiação jurídica, suas conseqüências são o nome e a indivisibilidade, posto que tal declaração torna-se *erga omnes* por integrar a personalidade jurídica e definir sua classificação social.

Quando os pais dispensam atenção ao filho, concedendo-lhe o gozo de direitos e impondo-lhe deveres, criando-o, educando-o, tratando-o como filho frente a terceiros e demonstrando seus nobres sentimentos, revela-se a posse de estado de filho. Ela se exterioriza pelos fatos, independentemente da revelação do fator biológico.

De acordo com Brauner :

Pode-se indagar a respeito de qual argumento que, sendo legítimo, poderia justificar não considerar-se como pai aquele homem que ama, que educa, alimenta e protege uma criança, fazendo transparecer a todos que é o pai, tendo em vista que assume pacificamente a função de genitor¹⁹⁷.

A paternidade sócioafetiva caracteriza-se pela reunião de três elementos clássicos, a saber: a utilização pela pessoa do nome daquele que considera pai, o que faz supor a existência do laço de filiação; o tratamento, que corresponde ao comportamento, como atos que expressem a vontade de tratar como faria um pai, e a fama, que constitui a imagem social, ou seja, fatos exteriores que revelam uma

¹⁹⁵ BOEIRA, Obra citada, p.54.

¹⁹⁶ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p.74.

¹⁹⁷ BRAUNER, Obra citada, p. 204

relação de paternidade com notoriedade - a pessoa aparenta à sociedade ser filho do pretendido pai. Essas circunstâncias, reveladas pela convivência, constituem os elementos do que se denominou posse de estado de filho.

O fato de o filho nunca ter usado o nome do pai não descaracteriza a posse de estado, se concorrerem os demais elementos citados. Cabe esclarecer que não há hierarquia entre eles, pois ainda se consideram outras qualidades que devem revestir a aparência de filho.

Busca-se a publicidade, a continuidade e a ausência de equívoco na relação entre pai e filho.

Ainda que não seja imprescindível o fator nome, posto que outros elementos também revelam a base da paternidade, o chamamento sim, pois, de acordo com Pereira, "Difícilmente se encontrará expressão mais eloqüente de tratamento do que o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai"¹⁹⁸.

A notoriedade se manifesta na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social, devendo esse fato ser contínuo e apresentar uma certa duração que revele estabilidade.

Desta maneira, o tempo surge como fator determinante da posse de estado de filho, trazendo a idéia de continuidade. A jurisprudência tem acrescentado a ausência de equívoco e vícios, como a troca de filhos na maternidade e até mesmo o seqüestro de uma criança para fins de adoção.

Evidencia-se, pois, um estado, senão de continuidade, pelo menos de constância. A constância na posse de estado não é somente a permanência: é, antes de tudo, o seu caráter notório e incontestável.

Para Boeira, "a continuidade compreendida como sinônimo de coerência dos fatos constitutivos da posse e ausência de contradição entre eles, aparece, sem dúvida, como uma condição da constância assim definida"¹⁹⁹.

A publicidade normalmente reflete-se na convicção da paternidade pela opinião pública e por isso, de acordo com Boeira, "na 'posse de estado', sempre haverá de coincidir a verdade exterior (objetiva), ditada pela realidade dos fatos, com

¹⁹⁸ PEREIRA, Coelho. *Filiação*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1978, p. 118 (mimeo), apud LOSEKANN, Luciano André. *Paternidade: Elo Biológico ou Afetivo?* **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 27, n. 83, set. 2001, p.253.

¹⁹⁹ BOEIRA, Bernarfo Ramos, *Obra cidadã*, p.78.

a verdade interior (subjéitiva), produto do sentimento, refletido pela relação paterno-filial”²⁰⁰.

Também, a publicidade pode vir a ser a mais contundentes das provas de existência de um liame de filiação. Nesse caso, ela exprime a realidade, revelando uma situação que enseja proteção.

Esta evidência pode elevar esse elemento até mesmo a pressuposto de análise de uma ação de investigação de paternidade, pois segundo Gomes, “se o investigador é tratado como filho do suposto pai e nessa reputação vive, motivo não há para não incluir esse fato entre os fundamentos da ação investigatória”²⁰¹.

Embora não evidencie-se menção expressa em lei à “posse de estado de filho”, já no Código Civil de 1916, o artigo 349 trouxe em seu inciso II uma hipótese interessante quando previu a utilização de qualquer meio de prova em direito admitida para provar a filiação legítima, desde que subordinada à existência de veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Desta forma, a doutrina procura enquadrá-la como um fato, considerando-a implicitamente integrada ao sistema jurídico através desse dispositivo que serviu como bússola na determinação da verdadeira paternidade, biológica, num primeiro instante, e sóciofativa, na atualidade.

Percebe-se, entretanto, que o legislador brasileiro não contemplou, explicitamente, a posse de estado como suporte fático para construir a filiação quando se fazem presentes a inexistência ou insuficiência de título.

De acordo com Boeira, “cabará ao aplicador do direito acolher esta realidade, para, com base na jurisprudência, construir o caminho que levará à normatização com integração plena e expressa da Posse de Estado dentro do nosso sistema jurídico”²⁰².

Face ao exposto, evidencia-se a possibilidade de considerar a posse de estado de filho como causa suficiente para demandar o reconhecimento da filiação e, por conseguinte, a declaração da paternidade, haja vista que somente esta é capaz de assegurar a verdadeira estabilidade de alguém frente à sociedade. O relacionamento diário o reconhece como filho e a base emocional construída assegura-lhe um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano,

²⁰⁰ Ibidem, p.83.

²⁰¹ GOMES, Orlando. Obra citada, p.335.

²⁰² BOEIRA, Bernardo Ramos, Obra citada, p.70.

preponderando essa noção como referencial na determinação de uma paternidade responsável.

3.3 Espécies de Paternidade Socioafetivas

Estabelece a doutrina brasileira, quatro espécies de filiação socioafetiva: filho de criação, adoção judicial, “adoção à brasileira” e por reconhecimento voluntário ou jurídico.

Dessa maneira, imprescindível se faz tecer breves considerações acerca destas espécies, eis que um estudo detalhista, embora importante, descarrilaria o foco principal a que se quer chegar; a compreensão do verdadeiro significado da paternidade formada por elo afetivo.

3.3.1 Adoção Judicial

“A adoção é um ato jurídico e um ato de vontade que se prova e se estabelece através de um contrato ou de um julgamento”.²⁰³ Nas palavras de Arnaldo Wald: “É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente”.²⁰⁴

Instituto antigo, (constando do art. 185 do Código de Hamurabi – 1728 – 1686 a.C.)²⁰⁵ tinha a finalidade de “eternizar 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”.²⁰⁶ Hoje, representa uma das manifestações de paternidade socioafetiva. “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”.²⁰⁷

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

²⁰³ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre Filiação Biológica e Afetiva*. Obra citada, p.133.

²⁰⁴ WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 217.

²⁰⁵ LEITE. *Apud*, WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre Filiação Biológica e Afetiva*. Obra citada, p.133.

²⁰⁶ WELTER. *Apud*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), 2004. Obra citada, p. 79.

²⁰⁷ LEITE. *Apud*, WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva*. Obra citada, p.133.

legal e absoluta da infância e da juventude, deve esse tipo de manifestação receber o mesmo tratamento dispensado à filiação sanguínea.

3.3.2 Adoção à Brasileira

Ocorre adoção à Brasileira “com declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de outra mulher, casada ou não, sem observância das exigências legais para adoção”.²⁰⁸

Embora se trate de conduta ilegal, tipificada no art. 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, como exemplifica JOÃO BAPTISTA VILLELA:

Se o registro diz que B é filho de A e A não é efetivamente o procriador genético de B, o registro não conteria necessariamente uma falsidade, pois ele é o espelho das relações sociais de parentesco. Na Constituição se colheriam o compromisso da República Federativa do Brasil com a solidariedade, a fraternidade, o bem-estar, a segurança, a liberdade, etc., estando essas opções axiológicas muito mais para uma idéia da paternidade fundada no amor e no serviço do que para sua submissão aos determinismos biológicos.²⁰⁹

Entende-se que, mesmo de forma ilegal, referida conduta está a atender ao mandamento contido no art. 227 da Constituição Federal, onde incumbe a família, a sociedade e ao Estado assegurar a criança, o direito “a convivência familiar”, com absoluta prioridade.”²¹⁰

Por outro lado, existem posições, como a de EDUARDO CAMBI²¹¹, 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

²⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra citada, p. 514.

²⁰⁹ *Apud*, idem, p. 512.

²¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra citada, p. 329.

²¹¹ CAMBI, Eduardo. O Paradoxo da Verdade Biológica e Sócio-Afetiva na Ação Negatória de Paternidade, Surgido com o Exame de DNA, na Hipótese de Adoção à Brasileira. *In*: JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). Revista de Direito Privado. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, nº 13, jan/mar, 2003, p. 86.

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, edificando o estado de filho afetivo (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 pormenorizando 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.²¹²

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.²¹³

²¹² *Apud*, CAMBI, Eduardo. O Paradoxo da Verdade Biológica e Sócio-Afetiva na Ação Negatória de Paternidade, Surgido com o Exame de DNA, na Hipótese de Adoção à Brasileira. *In*: JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). Revista de Direito Privado. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, nº 13, jan/mar, 2003, p. 88.

²¹³ CAMBI. *Apud*, JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). Obra citada, p. 88/89.

3.3.3 Filho de Criação

Ocorre quando os pais criam uma pessoa por mera opção, independentemente do vínculo biológico ou jurídico, dispensando todo o amor e cuidado como se filho fosse.

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.²¹⁴ De outro lado, não havendo regulamentação jurídica acerca da paternidade sociológica, hão de ser considerados os princípios de proteção à criança (art. 227 da Constituição Federal de 1988 e Lei nº 8.069/90) para que, extraídos fundamentos para reconhecimento da paternidade sócioafetiva, revelada pela posse de estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação²¹⁵.

3.2.4 Por Reconhecimento Voluntário ou Judicial

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, salienta JOÃO BAPTISTA VILELA²¹⁶, que este ato só poderá ser invalidado se restar comprovado que a manifestação não foi por vontade livre, produzida por coação ou erro (...). LUIZ EDSON FACHIN²¹⁷ elucida, ao certificar que “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 de filiação estabelece o vínculo afetivo, “atribuindo direitos que provocam efeitos, sobretudo morais (estado de filiação, direito ao nome, relações de parentesco) e patrimoniais (direito a prestação alimentar, direito a sucessão, etc.)”.²¹⁸

²¹⁴ *Apud* WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva*. Obra citada, p. 133.

²¹⁵ *Apud* WELTER, Belmiro Pedro. *Idem*, p. 133.

²¹⁶ *Apud*, *Idem*, p. 134.

²¹⁷ *Idem*, p. 134.

²¹⁸ WELTER, Belmiro Pedro, 2002. Obra citada p. 134.

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 em que vigora a verdade biológica da filiação²¹⁹. 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. Inexiste qualquer vício material ou formal capaz de ensejar a desconstituição.²²⁰

3.4 Irrevogabilidade 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.

“Considerando que a Constituição Federal engendrou 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”.²²¹ Aliás, não pareceria de bom alvitre fosse permitido ao pai desfazer o reconhecimento da paternidade a qualquer tempo;

(...) permitir que o pai, a seu bel-prazer, pudesse, a qualquer tempo, desfazer o reconhecimento da paternidade de um filho seria uma extremada injustiça, caracterizando um gesto “reprovável, imoral sobretudo se o objetivo é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo”.²²²

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

²¹⁹ *Apud*, *Idem*, p. 134.

²²⁰ *Apud*, *Idem*, p. 134.

²²¹ WELTER, Belmiro Pedro. 2002. Obra citada, p.153.

²²² VELOSO. *Apud*, WELTER, Belmiro Pedro, 2002. Obra citada, p.154.

Mesmo que venha o pai a saber que registrou como seu, filho de outrem, uma vez edificada a posse de estado de filho, tal compromisso torna-se irretratável. Professa João Baptista Vilela²²³, que “este ato só poderá ser invalidado se restar comprovado que a manifestação não foi por vontade livre, produzida por coação ou erro (...)”. “A exemplo do que ocorre com os demais atos jurídicos, a invalidação, pode verificar-se em razão de erro, dolo, coação simulação ou fraude. É de sabença geral que ninguém pode alegar, em seu benefício, a própria torpeza”.²²⁴

Alerta, nesse sentido, Cristian Fetter Mold²²⁵, que “nem uma simples pressão psicológica, de nenhum modo pode ser comparada a uma coação, o que não dá azo à desconstituição do registro, uma vez que o reconhecimento é irrevogável”.

3.5 Da Relativização da Coisa Julgada

Tem-se como coisa julgada a ação jurídica definitiva e imutavelmente decidida por apreciação judicial.

Assim, pelo princípio da coisa julgada, nas ações de investigação de paternidade, está sendo relativizado com base nos princípios constitucionais que norteiam a igualdade entre filiação biológica e socioafetiva.²²⁶

A discussão gira em torno de duas esferas: da mutabilidade da coisa julgada, quando o filho não tiver um pai jurídico (biológico ou afetivo) e da sua imutabilidade, se o filho já tiver um pai jurídico.²²⁷

A declaração da paternidade registral, não impede seja investigada a biológica, desde que ainda não tenham sido solidificados laços afetivos, como afirma Belmiro Pedro Welter:

(...) mesmo que na anterior ação de investigação de paternidade tiver sido declarado um pai registral, a paternidade biológica pode ser novamente investigada, desde que não edificada a filiação afetiva. Isso porque a existência de um pai registral (um nome de pai na certidão de nascimento) não significa a certeza do pai afetivo. Dessa forma, aceita-se, paulatinamente, o ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade ou de ação rescisória, quando na anterior demanda não tiver

²²³ *Apud*, WELTER, Belmiro Pedro, 2002. Obra citada, p. 134.

²²⁴ *Apud*, *Idem*, p. 155.

²²⁵ *Apud*, WELTER, Belmiro Pedro, 2002. Obra citada, p.154.

²²⁶ WELTER, Belmiro Pedro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), 2004. Obra citada, p.85.

²²⁷ *Idem*, p.86.

havido a produção do exame genético em DNA e não reconhecida a filiação sociológica.²²⁸

Assim, os principais fundamentos jurídicos a serem invocados na renovação da ação de investigação de paternidade²²⁹ são: a) embora seja o exame genético de DNA infalível, pode o seu procedimento conter alguma falha deixando de refletir a verdade; b) a insuperável necessidade psicológica que o ser humano tem de saber sua origem genética; c) o reconhecimento da paternidade biológica não apenas de interesse do investigante, mas de toda uma sociedade.²³⁰

Pelo princípio da imutabilidade da coisa julgada, a perfilhação torna-se irrevogável, eis que o filho já possui um pai jurídico. No entanto, aceita nosso Tribunal de Justiça²³¹ que esse filho busque sua ancestralidade genética através de ação declaratória, mas sem almejar um nome, herança, alimentos, parentesco, nem poder familiar, porque esses direitos já foram outorgados pelo pai afetivo.²³² Tal entendimento jurisprudencial, porém, não é unânime, havendo quem discordasse da tese dominante, por entender que:

(...) ação declaratória de filho afetivo, que busca o liame biológico, não produz qualquer efeito jurídico, porque não se pode declarar a existência de um fato biológico, pois não é possível que uma pessoa tenha dois pais reconhecidos pelo Direito, um biológico e outro registral.²³³

A tese dominante, a seu turno, sustenta que não se está simplesmente declarando um fato biológico, e sim vários efeitos jurídicos; como por exemplo, necessidade psicológica de conhecer a origem genética (que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana); preservação dos impedimentos matrimoniais, para evitar o incesto²³⁴; bem como a preservação da vida e da saúde do filho e dos pais biológicos nos casos grave doença genética.²³⁵

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se favoravelmente à concessão dos efeitos jurídicos da necessidade psicológica e manutenção dos impedimentos

²²⁸ Idem, p.86

²²⁹ Para a propositura desta ação, necessário não tenha sido feito exame de DNA n ação anterior e nem tenha edificado-se a filiação afetiva.

²³⁰ WELTER, Belmiro Pedro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), 2004. Obra citada, p.87.

²³¹ *Apud*, idem, p.88.

²³² Idem, p.88.

²³³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Obra citada, p. 348.

²³⁴ Ocorre o incesto quando casam-se, entre si, parentes por consangüinidade, em grau vedado ao casamento.

²³⁵ *Apud*, WELTER, Belmiro Pedro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), 2004. Obra citada, p.88.

matrimoniais²³⁶. Não se está a cuidar do reconhecimento de duas figuras paternas, uma biológica e outra afetiva, até porque apenas um deles constará na certidão de nascimento. “Mas no registro civil deverá ser averbada a sentença declaratória da paternidade biológica, para preservar-se os três efeitos jurídicos”.²³⁷

3.6 Da Imprescritibilidade do Direito de Contestar

A Lei Civil de 1916, primando pela manutenção da família legítima, impunha curtíssimos prazos para que o marido da mãe pudesse contestar a paternidade (art. 178, §3º e §4º). Além disso, apenas a ele pertencia a legitimidade para o ajuizamento da ação (art. 344). “Sustentou-se na doutrina e na jurisprudência que tais prazos eram decadenciais ou preclusivos, (...) e ao apenas prescritíveis”.²³⁸

O Novo Código Civil alterou a antiga previsão, adotando, em seu art. 1.061, a imprescritibilidade da referida ação. Embora imprescritível, aponta Paulo Luiz Netto Lôbo, que “a impugnação não poderá ser exercida se fundada apenas na origem biológica, em aberto conflito com o estado de filiação já constituído”.²³⁹ Dessa forma, terá de se provar a inexistência do estado de filiação ou o induzimento em erro, dolo ou coação quando do registro.

Ainda, afirma a doutrina que, a prova de inexistência de vínculo biológico é considerada insuficiente para impugnar a paternidade, tendo e vista a possibilidade de consolidação de enlace afetivo. Do contrário, estar-se-ia agindo contra o princípio constitucional de proteção à família em nome de decisões impulsivas e arbitrárias do pai.²⁴⁰

Assiste também ao filho o direito de impugnar a paternidade, obedecendo os mesmos requisitos de quando feita pelo pai. Para tanto, prevê-se no art. 1.614 do Código Civil de 2002, que tal impugnação deverá ser feita dentro de quatro anos que seguirem à maioridade ou emancipação do menor.

²³⁶ *Apud.* Idem, p.89.

²³⁷ Idem, p.89.

²³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra citada, p. 519/520.

²³⁹ Idem, p. 520.

²⁴⁰ Idem, p. 520.

3.7 A Busca da Origem Genética

Distingue a doutrina o estado de filiação da origem genética. Aponta que o primeiro “decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, tendo natureza de direito de família. Já a segunda, pertence ao direito da personalidade”.²⁴¹

Havendo a edificação da posse de estado de filho, essa só pode ser modificada por motivos de erro, dolo ou coação. Dessa forma, inadmissível vindicar novo estado de filiação eis que já constituído. “O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida”.²⁴²

Observa-se, dessa forma, o descabimento em, supostamente realizando-se a perícia investigatória, atribuir a paternidade daquele que foi gerado por doador de sêmen, por exemplo.

“Em contrapartida, a pessoa tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha. Apenas nesta hipótese, a origem biológica desempenha papel relevante no campo do direito de família”.²⁴³

A distinção entre pai e genitor torna-se cada vez mais gritante. “Pai é o que cria. Genitor é o que gera”.²⁴⁴ Nada impede o filho de buscar sua origem através de perícia genética (trata-se de direito individual e personalíssimo), mas desde que não pretenda obter, com isso, qualquer benefício senão àqueles ligados à prevenção da sua saúde.

Estudos biológicos afirmam que “o genoma é a soma do material genético de um organismo que, na espécie humana, corresponde a uma seqüência de ácido desoxirribonucléico de três bilhões de unidades, na qual as bases se combinam aos pares”.²⁴⁵

Fica o questionamento: “será apenas isso o ser humano, uma seqüência de bases químicas? Um número de três bilhões de dígitos?”²⁴⁶ “A identidade genética

²⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra citada, p. 151.

²⁴² Idem, p. 151.

²⁴³ Idem, p. 152.

²⁴⁴ Idem, p. 152.

²⁴⁵ MAIDANA, Jédson Daltrozo. Obra citada, p. 59.

²⁴⁶ Idem, p. 59.

em nada se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejado”.²⁴⁷

3.8 A Verdadeira Identidade Paterno-Filial

A descoberta da identidade genética fez triunfar uma nova paternidade, dando fim 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, excluindo 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.

Elucida Luiz Edson Fachin:

(...) embora a verdade biológica seja invocada como ponto de partida, as reformas consideraram, igualmente, a verdade socioafetiva, porque a verdadeira paternidade, “pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência”.²⁴⁸

“A verdadeira filiação (...) só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independentemente da origem biológico-genética”.²⁴⁹ Afinal, pai é aquele que participa constantemente na vida do filho, que se preocupa com seu desenvolvimento sadio, que dá carinho, amor, que busca proporcionar ao filho tudo de melhor que está ao seu alcance.

Dessa forma, confrontam-se as duas verdades da filiação; “a verdade biológica (a dos laços de sangue), e a verdade do coração, dos sentimentos, a que

²⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra citada, p. 153.

²⁴⁸ FACHIN. *Apud*. LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 78.

²⁴⁹ *Idem*, p. 79.

corresponde à filiação querida desejada, vivenciada no dia-a-dia (...).²⁵⁰ Qual delas deve prevalecer?

Tem-se a verdade genética apenas como um dado, uma informação, enquanto que a verdadeira paternidade se constrói.²⁵¹ “Pai não pode ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade”.²⁵² 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 averba alimentar. Que espécie de relação paterna, nesse caso, se está 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 art. 226, §6º, eliminando a supremacia da verdade biológica.²⁵³

A presunção de paternidade recai, ainda, sobre aquele que se nega a realizar a perícia genética (caracterizando confissão ficta). Ora, se impor uma filiação com base em resultado positivo do exame de DNA, não garante futura relação afetiva entre pai e filho, que dirá impor àquele que recebe a paternidade forçosamente como se fosse uma penalidade!²⁵⁴

Sobre este aspecto, leciona Eduardo de Oliveira Leite:

Se os extraordinários avanços das ciências biomédicas fizeram com que a paternidade deixasse definitivamente o domínio da crença para entrar no da certeza, não conseguiram, na mesma proporção conciliar os laços de sangue, com os laços afetivos, de modo que a criança tenha, no melhor dos casos, seu verdadeiro pai, isto é, o genitor (verdade de sangue) se confundindo com o pai (verdade do coração).²⁵⁵

²⁵⁰ Idem, p. 79.

²⁵¹ Como Leciona Fachin: “A paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável. Ao reverso, a relação paterno-filial socioafetiva se revela; é uma conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes”. Da paternidade: relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 59.

²⁵² FACHIN. *Apud.* LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 79.

²⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 80.

²⁵⁴ Idem, p. 82.

²⁵⁵ Idem, p. 82.

As transformações a que passaram a sociedade transferiram a primazia dos interesses para as crianças, através do mandamento constitucional previsto no art. 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, como define LUIZ EDSON FACHIN: “aplicação da Lei deve sempre realizar o princípio, consagrado como critério significativo na decisão e na aplicação da lei, tutelando-se os filhos como seres prioritários.”²⁵⁶ “De toda forma, deve ser ponderada a convivência familiar, constitutiva da posse de estado de filho, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente”.²⁵⁷

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, “cujo vínculo nem a lei e nem sangue garantem”.²⁵⁸ Que seja sinônimo de amor e solidariedade.

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.

3.9 Direito à sucessão na sociopaternidade

A filiação, antes da atual Constituição Federal, era discriminatória, havendo inúmeras dificuldades para o reconhecimento da paternidade, vez que o art. 337, do CC de 1916, proibia o reconhecimento dos filhos contraídos fora do casamento.

Conseqüentemente os filhos ilegítimos não tinham os mesmos direitos sucessórios, pois, apenas a filiação legítima e os filhos adotivos – estes em menor escala - eram protegidos e contemplados pela legislação, afinal, o antigo Código

²⁵⁶ *Apud*, LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra citada, p. 516.

²⁵⁷ *Idem*, p. 517.

²⁵⁸ WELTER, Belmiro Pedro. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 2004, Obra citada, p.83.

Civil não abria amplamente as portas à paternidade, fundado na paternidade jurídica decorrente da força da presunção.

Na maior parte dos casos, a filiação origina-se da relação biológica; no entanto, ela emerge da construção da cultura e afetividade permanente, que surge na convivência e na responsabilidade. As figuras de pai e mãe para uma criança são aquelas em que ela estabelece vínculos sentimentais.

Segundo Nogueira :

Pode-se dizer que existem dois momentos referentes à filiação: um fisiológico, que determina a filiação biológica, e um psicológico, que determina a filiação afetiva, sendo esta decorrente da criança se sentir segura e desejada. Os próprios pais biológicos podem ser os que atendam as necessidades psicológicas, mas, quando estes são ausentes e não estabelecem vínculos com a criança, são, para os sentimentos dela, simplesmente estranhos²⁵⁹.

O afeto não provém da Biologia. Os laços de afeto e de solidariedade originam-se através convivência e não através da consanguinidade.

A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, este último ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é que vemos a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, à medida da redução da patrimonialização dessas relações.

O art. 226 da Constituição Federal, assegura especial proteção do Estado à família, elevando-a à base da sociedade.

A constitucionalização das relações familiares trouxe a repersonalização do Direito de Família, e, agora, dadas relações são intersubjetivas, e não mais individuais, objetivando a realização do indivíduo. Portanto, para a concretização desse direito fundamental deve ser considerada família seja a união legalizada pelo casamento ou aquela sedimentada por duradouro tempo de convivência - união estável, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes - família monoparental.

Na esfera constitucional, todas são merecedoras de proteção do Estado Social democrático de Direito como núcleo familiar, assim entendido o agrupamento

²⁵⁹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p.86.

de pessoas envolvidas por laços de sangue, vínculos afetivos e comunhão de interesses.

Já o art. 227 da Constituição Federal busca a eficácia máxima de outros direitos fundamentais fora do rol, os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, proclamando a Doutrina da Proteção Integral. Para isso, é acompanhada na sua concretização pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que organizou toda a matéria relativa à proteção da infância e da adolescência, tratou o direito ao estabelecimento da filiação, enfatizando a igualdade entre os filhos e a necessidade de garantir-se o interesse da criança.

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente reproduz o dispositivo constitucional, desmembrando-o nos artigos 3º, 4º e 5º, em que ficam evidentes as Garantias de Direitos da população infanto-juvenil.

Desta forma, garante-lhes o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana com prioridade absoluta, impondo a primazia para as políticas sociais públicas como dever da família, da sociedade civil e do Poder Público.

Tal fato deve-se às crianças e adolescentes possuírem características específicas devido a sua peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

De acordo com Cambi:

Não é razoável que a pessoa "adotada" seja vítima daqueles que se beneficiam da "adoção à brasileira", quando, por motivos geralmente patrimoniais, pretendam menosprezar seu nome e sua condição social. Afinal, toda a história da pessoa se estrutura em torno de seu nome (documentos, histórico escolar, relacionamentos profissionais e sociais de amizade, etc.). Daí ser o estado de filiação uma inerência do direito à personalidade, que, quando colocado em confronto com direitos patrimoniais, há de prevalecer, em nome da tutela da dignidade da pessoa humana. Trata-se, pois, de uma opção pelo *ser* humano, em detrimento do *ter*, permitindo que o Direito Civil não seja eminentemente patrimonialista-individualista, mas saiba visualizar a função humana e social da propriedade, por estar ela inserida em um contexto axiológico mais amplo,

que vê a felicidade pessoal e a coletiva como bens jurídicos mais relevantes²⁶⁰.

O art. 227, § 6º, da Constituição Federal consagrou esse direito ao proclamar que: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O clamor emergente das situações sociais relativas à filiação encontrou eco na jurisprudência:

[...] por incrível que pareça, até pouco tempo, ou seja, até o advento da Constituição de 1988, os cidadãos que tinham os seus direitos fundamentais mais atingidos e desrespeitados eram as crianças. Estas, muitas vezes, tinham que assumir duras conseqüências, por atos que não praticaram, que sequer participaram, mas fazendo parte, ou sendo a principal vítima, de ato praticados pelos adultos²⁶¹.

No seu bojo esse pronunciamento judicial acrescenta ainda mais:

Já não é sem atraso que se percebe que a verdadeira paternidade não pode se circunscrever apenas na busca de uma precisa informação biológica, mas no balanceamento da busca da base biológica da filiação com sentido socioafetivo da paternidade²⁶².

Em resumo, a paternidade socioafetiva fundamenta-se, juridicamente, no Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, preconizado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

A intensa mudança de paradigma da paternidade, no direito brasileiro, significou centralizar a atenção na realização existencial das pessoas envolvidas (pai e filho) e na afirmação de suas dignidades; em uma palavra, na repersonalização.

Os interesses patrimoniais, que antes determinavam as soluções jurídicas nas relações de família, implícita ou explicitamente, perderam o protagonismo que detinham, assumindo posição de coadjuvantes dos interesses pessoais.

²⁶⁰ CAMBI, Eduardo. O Paradoxo da Verdade Biológica e Sócio-Afetiva na Ação Negatória de Paternidade, Surgido com o Exame do DNA, na Hipótese de "Adoção à Brasileira". **Jornal Síntese**, Porto Alegre, v. 59, jan. 2002. p. 19.

²⁶¹ Processo nº 01295046435 – Ação negatória de paternidade. Maria Isabel Pereira da Costa, AJURIS, Sentenças: Rio Grande do Sul, Porto Alegre, V.2-3, p.147, dez 1999/jun 2000

²⁶² Processo nº 01295046435 – Ação negatória de paternidade. Maria Isabel Pereira da Costa, AJURIS, Sentenças: Rio Grande do Sul, Porto Alegre, V.2-3, p.147, dez 1999/jun 2000

Desta forma, não podem os interesses patrimoniais ser móveis de investigações de paternidade, como ocorre quando o pretendido genitor biológico falece, deixando herança considerável. Ou seja, a investigação de paternidade tem por objeto assegurar o pai a quem não tem e nunca para substituir a paternidade socioafetiva pela biológica, até porque esta só se impõe se corresponder àquela.

Nesse sentido, questiona-se: como resolver o inevitável conflito que se instaura entre esses interesses, de modo a preservar a paternidade socioafetiva?

Sob outra perspectiva, é razoável a pretensão patrimonial daquele que teve negado seu originário direito à filiação, cuja paternidade foi assumida por outrem.

Advirta-se que o conflito apenas é possível em se tratando de situações enquadráveis na posse de estado de filiação, pois os demais estados de filiação não-biológica, isto é, decorrentes de adoção e de inseminação artificial heteróloga, cortam integralmente a relação com o passado biológico; nestas duas últimas hipóteses, a presunção legal de paternidade é absoluta, não podendo haver qualquer relação jurídica com o genitor biológico, salvo para fins de impedimento para casar.

Tampouco pode ser admitido conflito de interesses que conduza a atribuir responsabilidade jurídica a dador anônimo de sêmen ou gametas crioconservados em instituições e destinados a reprodução medicamente assistida.

O item 3 do Capítulo IV da Resolução n. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, estabelece norma deontológica - que serve de norte para decisão, à falta de norma jurídica geral - assim enunciada:

Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Analisando-se a questão por este ângulo, pergunta-se: de que maneira podem ser compatibilizados os interesses pessoais e patrimoniais, quando o conflito se der entre paternidade socioafetiva derivada de posse de estado de filiação e o pretendido interesse em imputar responsabilidade ao genitor biológico falecido?

Esta resposta pode ser encontrada nas categorias gerais do sistema jurídico. O estado de filiação é matéria afeta ao direito de família, inviolável por decisão judicial que pretenda negá-lo, pelas razões já expostas. Não pode haver,

consequentemente, sucessão hereditária entre filho de pai socioafetivo e seu genitor biológico; com relação a este não há direito de família ou de sucessões. Mas, é possível resolver-se a pretensão patrimonial no âmbito do direito das obrigações.

É razoável atribuir-se-lhe um crédito decorrente do dano causado pelo inadimplemento dos deveres gerais de paternidade (educação, assistência moral, sustento, convivência familiar, além dos demais direitos fundamentais previstos no art. 227 da Constituição) por parte do genitor biológico falecido, cuja reparação pode ser fixada pelo juiz em valor equivalente ao de uma quota hereditária se herdeiro fosse. Para isso será necessário ajuizar ação de reparação de dano moral e material, habilitando-se no inventário como credor do espólio, com requerimento de reserva de bens equivalentes para garantia da ação.

Para os que não trabalham cotidianamente com processos que versam sobre filiação convém explicitar o que ocorre na doutrina e na jurisprudência: há julgados e doutrinadores entendendo que a “adoção à brasileira” efetuada é irrevogável desde logo; há entendimentos no sentido de que é imprescritível o direito de revogar - ou anular - o ato por se tratar de ação de estado; há os que fazem analogia entre o casamento e a união estável, conferindo o direito do homem invalidar o reconhecimento de filho de sua mulher se a ação for interposta dentro do prazo e, por fim, o entendimento que confere quatro anos como limite para fazer cessar os efeitos jurídicos da “adoção à brasileira”.

A regra prevista no art. 178, II do Código Civil que estabelece o prazo de quatro anos para desconstituir o ato ou negócio jurídico praticado com vício de consentimento - erro, dolo coação, simulação ou fraude - tem inteiro cabimento à espécie porque vem de encontro à perspectiva da teoria do convalidamento das nulidades pelo tempo e da segurança das relações jurídicas.

Finalizado o tempo previsto em Lei, convalesce o vício da declaração falsa porque, no mundo dos fatos, as conseqüências jurídicas produzidas pelo ato contaminado se estabeleceram de tal forma que é impossível negá-las ou desfazê-las.

É o caso da “adoção à brasileira” não desfeita nos quatro anos que se seguiram. A pessoa registrada existe. Foi criada e estruturou-se com a personalidade e com essa condição social que lhe foi dada. Cancelar seu nome e todas as situações jurídicas daí decorrentes seria aniquilar a pessoa humana

existente, principalmente se foi longo o tempo havido desde o ato da adoção informal.

Como já foi dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227 § 6º, equiparou o direito de todos os filhos. Assim, não mais acontecerá de aqueles que biologicamente eram filhos não serem juridicamente considerados como tais.

E, também, quanto à filiação civil, que é aquela não biológica, dá-se o mesmo *status* de filho de sangue, inclusive para efeitos sucessórios²⁶³.

A adoção e a reprodução assistida heteróloga representam origem no parentesco civil e, desse modo, seguem a mesma estrutura no campo dos efeitos jurídicos da filiação civil. Daí a necessidade de reconstrução da letra de vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais para o fim de estender a referência feita à “adoção” às hipóteses de “adoção ou outra origem não-sangüínea”, através de interpretação extensiva:

[...] No campo da localização e interpretação das normas jurídicas, especialmente relacionadas aos efeitos da filiação resultante da adoção e da reprodução assistida heteróloga, deve-se raciocinar da seguinte forma: a) naquilo que diz respeito aos efeitos propriamente ditos do parentesco civil, o método a ser empregado é o da interpretação extensiva, já que desde o surgimento das técnicas de reprodução assistida heteróloga a adoção deixou de ser único modo de constituição do parentesco civil; b) naquilo que a adoção tem de peculiar, deve-se raciocinar com base na analogia para o fim de suprir a lacuna da lei, mas com a necessária adaptação²⁶⁴.

A jurisprudência tem afastado a base biológica para atender valores fundados no amor que vão além dos laços sanguíneos, porque a paternidade não é apenas um mero fato, um dado biológico, e sim, uma relação construída na vida pelos vínculos que se formam entre o filho e seu genitor.

²⁶³ Neste sentido o Enunciado 111 do Conselho de Justiça Federal, pelo qual, numa análise do art. 1.626 do CC/02, dispõe que “a adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.” Enunciado da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ.

²⁶⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.1010-1011.

Quanto à sucessão, Eduardo Cambi defende a paternidade socioafetiva explicando que:

[...] toda história da pessoa se estrutura em torno do seu nome (documentos, histórico escolar, relacionamentos profissionais e sociais de amizade, etc.) Daí ser o estado de filiação uma inerência do direito à personalidade que, quando colocado em confronto com direitos patrimoniais, há de prevalecer, em nome da dignidade da pessoa humana²⁶⁵.

Opta-se, desta maneira, pelo ser humano, que está inserido num contexto axiológico mais amplo, no qual a felicidade pessoal é um bem jurídico mais relevante.

Não resta dúvidas de que o filho de uma pessoa, nascido por meio de qualquer das técnicas de reprodução assistida, terá os mesmos direitos e deveres dos demais filhos de tal pessoa.

Para que possa herdar, basta que tenha sido concebido ao tempo da abertura da sucessão, que venha a nascer com vida e que seja filho do *de cujus*.

Ocorre que uma questão vem à tona, no direito sucessório, quando tratamos do embrião concebido e criopreservado.

Acredita-se que o embrião conservado fora do útero não é considerado nascituro e sua condição jurídica é ainda indefinida e temerosa, ainda que merecedora de proteção.

Para receber bens por sucessão legítima, tal embrião deverá estar implantado no útero feminino, pois só assim terá capacidade sucessória para herdar os bens do falecido.

Portanto, se com a morte do *de cujus* o embrião, em cuja fertilização consentiu, já estiver implantado no útero feminino, não há dúvidas de que a filiação lhe será assegurada, bem como o direito à herança.

Quanto ao embrião fecundado, mas não implantado, poderemos definir-lhe duas conseqüências jurídicas de acordo com Silva:

A primeira é a de que nunca poderá herdar por sucessão legítima, por não se achar inserido no conceito de nascituro e pelo fato de o direito não poder ficar à mercê da vontade da mãe em implantá-lo quando bem entender.

²⁶⁵ CAMBI, Eduardo. Obra citada, p. 59.

A segunda conseqüência será a da possibilidade de vir a herdar, desde que o *de cuius* assim disponha em seu testamento, por analogia ao conceito de prole eventual, e desde que indique quem será a mãe do beneficiário. Deve-se buscar, aí, a vontade expressa do testador em deferir-lhe a herança²⁶⁶.

Quanto à inseminação *post mortem*, tem-se que atualmente ela se faz quando o sêmen ou o óvulo do *de cuius* é fertilizado após a sua morte. Em tal caso por ter sido a concepção efetivada após a morte do *de cuius*, não há que se falar em direitos sucessórios a ele.

Existem tendências doutrinárias admitindo que tanto o não concebido quanto o não nidado possam ter direitos sucessórios e o reconhecimento de sua filiação, desde que a pessoa assim lhe assegure por meio de testamento.

O direito sucessório, portanto, decorre da filiação e, a partir da determinação do vínculo de paternidade, será resolvido. Destaca-se que o consentimento dado em vida é essencial para determinar os direitos do nascituro e para formação do vínculo de filiação.

O Judiciário deve, à luz de cada caso concreto, agir com Justiça, considerando os partícipes de uma filiação sócioafetiva, de adoção ou reunidos numa união estável como marido e mulher, a fim de interpretar os direitos e os deveres reconhecidos a eles na redação da legislação pátria, também conferidos aos companheiros, hetero ou homossexuais, posto que hoje são assim considerados e aceitos os que se uniram com laços mais estreitos e sólidos que aqueles feitos com papel.

²⁶⁶ SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A paternidade sócioafetiva e a obrigação alimentar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321>>. Acesso em: 02 out. 2006.

CONCLUSÕES

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

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 aos 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 ao encantamento 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 Constituição Federal de 1988 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 reconhecidas como entidade 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, corporificado 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 verdade a que se refere, 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 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, nestes 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 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 esfumaçar a devida imagem, é ignorar, acima de tudo, os efeitos de uma paternidade indesejada.

Assim, nasce uma nova verdade no estabelecimento 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 esta relação tão sólida ou mais que aquela advinda da consangüinidade, satisfazendo, em sua plenitude, 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, 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 o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A doutrina e o direito, hodiernamente, afirmam que é possível o filho demandar o pretense pai para dele haver questões patrimoniais, mesmo que a filiação não esteja juridicamente reconhecida, bastando, apenas, a existência de fortes indícios e presunções quanto à respectiva paternidade.

Estabelecido o estado de filho afetivo, dele emana um recíproco feixe de direitos e deveres entre pais e filhos, morais e patrimoniais. Estes, devem derivar da família como consequência natural do verdadeiro sentido da relação de paternidade na concepção eudemonista.

A norma insculpida no diploma constitucional tem como maior propósito encerrar as discriminações, concedendo uniformemente os direitos advindos da relação paterno-filial.

Face ao exposto, sustenta-se o surgimento um direito para todos, numa tutela social ampla, capaz de atender à realidade cultural brasileira, tornando o direito efetivo e útil em sua aplicação. Dada a repersonalização das relações familiares, a liberdade de escolha de cada indivíduo quanto às pessoas com quem vai compartilhar sua vida deve ser respeitada, e o Judiciário deve apenas engrandecer a relação afetiva estabelecida entre os membros da família, para garantir a dignidade do ser humano.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina. A Paternidade Sócioafetiva e a Formação da Personalidade. O Estado e os Estados de Filiação. **Revista Jurídica**, Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, n. 8, p. 24, maio 2002. (Número especial).

¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. II vol. n. 282

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

_____. **Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho**: Paternidade SócioAfetiva. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito de Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre : Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, p. 204, jun. 2000.

BRUNO, Denise Duarte. Família SócioAfetiva. **Revista Jurídica Del Rey**, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, n. 8, p. 27, maio 2002. (Número especial).

CAMBI, Eduardo. O Paradoxo da Verdade Biológica e Sócio-Afetiva na Ação Negatória de Paternidade, Surgido com o Exame do DNA, na Hipótese de "Adoção à Brasileira". **Jornal Síntese**, Porto Alegre, v. 59, jan. 2002. p. 19.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. **Procriação assistida e direito à saúde: análise do planejamento familiar à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da primazia do direito da criança**. Dissertação. PUC-PR. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. 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.

_____. **Conversando Sobre o Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1992.

_____. **Da Paternidade**: Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais - O Estabelecimento da Paternidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A Multa Afetiva. **Revista Jurídica Del Rey**, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, n. 8, p. 33, 2002. (Número especial).

GLANZ, Semy. **A Família Mutante**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Dicionário de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

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 Cosntitucinais, Civis 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.º19, 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 Socioafetiva: A Filiação e a Revolução da Genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 24, jul/ago/set, 2004. Porto Alegre: Síntese: IBDEFAM, p. 50-79.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

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

MURICY, Ananda Pinto. **Maus Tratos perpetrados contra a criança e o adolescente como causa determinante da perda do poder família**. Monografia. UFSC. 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Fátima *apud* QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: Direito Matrimonial**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Relacionamento Interfamiliar. Interfaces e Conexões do Direito de Família. **Revista Jurídica Del Rey**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 8, p. 32, maio 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Curso de Axiologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Família na Travessia do Milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Direito de Família: Uma abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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.

PEREIRA, Coelho. Filiação. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1978, p. 118 (mimeo), *apud* LOSEKANN, Luciano André. Paternidade: Elo Biológico ou Afetivo? **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 27, n. 83, p. 253, set. 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica**. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PERROT, Michelle. Funções da Família. *In*: **História da Vida Privada**. Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. v. 4. São Paulo : Companhia das Letras, 1991.

PÖLKING, Augusta. **A Paternidade Socioafetiva: Alguns Aspectos Relevantes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: PUCRS, Faculdade de Direito 2003.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Diálogos Sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

RODRIGUES *apud* TAVEIROS, Maria Dulce Amorim, ROCHE, Susana Alcântara. **As Uniões Homoafetivas à Luz da Ciência da Psicologia quanto aos Aspectos Emocionais e Preconceituosos**. FCH/CESMAC: 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321>>. Acesso em: 02 out. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

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

WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família: Questões Controvertidas**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. Igualdade entre as Filiações Biológica e Sócioafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº14, jul/ago/set, 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.128-162.

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

_____. Igualdade entre a filiação biológica e sócioafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n. 14, p.128-163, 2002.