

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA TEORIA SOCIOAFETIVA – O CARÁTER SOCIOLÓGICO NA
FILIAÇÃO**

Thiago José de Souza Bonfim

Presidente Prudente/SP

2004

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA TEORIA SOCIAFETIVA – O CARÁTER SOCIOLÓGICO NA
FILIAÇÃO**

Thiago José de Souza Bonfim

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Profa. Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos.

Presidente Prudente/SP

2004

DA TEORIA SOCIOAFETIVA – DO CARÁTER SOCIOLÓGICO NA FILIAÇÃO

Trabalho de Conclusão de curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito

Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos
Orientadora

Marcio Ricardo da Silva Zago
Examinador

Marcelo de Toledo Cerqueira
Examinador

Presidente Prudente, 01 de dezembro de 2004.

Quanto mais largas vastidões abrangem o saber, tanto mais razão de serem modestos os seus cultores. A circunferência visual se ensancha, à medida que a luneta do observatório alcança mais longe. Mas o observador é um ponto, que se reduz cada vez mais no centro do horizonte sensível. Muito há que alguém disse: “O sábio sabe que não sabe”.

Rui Barbosa

Este trabalho é dedicado aos meus pais Givaldo e Rute que, com muito esforço, me deram a oportunidade de estudar e de galgar degraus sólidos em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que é pai e realizador de todas as coisas, sendo que foi ele que, com a sua graça, me auxiliou e colocou em meu caminho todas as pessoas as quais devo minha vida e minhas realizações.

Ainda com a mesma intensidade agradeço aos meus pais que me deram total apoio e suporte para que eu pudesse traçar mais esta linha em meu destino, com muito trabalho árduo e esforço inesgotável. Sou a eles grato por tudo que tenho e tudo que virei a ter, pois os amo.

Não posso deixar de agradecer ao meu irmão Junior e as minhas avós, Ana e Joanita, que são pessoas incríveis e que sempre me transmitiram força e garra, para nunca desistir em momentos que achei serem impossíveis de ultrapassar.

Ainda, com muito carinho, agradeço a minha namorada Danielle, que é parte integrante da minha vida e a qual devo muitos agradecimentos já que ela me ajudou a centrar-me em meu trabalho e esteve junto a mim em todos os momentos que senti não mais poder continuar.

Com muita satisfação agradeço a minha orientadora Vera Lúcia, que com o seu irretocável saber jurídico e disciplina me deu a oportunidade de apresentar um trabalho consistente e que espero render bons frutos. A você professora minha eterna gratidão.

Ao final agradeço a todos os meus amigos que são colaboradores para esta minha realização e também rendo agradecimentos a todos os quais aqui não citei mas sabem que sempre lhes serei grato.

RESUMO

O presente trabalho científico discute a paternidade socioafetiva, tema este que é amplamente discutível e polêmico, trazendo assim à tona variáveis acerca da filiação e de suas conseqüências no direito sucessório.

Com destaque especial este tema procura analisar a perfilhação sociológica e seus ditames legais: na Constituição Federal, artigo 227, §6º e, além disto, faz relação com o Estatuto da Criança e do Adolescente que, no seu artigo 27, assegura o direito de reconhecimento do estado de filiação.

Não deixa o autor de explanar sobre o mais moderno e recente pensamento jurídico que viabiliza e acolhe o ingresso com ação de investigação de paternidade e não de adoção, pautada na posse do estado do filho, para o reconhecimento da perfilhação socioafetiva; sendo assim demonstra-se uma igualdade jurídica entre o filho biológico e o filho de criação.

Com a intenção de demonstrar claramente os objetivos do seu tema o autor usa o método dedutivo ao analisar jurisprudências, doutrinas nacionais e estrangeiras e artigos encontrados nas mais diversas formas de comunicação.

Aborda-se no decorrer da explanação, a falta de regulamentação legal para o reconhecimento da paternidade socioafetiva e a sua diferença com relação a paternidade biológica, que se edificou no direito brasileiro construindo, deste modo, um abismo jurídico entre as duas perfilhações, bem como os direitos sucessórios que decorrem deste reconhecimento.

Ao fim, o presente trabalho de modo singelo, resulta numa idéia de paridade entre as duas paternidades e, além disto, procura, à luz do direito brasileiro e através de parâmetros de direitos estrangeiros, demonstrar que a paternidade sociológica vem sendo aceita e admitida legalmente, criando um vínculo jurídico entre o filho de criação e os pais que o criaram. Portanto, o autor cristaliza a necessidade de reforma jurídica em torno das verdades que cercam a filiação, acompanhando, assim, a vanguarda dos doutrinadores civilistas que defendem um novo sistema de estabelecimento de filiação.

PALAVRAS-CHAVE: Perfilhação socioafetiva – Filho de criação – Direito sucessório – Família – Investigação de paternidade – Posse de estado de filho.

ABSTRACT

This present scientific paper debates on the socioaffective parenthood, theme that is widely discussed and polemical, raising variabilities about filiation and its consequences in succeeding law.

With special highlight, this theme tries to analyze the sociological legitimization and its legal precepts: in the Federal Constitution, article 227, §6° and, besides, it is related to the Child and Teenager Statute which, in its 27th article, assures the right of recognition of this state of filiation.

The author also explains about the most modern and most recent juridical thoughts that make possible and accepts the start of a fatherhood investigation lawsuit and not adoption, based on the possession of the state of child, for the recognition of the socioaffective legitimization; thus, been demonstrated certain juridical equality between the biological child and the foster child.

With the intent of clearly demonstrating the objectives of the theme, the author uses the deductive method when analyzing the jurisprudence, national and foreign literature and articles found in diverse means of communication.

During the explanation, the lack of legal regulation for the recognition of socioaffective parenthood and its difference in relation to the biological parenthood is approached, which has been built up in the Brazilian law, creating a juridical abysm between the two legitimizations, as well as the succeeding rights that come from this recognition.

At the end, the present paper humbly results in an idea of parity between the two parenthoods and, besides that, tries to, with the Brazilian law and through international law parameters, demonstrate that the sociological parenthood has been legally accepted and admitted, creating a juridical link between the foster child and the parents that have raised him/her. Therefore, the author crystallizes the necessity of juridical reformulation on the truths that surround the filiation, accompanying, thus, the vanguard of the civil doctrine writers that defend a new system of filiation establishment.

KEY-WORDS: Socioaffective Perfiliation – Foster Child – Succeeding Law – Family – Fatherhood Investigation – Possession of the state of child.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A FAMÍLIA	14
2.1	Conceito	14
2.2	Origem e Evolução da Família	15
2.3	Modelos de Famílias	19
2.3.1	Monoparental	19
2.3.2	Unilinear	20
2.3.3	Eudemonista	20
2.3.4	Nuclear	21
2.3.5	Pós-nuclear	21
2.4	A Família no Direito Civil Brasileiro	22
3	DA FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL	27
3.1	Noções Gerais de Filiação	27
3.2	A Filiação no Direito Civil Brasileiro	28
3.3	A Filiação na Constituição Federal de 1988	31
4	DAS DIFERENÇAS ENTRE AS PERFILHAÇÕES	33
4.1	A Verdade Sociológica e a Verdade Biológica na Filiação	33
4.2	Desbiologização	38
5	DA POSSE DO ESTADO DO FILHO	42
5.1	Noções Gerais	42
5.2	Estado de Pessoa	42
5.3	Estado de Filho	44

5.4	Conceito e Elementos Caracterizadores da Posse de Estado de Filho.....	46
5.4.1	Nome.....	48
5.4.2	Trato.....	48
5.4.3	Fama.....	49
5.5	Posse de Estado de Filho: questão de fato ou de direito?.....	49
5.6	Posse de Estado e a Teoria da Aparência.....	51
5.7	A Posse de Estado de Filho no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	53
6	PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE.....	56
6.1	A Presunção Pater Is Est.....	56
6.2	Da Fundamentação da Presunção de Paternidade.....	59
6.2.1	Teoria da acessoriedade.....	59
6.2.2	Teoria da presunção de fidelidade da esposa.....	60
6.2.3	Teoria da coabitação exclusiva.....	60
6.2.4	Teoria da vigilância do marido.....	61
6.2.5	Teoria da “admissão antecipada” do filho pelo marido.....	61
6.2.6	Teoria conceitualista e formalista.....	62
6.3	Aspectos Gerais da Presunção de Paternidade.....	63
7	DIREITO COMPARADO.....	65
7.1	Direito Francês.....	65
7.2	Direito Espanhol.....	67
7.3	Direito Português.....	68
7.4	Direito Italiano.....	70
7.5	Direito Belga.....	72
7.6	Tendências Gerais.....	73
8	DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	76
8.1	Considerações Gerais.....	76
8.2	Viabilidade da Investigação de Paternidade Sociológica.....	80
9	DA DIFERENÇA ENTRE A PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA E A ADOÇÃO JUDICIAL.....	84

10	DOS DIREITOS DO FILHO NA FILIAÇÃO SOCIOLÓGICA.....	86
10.1	Direito ao Nome.....	86
10.2	A Irrevogabilidade da Filiação Socioafetiva.....	87
10.3	Efeitos Patrimoniais da Filiação Socioafetiva.....	90
10.4	Dos Alimentos.....	93
	CONCLUSÃO.....	99
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	104
	ANEXOS.....	110
	ANEXO A - Petição Inicial de Ação de Investigação de Maternidade Socioafetiva	
	ANEXO B - Sugestões de Alterações do Código Civil Apresentadas pelo IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.	

1 INTRODUÇÃO

A família brasileira foi ao longo do tempo sofrendo modificações significativas, ao passo que os acontecimentos históricos e a própria evolução do homem, fez com que alguns dogmas fossem perdendo espaço para uma nova família que em seu contexto atual leva a idéia de afeto e oportunidade de realizações de acordo com o potencial de cada membro. Dessa maneira, perdendo aquela idéia patriarcal onde o patriarca tinha os seus entes familiares como verdadeiros objetos que se delimitavam a agir de acordo com os limites impostos por ele.

No conceito atual de família encontra-se presente o ideal de igualdade, respeito e liberdade, preceitos esses, que demonstram serem ensejadores de uma relação de convivência duradoura e feliz, além de propiciar a cada ente familiar a possibilidade de concretização de suas vontades, conforme seus interesses, pois ao nosso tempo deve-se entender que prevalece o poder familiar ao invés do poder patriarcal.

Diante das novas relações familiares e de seu dinamismo, começa a surgir no âmbito familiar várias controvérsias e dentre elas em especial o estabelecimento da filiação que antes pautada apenas na verdade biológica, perde terreno para as verdades jurídicas e afetivas, já que a família moderno não é somente produto da genética, mas também do afeto.

Com a evolução da família, elementos sociais e comportamentais começam a influenciar a paternidade que de modo volitivo começa a ser fundada no afeto que uma pessoa pode criar pela outra sem ao menos possuir com essas qualquer tipo de correspondência genética.

A partir da construção familiar, tendo como pilar básico o afeto, depara-se especificamente com a paternidade socioafetiva que etimologicamente demonstra a relação afetiva que um pai, pode dispensar ao filho, mesmo que esse não lhe tenha qualquer vínculo genealógico ou jurídico.

Porém, como ao direito é forçoso a sua alteração para melhor adequação com a realidade social presente em determinada época, ocorreu da promulgação da Constituição Federal de 1988, que inseriu no Brasil diversas mudanças no cenário jurídico, dentre elas a unificação da filiação que em decorrência do art. 227, § 6º desse ordenamento jurídico, passou a ser proibido qualquer discriminação entre os tipos de filiação.

Tal norma constitucional foi instituída com o fito de restabelecer princípios constitucionais como o da cidadania, da supremacia dos interesses dos filhos, da igualdade, da proibição de discriminação entre a filiação e da dignidade da pessoa humana.

No que se refere aos princípios constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, tem ambos o condão de fundamentar o Estado democrático de direito, assim não admitindo discussão quanto à origem da filiação.

Nesse diapasão, criaram-se controvérsias doutrinárias acerca do estabelecimento da perfilhação, já que deixou de imperar no sistema jurídico pátrio, o entendimento de que a paternidade somente seria possível caso fosse fundada em uma relação meramente biológica.

Portanto, o vínculo biológico na relação paterno-filial acabou perdendo força e espaço para outros tipos de estabelecimentos de filiação.

Atualmente, pode-se falar que o direito brasileiro possui três verdades da perfilhação: jurídica, biológica e sociológica. Entretanto, quando se trata de paternidade lidamos com família e por conseqüência como seus entes que são seres humanos cada qual com as sua individualidade, formação social, identidade, ancestralidade, singularidade e dignidade.

Significa, enfim, que ao estabelecer uma filiação é preciso levar em conta cada tipo de relação, pois o ser humano é regido não só pela razão, mas pela emoção que é predominante em casos como os relacionados com a paternidade socioafetiva.

Como norte, deve-se invocar a Constituição Federal de 1988 que principiologicamente demonstra a clara determinação de unificação da filiação, assim não cabendo mais qualquer tipo de discriminação e análise pelo Poder

Judiciário de forma a aceitar conceitos pretéritos que modernamente perdem sua razão de ser, como a supremacia da paternidade biológica.

Nesse entendimento, o presente trabalho propõe-se, de maneira singela, a compreender as novas relações familiares, em específico a decorrente do estabelecimento da filiação pautado no afeto.

Partindo do ideal de igualdade imposto pela Constituição Federal de 1988, o autor tenta demonstrar a igualdade de direitos que um filho socioafetivo tem com relação ao filho adotivo ou biológico, já que não se pode admitir que o afeto é de menor importância que um laço criado pela genética ou pela lei, ao passo que a relação paterno-filial requer carinho e amor, pois de nada adiantaria um pai ser geneticamente compatível com o seu filho, mas não dispensar a esse os elementos inerentes a uma verdadeira paternidade.

Objetiva-se a aclarar o ideal de que a verdade sociológica constatada em uma relação paterno-filial por meio da posse de estado de filho, em muitos casos é o melhor para a criança, em virtude de lhe proporcionar tudo aquilo que ela precisa para crescer e evoluir de acordo com a sua dignidade e interesse.

O autor traz a discussão o caráter sociológico da filiação que postados em princípios constitucionais e normas infraconstitucionais, demonstra-se a sua viabilidade para confirmação da igualdade em direitos e deveres com relação a verdade biológica.

Em particular, o tema central desse trabalho é afirmar a existência do afeto no estabelecimento da filiação, prosseguindo nesse enfoque o autor faz uma análise dos direitos e deveres jurídicos decorrentes dessa relação sociológica, em especial na comprovação de existência de tal relação que se mostra presente em nosso tempo.

Como procedimento metodológico serão utilizados os métodos investigativo, dedutivo e comparativo para pesquisa e elucidação do tema.

2 A FAMÍLIA

2.1 Conceito

Família é um grupo social formado por pais e filhos, que tem como ligação laços matrimônios, laços de filiação, de adoção ou afetivos. Necessário se faz dizer que esse grupo social restrito possui parentescos que não integram a acepção estrita do termo “família”. No entanto, mais criterioso seria relatar que o conceito de família possui caráter direcional, isto é, todos os indivíduos pertencentes a esse grupo têm uma mesma direção e vivem sob a mesma economia.

Nas palavras de Orlando Gomes, (2002; p.35)

Nenhum desses critérios, isoladamente, proporciona elementos para inatacável definição jurídica de família, mas, do exame de suas falhas, pode-se depreender seu sentido técnico, considerando-se família o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção.

Todavia, ao se conceituar a família, à luz da Carta da República de 1988 e do Código Civil de 2002, verifica-se que essa instituição é denominada como um núcleo que possui laços sanguíneos formados através do casamento ou da união estável, sendo a família o local em que os parentes, indivíduos, pessoas encontram apoio e sentem-se protegidos, por saber que a entidade familiar, na maioria das vezes oferecer-lhe-á amor, fraternidade, carinho e compreensão.

Forçoso é citar que a família não apenas é constituída de laços sanguíneos, pois a evolução da sociedade demonstra que a mesma sofreu mudanças, fazendo com que prevaleça não apenas o núcleo “família”, mas também os seus componentes, retirando, desse modo, a atenção sobre o núcleo e transportando-a para os seus entes.

Portanto, pode-se concluir que a origem da família é, tanto de afeto, quanto de laços sanguíneos, já que a mesma sofreu mudanças impostas pela necessidade, pela época, pelos costumes e pelo próprio direito.

2.2 Origem e Evolução da Família

Não se pode afirmar com certeza quando se originaram os primeiros atos que configuraram o início contundente desse grupo social, denominado “família”. Existem diversas teorias que têm como objetivo definir quando apareceram os primeiros sinais de formação da entidade familiar. Só que tais teorias demonstram-se imprecisas, pois não vislumbram o ponto de partida para a caracterização desse grupo social.

Acerca das teorias sobre a configuração da entidade familiar na época primitiva, duas delas são as mais predominantes: a teoria matriarcal e a teoria patriarcal, conforme salienta Belmiro Pedro Welter (2003; p.33):

Duas teorias são invocadas: a primeira, a matriarcal, asseverando que a família é originária de um estágio inicial de promiscuidade sexual, em que todas as mulheres e homens pertenciam uns aos outros; a segunda, a teoria patriarcal, que nega essa promiscuidade sexual, aduzindo que o pai sempre foi o centro organizacional da família.

Deve se salientar que, na fase matriarcal a mulher era o centro da sociedade tribal, até porque, muitas vezes a paternidade era desconhecida em razão da promiscuidade sexual. A figura materna não sabia ou não tinha certeza, em muitos casos, quem da tribo era o pai de sua prole, ficando, desse modo sob sua responsabilidade a filiação e a definição do parentesco.

Nessa fase primitiva o homem, aqui compreendido como pai ou marido era subordinado à matriarca e, em muitos casos, era desconhecida a situação paternal do mesmo com relação aos seus descendentes.

Avançando na história, chega-se à fase patriarcal, onde pode-se perceber uma clara divisão de trabalho entre os sexos, ficando a cargo do homem a incumbência de trazer alimentos para o lar, tornando-o dono dos instrumentos utilizados para a obtenção dessa alimentação.

Dessa forma, com o aumento de bens começa o homem a tomar o espaço, ulteriormente, regido pela matriarca e a filiação, que antes era feminina, agora passa a ser masculina, assim, como o direito hereditário.

Há que se observar que a teoria patriarcal diz respeito à fase rural, onde a poligamia imperava. Era comum o patriarca possuir mais de uma mulher, já que a procriação era favorável ao grupo social. Com o crescimento da prole aumentava o número de trabalhadores, gerando maior produção de produtos estritamente rurais, satisfazendo, dessa maneira, as necessidades de subsistência do grupo.

No decorrer do período evolutivo da família, depara-se com a fase monogâmica, na qual o homem e a mulher constituíam um único vínculo matrimonial, tornando-se cônjuges.

A monogamia é apenas uma evolução da fase patriarcal, pois o homem continua sendo o chefe da família, só que ao invés de um grupo social poligâmico, constitui-se um grupo restrito e de caráter monogâmico que, na acepção da palavra, traduz o matrimônio com apenas um parceiro, ou seja, o casamento apenas entre um homem e uma mulher.

Para melhor elucidar a fase monogâmica da família, é necessária uma breve análise da civilização romana, que no mundo ocidental, foi de grande importância para a criação de diversos institutos ainda hoje vigentes.

Na família romana o pai detinha a autoridade máxima, sendo ao mesmo tempo chefe político, sacerdote e juiz. O *pater familias*, era quem tinha o poder de direção sobre a família, bem como, era a pessoa quem fazia os cultos ou os comandava e possuía a incumbência de proceder à distribuição da justiça dentro da sociedade familiar.

Prossegue Caio Mário da Silva Pereira (2002; p.18) aclarando que:

O pater exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (ius vitae ac necis), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A

mulher vivia in loco filiae, totalmente subordinada à autoridade marital (in manu mariti), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filia para à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios [...]. Podia ser repudiada por ato do marido.

Como acima demonstrado, a família, só começou a ter estrutura social a partir do direito romano, que tornou a mesma uma unidade jurídica, econômica e religiosa, devidamente configurada pelo poder soberano que o patriarca detinha sobre ela.

O patriarca (*pater familias*), no direito romano, era singular e de poder supremo sobre os demais membros, sendo a esposa e os filhos considerados incapazes e tratados como os escravos de sua propriedade. Portanto, a família romana era inegavelmente patriarcal.

É de suma importância, salientar que a influência do direito canônico na organização jurídica da família romana é de decisiva influência.

Com o advento do cristianismo, tem início a tendência do matrimônio como fato gerador da família, devendo ser sacramentado pelo seu fundador. Dessa feita a Igreja começa a ter uma preocupação com a entidade familiar, e desde a sua fundação, vem disciplinando as condições para o casamento, assim como os seus efeitos jurídicos e as conseqüências decorrentes da sua dissolução.

O cristianismo, com sua doutrina que prega a igualdade entre os homens, deu início a uma equidade entre os poderes do homem e da mulher no núcleo familiar patriarcal abalando-o e, conseqüentemente, atribuindo uma doutrina de igualdade de direitos e de deveres entre a mulher e o homem no casamento.

A idéia e posterior instituição da forma solene para a celebração do casamento se deve à Igreja, que ainda entre várias contribuições assegurou aos cônjuges, direitos de ordem patrimonial principalmente com relação ao homem, que a pouco tempo atrás era possuidor de todos os bens e senhor absoluto no casamento.

Com relação aos efeitos patrimoniais decorrentes do casamento, o direito de canônico instituiu a comunhão de bens, dando à esposa direitos sobre parte do patrimônio do marido.

Contudo, o direito canônico contribuiu relevantemente para o direito de família, na medida em que o cristianismo criou regras extremamente indispensáveis à área jurídica que trata da família.

Mas, deve-se ressaltar que a família ainda continua sendo regida pelo seu chefe, que se cristaliza na figura do homem, só que com poderes mais restritos e menos autoritários do que os detidos na fase patriarcal.

No que se refere às normas jurídicas do direito canônico, ressalta-se a importância de sua regulamentação para a celebração do casamento, ainda seguida no direito contemporâneo. Senão vejamos alguns exemplos que provêm do direito canônico e até hoje são utilizadas no direito civil: a livre manifestação de vontade por parte dos contraentes; a necessidade de testemunhas que acompanhem a celebração e dêem como verdadeiro o ocorrido, entre outras.

Com referência ao casamento, pode-se dizer que foi um grande passo para a verdadeira configuração da entidade familiar, pois criou obrigações e deveres para os cônjuges e tornou mais evidente a constituição do grupo familiar.

O Estado, no decorrer da evolução social, em relação à família, vem criando mecanismos que se ajustam às diversas variações sofridas pela entidade familiar, com o intuito de protegê-la e dar-lhe legitimidade.

A família é alvo de evoluções constantes, pois a cada momento a sociedade muda, ou seja, se renova, criando, dessa forma, novos entendimentos e novas formas de convivência, fazendo com que as pessoas procurem diversificadas maneiras de sobrevivência, o que torna o direito uma ciência social que visa regulamentar a vida em sociedade, e como a família também faz parte dessa sociedade, da mesma forma o direito tem que evoluir para acompanhar as transformações sociais.

Após essa explanação acerca da evolução e origem da família, não se pode deixar de lado algumas disposições relativas à nossa Carta Magna que, em 1890, regulamentou o casamento civil e em posterior ordenamento deu competência aos juizes de direito para conhecer os impedimentos e nulidades relativas ao matrimônio.

Ainda há que se salientar, que em nosso direito atual não apenas é reconhecido o casamento como fato constitutivo de uma entidade familiar, mas também é a união estável forma competente para originar uma família.

2.5 Modelos de Famílias

Como visto, a evolução da sociedade é fator determinante para as transformações da família; tanto é verdade que em pleno século XX, com as metamorfoses sociais que o planeta demonstra, tornar-se-ia inconcebível raciocinar de modo a pensar que a família seria formada apenas através das núpcias.

Dessa forma, com as freqüentes mudanças, vários modelos de família foram surgindo: a monoparental, a unilinear, a eudemonista, a nuclear e a pós-nuclear, como se verá a seguir.

2.3.1 Monoparental

Diz-se de família monoparental, aquela que é formada apenas por uns dos pais e os seus descendentes, como por exemplo o pai e seu filho, apenas. Tal entidade familiar é devidamente protegida pela Constituição Federal, no parágrafo 4º do art. 226, que dispõe:

Art. 226 – [...]

§4º – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Portanto, as famílias monoparentais estão cada vez tornando-se mais freqüentes em razão do grande número de divórcios, já que essa entidade familiar, configura-se por apresentar apenas um dos pais (o pai ou a mãe).

2.3.2 Unilinear

Outro modelo de família apresentado com a evolução da sociedade, é a família unilinear. Esse tipo de unidade familiar deve-se ao fato de que a filiação descende somente de um dos genitores quando, por exemplo, a mãe decide ser mãe solteira, fazendo de seu filho uma “produção independente”, com a participação do pai apenas na concepção do filho.

A família unilinear também pode advir de casos em que a paternidade ainda não foi reconhecida e, enquanto isso não ocorrer, esse tipo de família ainda prevalecerá.

2.3.3 Eudemonista

Deve-se ainda retratar a família eudemonista, a qual tem por concepção o fato de “não ser o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração a felicidade” (Welter, p.64).

Esse modelo de família tem por característica principal o individualismo de cada indivíduo dentro desse grupo social, pois a proteção Estatal não é mais voltada à família como um todo, mas para cada pessoa que a integra. E coloca na sociedade conjugal a igualdade entre os cônjuges.

2.3.4 Nuclear

Com relação à família nuclear, esta é produto da globalização e da procura incessante de realizações pessoais e profissionais, fazendo com que a família restrinja-se ao pai, mãe e filho, já que seus membros não são ligados por vínculos de parentescos e não possuem tempo disponível para essa interação, ao passo que estão sempre ocupados diante da velocidade com que as informações chegam.

Esse grupo familiar geralmente encontra-se localizado nos grandes centros urbanos, onde a sobrevivência em muitos casos depende de um bom emprego e de boas qualificações, fazendo com que o tempo para o convívio familiar torne-se mínimo, em razão da busca incessante de um bom salário para subsistir num local em que o custo de vida é elevado.

2.3.5 Pós-nuclear

Por último, a família pós-nuclear, que pode ser caracterizada como a “coabitação fora do casamento e a relativa indiferença ao estado matrimonial dos pais exemplificam esse novo momento do modelo familiar. A família sem filhos pode ser uma das faces da separação da família nuclear” (Fachin, p.26).

Esse modelo familiar enquadra-se nos casos em que o esposo possui uma família fora do casamento, ou seja, ele tem duas famílias, uma legítima e outra ilegítima.

2.4 A Família no Direito Civil Brasileiro

Com relação ao estudo da família à luz do Código Civil de 1916, há que se lembrar que o mesmo foi promulgado numa época em que a sociedade era rural e patriarcal, fator preponderante para um Código com traços de sociedade antiga, ou seja, uma tendência à desigualdade entre os cônjuges e à prevalência da autoridade patriarcal à qual os filhos eram submetidos.

Nota-se que o direito canônico, mesmo no decorrer dos tempos, ainda influenciou o Código Civil de 1916, como se pode perceber por alguns dispositivos legais presentes no ordenamento jurídico do mesmo, tais como o art. 193, que prevê a solenidade com a qual o casamento deve ser realizado; o art. 219, inciso IV, que trata de nulidade do casamento, caso a mulher não seja mais virgem e esse fato for de desconhecimento do marido, portanto, estando caracterizada uma organização familiar aparentemente similar à romana.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com as barreiras morais que vinham sendo quebradas algumas inovações surgiram no direito de família, principalmente com a promulgação da Lei 10.406/02, o Novo Código Civil Brasileiro .

Sobre isso, Sílvio de Salvo Venosa (2003; p.29), nos oferece o seguinte ensinamento:

O atual estágio legislativo teve que suplantar barreiras de natureza ideológica, sociológica, política, religiosa e econômica. Muito ainda, sem dúvida, será feito em matéria de atualização no campo de família. Nessa ebulição social, mostra-se árdua uma codificação, tanto que o Projeto de 1975 que redundou no Código Civil de 2002 dormitou por muitos anos no Congresso.

Mesmo com a nova codificação oferecida pelo Código Civil de 2002, ainda restam muitas discussões sobre o direito de família, já que a sociedade está em constante mudança e com ela existem também avanços científicos, os quais o direito não consegue acompanhar, criando, dessa forma, desafios para os juristas e para os legisladores.

Com as constantes descobertas científicas, a filiação passou a ser matéria de pesquisas, como a inseminação artificial, através da qual a mulher é inseminada com embriões, zigotos, gametas ou sêmen para poderem gerar filhos. Esses casos trazem grandes desafios para os juristas, pois não há como determinar quem é o pai de uma criança oriunda de uma inseminação artificial, onde nem sempre o doador é o companheiro da mulher.

O Código Civil de 1916 já se demonstrava ineficaz com relação aos dispositivos que regulam a família, já que o panorama atual da família em muito se diferenciava do existente em 1916, portanto, a sistematização do mesmo não mais concernia com a realidade atual dos fatos.

No entanto, ao se tratar da família, especificamente no direito civil brasileiro, não se deve deixar de demonstrar a principal inovação legislativa do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02), qual seja: a isonomia entre os cônjuges, conforme preleciona Maria Helena Diniz (2002; p.20):

Esta é a principal inovação do novo Código Civil: a instituição material da completa paridade dos cônjuges ou conviventes tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais visto que igualou seus direitos e deveres e também seu exercício na sociedade conjugal ou convivencial.

Diante do exposto, a família no direito civil brasileiro, carece de maior regulamentação, pois mesmo o Código Civil promulgado em 2002, na verdade é de 1975, portanto, é evidente a sua desatualização com relação ao direito de família, que é uma área que sofre constantes alterações, já que está intimamente ligada à filiação, a qual por sua vez está ligada com a ciência e sua obsessão de avanço na área genética, ocasionando discussões acaloradas por partes dos juristas acerca da bioética.

No nosso direito, o casamento não é a única forma de constituição da entidade familiar, pois ainda há a união estável que apenas se diferencia do casamento com relação à prova.

A prova, no casamento, é pré-constituída, ou seja, o casamento é plenamente provado através da certidão de casamento; agora, quando se fala em prova na união estável, a mesma pode ser pré-constituída ou pós-constituída.

Na união estável, a prova pré-constituída aflora através da lavratura de uma escritura pública de pacto patrimonial, que pode também ser feita em conjunto com uma escolha de outro regime de bens que não o de comunhão parcial de bens. Agora, com relação à prova pós-constituída, a mesma externa-se quando da dissolução da união estável.

No entanto, no Código Civil de 1916, a união estável era taxada de “família ilegítima”, em razão dessa lei prestigiar somente o casamento como origem da família, mas a Constituição Federal de 1988 e o posterior Código Civil de 2002 afastaram a idéia de desigualdade e inovaram no sentido de equiparar a união estável ao casamento.

Após a promulgação da Carta da República de 1988, que eliminava a distinção entre casamento e união estável, nasceram as primeiras leis que disciplinaram a união estável (Lei 8.971/1994, Lei 9.278/1996 e Lei 10.406/2002), fato esse que gerou diversas discussões de cunho doutrinário e jurisprudencial, que tinham como principal enfoque a equiparação desses dois institutos geradores da família.

Entretanto, não se pode esquecer que, o advento dessa igualdade no âmbito constitucional fez com que houvesse uma equiparação entre conviventes e casados, gerando aos mesmos direitos e deveres iguais, portanto, não há porque negar um tratamento jurídico e social de plena equivalência a ambos.

Contudo, quando se trata de direito de família, não se pode esquecer do caráter psicológico e social que circunda esse tema, em virtude de serem a união estável e o casamento atos similares a um contrato, já que são constituídos através da vontade de duas partes.

Assim como o contrato, que pode ter o seu final por vontade das partes, o casamento, por vontade de um ou dos dois cônjuges, pode terminar através do instituto “divórcio”; da mesma forma, a união estável pode ser dissolvida pela ação judicial de dissolução de união estável.

Quando, da época das sociedades primitivas, era patente a situação de inferioridade da mulher, em virtude disso a separação do casal externava-se através do repúdio do homem com relação a sua cônjuge, destarte, o

desfazimento da sociedade conjugal era feito de modo unilateral, já que, comumente, chegava ao ponto de expulsão ou abandono da mulher pelo homem.

Avançando de modo cronológico, depara-se com o direito romano que entendia ser a morte de um dos cônjuges, a perda da capacidade e a perda da *affectio maritalis*, ou seja, afeição conjugal, casos de dissolução do casamento.

Existe o entendimento de que, com a ocorrência do divórcio, houve mudanças nos costumes primitivos e um certo enfraquecimento da organização e estabilidade familiar.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2003; p.207):

Em qualquer situação, a separação ou divórcio deve traduzir essencialmente um remédio ou solução para o casal e a família, e não propriamente uma sanção para o conflito conjugal, buscando evitar maiores danos não só quanto à pessoa dos cônjuges, mas principalmente no interesse dos filhos menores.

Com relação às manifestações jurídicas acerca do divórcio, não se pode esquecer da lei de nº 6.515/77 que regulamentou o divórcio, mesmo que de forma tardia, e ainda derogou parte do Código Civil de 1916 que tratava da dissolução do casamento.

Com o advento da lei 10.406, o Novo Código Civil de 2002, a Lei 6.515, rotulada de “lei do divórcio” foi derogada em toda a parte que disciplinava acerca do direito material da separação e do divórcio, entretanto, preservando-se a parte no tocante aos seus dispositivos processuais, até que nova lei os revoguem.

Portanto, a família é um fenômeno social que produz efeitos jurídicos diversos, criando divergências, tanto no âmbito jurídico, como no sociológico. A entidade familiar percorre o tempo evoluindo e cada vez mais adequando-se às necessidades humanas de caráter afetivo. Por essa razão torna-se extremamente difícil para o legislador disciplinar toda a gama de possibilidades que o ser humano pode vir a produzir, quando da constituição dessa entidade.

Quando se fala em família não se pode esquecer que a mesma é formada por seres humanos, ou seja, sua constituição é eminentemente sociológica e, por esse fator, a simples implementação de normas não conseguirá atingir de modo

satisfativo as variações evolutivas sofridas por essa instituição. Mesmo sendo a legislação brasileira avançada no que tange ao direito de família, não consegue regular todos os fatos sociais decorrentes da mesma.

Ao fim deve-se ressaltar que a letra da lei é instituída de modo positivista, sendo, em muitos casos, dura por não considerar os sentimentos afetivos do homem, portanto, em virtude disso não consegue a lei alcançar as evoluções familiares, já que as mesmas são em sua essência a configuração da união de pessoas através de um sentimento afetivo.

3 DA FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL

3.1 Noções Gerais de Filiação

A definição de filiação apóia-se na relação de parentesco mais próxima existente, já que se deve ao fato de ser a união de uma pessoa aos indivíduos que a geraram, assim como a união entre uma pessoa àquelas que lhe proporcionam carinho, amor, fraternidade ou outros elementos que configuram uma relação de afeto surgindo, nesse caso, a filiação socioafetiva.

Nesse diapasão, a concepção tradicional apoiada na filiação biológica não coaduna com a realidade e com a evolução sofrida pela entidade familiar no decorrer dos tempos.

No entanto, a procriação é um fato natural, mas o resultado dela é a filiação que é um fato jurídico com inúmeros efeitos sob o aspecto do direito, conforme os dizeres de Sílvio de Salvo Venosa (2003; p.264):

Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos.

Partindo do entendimento de um passado não muito distante, a maternidade era sempre certa - *mater semper certa est* - o que não ocorria com a paternidade, a qual era sempre incerta - *pater semper incertus est*. Porém, com os avanços científicos e tecnológicos pode-se afirmar, com uma alta porcentagem de certeza, a paternidade de determinado indivíduo.

Entretanto, mesmo podendo ter uma afirmação quanto à paternidade e a maternidade do indivíduo, nem sempre essa verdade técnica impera, já que o

legislador precisa considerar não apenas fatores que fazem coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, mas também implicações de ordem afetivas e sociológicas que existem na filiação.

O Código Civil de 1916 trazia em seu ordenamento jurídico a expressão “família legítima” que era aquela derivada do casamento e das justas núpcias. Por ser a época da promulgação do Código Civil Brasileiro repleta de valores e dogmas patriarcais, resultou em normas que ignoravam os filhos advindos de uma relação espúria, ignorando o legislador uma situação social que, embora existente à época da confecção desse sistema jurídico, não era reconhecida socialmente.

Com o advento da Carta Magna de 1988 foram realizadas profundas reformas no direito de família brasileiro, trazendo como um dos seus fundamentos o princípio da liberdade e igualdade. Em relação às mudanças trazidas pode-se citar a igualdade entre os filhos havidos no casamento, fora dele ou por adoção.

Por conseguinte, a Carta da República retirou da nossa legislação as terminologias “filiação legítima”, “ilegítima” ou “adotiva”, estabelecendo a igualdade entre os filhos.

O princípio da igualdade entre os filhos que consta na Constituição Federal Brasileira é fato relevante para o tema proposto, pois aclara a idéia de que, mesmo aqueles filhos advindos de valoração sociológica e afetiva, equiparam-se àqueles advindos do fator natural chamado procriação.

3.2 A Filiação no Direito Civil Brasileiro

O Código Civil de 1916 foi concebido através da idéia classificatória de filiação legítima, ilegítima ou adotiva conforme as legislações vigentes na época em vários outros países.

Com relação à filiação legítima, o Código Civil de 1916, em sua redação explicitava que filhos legítimos seriam aqueles concebidos na constância do

casamento, mesmo que anulado ou nulo, se foi contraído de boa-fé. Ainda citava os casos em que haveria a legitimação do filho que seria equiparado aos filhos legítimos. A legitimação é decorrente do casamento dos pais, tornando-se, desse modo, legítimos os filhos havidos antes do matrimônio podendo apenas beneficiar os filhos ilegítimos naturais.

Agora, ao tratar-se de filhos ilegítimos, dizia o mesmo ordenamento que esses eram os filhos que não possuíam os pais unidos através de laços matrimoniais, distinguindo-os dentre os ilegítimos como os naturais e os espúrios.

Os filhos ilegítimos naturais eram aqueles advindos de uma relação entre os seus genitores não impedidos de contrair núpcias, ou seja, configura esse tipo de filiação a idéia de que aquele filho concebido em momento posterior ao casamento seria, portanto, filho ilegítimo natural.

Já os filhos ilegítimos espúrios seriam incestuosos ou adulterinos. Filhos incestuosos caracterizavam-se pela procriação através de genitores que possuíam algum grau de parentesco proibido para o casamento, na maioria das vezes isso ocorria quando havia o advento de um filho da relação entre dois irmãos. E filhos adulterinos eram aqueles havidos de uma relação fora do casamento. Dessa forma, entendiam os legisladores que a prole resultante de uma relação adulterina onde um homem casado ou uma mulher casada obtivesse um filho com uma pessoa que não o seu cônjuge seria esse filho ilegítimo perante a lei e a sociedade da época.

A adoção para o ordenamento jurídico anterior e para o vigente é uma forma artificial de filiação que tem a intenção de igualar a filiação natural, sendo também conhecida como filiação civil, pois o seu resultado não é de uma relação biológica, mas de uma exteriorização de vontade .

No entanto, deve-se chamar atenção para o fato de que todas essas terminologias acerca da filiação encontram-se abolidas por força do parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal que dispõe:

Art. 227 – [...]

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

Em verdade, todas essas classificações com relação à filiação foram retiradas do ordenamento jurídico brasileiro em virtude do princípio da igualdade consagrado no art. 5º da Carta Magna de 1988.

Avançando no direito civil brasileiro depara-se com o Novo Código Civil de 2003 que, em seus primeiros artigos relativos a filiação, já demonstra declaradamente a impossibilidade de distinção de direitos ou de qualificações, entre as várias espécies de filiações, em conformidade com o dispositivo constitucional do artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal.

O Novo Código Civil, em seu artigo 1597 fez surgir inovações correlatas aos avanços científicos, já que ao fazer uma cópia do artigo 338 do Código Civil de 1916 inovou, ao acrescentar nesse rol, três incisos que tratam de filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido.

Como pode-se notar o Novo Código Civil é inovador em questões relativas à filiação e não se pode deixar de mencionar que possui uma das mais modernas legislações a respeito do direito de filiação. No entanto, acredita-se que deveria constar em nosso Novo Código Civil a noção de posse do estado filho¹ como um importante meio de prova para a configuração de um laço de filiação, já que dessa forma seria um instrumento eficaz para solucionar embates de filiação com o ideal de beneficiar o melhor interesse da criança.

Ainda, nesse mesmo ideal de mudanças e melhor adequação das normas às relações de filiação, uma melhor adaptação seria bem vinda ao tratar-se do moderno entendimento de que a entidade familiar deveria ser compreendida como uma unidade afetiva e cultural e não mais como uma unidade de origem biológica.

Não deve pensar o legislador que importa à criança qual a sua origem biológica, já que seria mais vantajoso para ela viver em companhia de quem lhe

¹A posse de estado consiste no desfrute público, por parte de alguém. Daquela situação peculiar ao filho legítimo, tal o uso do nome familiar, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais, aliado à presunção geral de ser a pessoa, efetivamente, filho legítimo. (RODRIGUES, p.333).

assegura o afeto e se interessa pela sorte, muito embora não seja este pai socioafetivo o responsável pela sua geração.

Ao final, deste tópico insta salientar que o direito civil brasileiro mesmo sendo portador de prenúncios inovadores acerca do direito de filiação, ainda deixa a desejar quando o assunto é relativo a implicações afetivas e sociológicas na perfilhação, não tendo o nosso sistema jurídico civil sensibilidade ao tratar de questões relativas à fraternidade, ao carinho e ao afeto que giram em torno de uma relação entre filho e pai socioafetivo.

3.3 A Filiação na Constituição Federal de 1988

No que tange à filiação, a Carta Magna de 1988 realizou profundas mudanças e aboliu a incômoda distinção entre as espécies de filiação, como se pode verificar no artigo 227, parágrafo 6º:

Art. 227 – [...]

§ 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.

Portanto, com o advento desse preceito constitucional, ficaram revogadas todas as normas jurídicas que estabeleciam distinção entre as origens dos filhos e entre as relações conjugais como núcleo familiar. E tal revogação deve-se à incompatibilidade radica entre essas normas e o princípio da igualdade que deve vigorar entre os entes familiares.

No magistério de Zeno Veloso (1997; p.87):

A Lei Maior não tem preferidos, não elegeu prediletos, não admite distinção em razão de sexo, aboliu por completo a velha ditadura dos varões e acabou, definitivamente, com a disparidade entre os filhos, determinando a absoluta igualdade entre eles, proibindo, inclusive, os designativos que funcionavam como autêntica maldição.

.Em verdade, a lei não tem o poder de apagar a realidade social, pois, mesmo que legalmente não haja discriminação entre os filhos, ainda há filhos que nascem de uma relação extraconjugal e são acolhidos de modo diferenciado pela sociedade e, dependendo do grupo social ao qual pertencem, em muitos casos, são marginalizados.

Portanto, embora a lei repudie a discriminação quanto à origem dos filhos, devem ser dados ao filho procriado fora do casamento instrumentos legais que o ajudem a alcançar os mesmos direitos do filho originado de uma relação conjugal legalmente constituída.

O disposto no artigo 227, parágrafo 6º da Carta Magna é norma de eficácia plena e auto-aplicável, portanto, recepciona o direito de qualquer filho de ser reconhecido voluntária ou judicialmente.

O sistema jurídico brasileiro não possui qualquer limitação relativa ao reconhecimento voluntário ou judicial, sendo facultado a qualquer filho a propositura de ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar a filiação, não ocorrendo nenhuma restrição como antes existia na lei.

A filiação, com relação à Carta Magna de 1988, sofreu alterações profundas e necessárias que refletem a implementação do princípio constitucional da igualdade.

Deve-se salientar que o princípio da igualdade, assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, garante a todos iguais direitos e deveres perante a lei. Então constituir-se-ia uma discriminação e um preconceito do legislador taxar os filhos, havidos fora do casamento com sendo adulterinos ou ilegítimos.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 foi um grande avanço ao tratar de questões relativas ao direito de família, pois, de modo justo, igualou os filhos, impedindo que houvesse alguma discriminação relativa à filiação.

Dessa feita o legislador agiu em consonância com o princípio da igualdade, retirando da nossa legislação qualquer resquício de discriminação ou preconceito restante de leis anteriores à Carta de 1988 e, assim com a revogação de alguns artigos do Código Civil de 1916, pela lei 10.406/02 acompanha as evoluções constantes na legislação constitucional.

4 DAS DIFERENÇAS ENTRE AS PERFILHAÇÕES

4.1 A Verdade Sociológica e a Verdade Biológica na Filiação

Entende-se por “verdade sociológica” a constatação de que ser pai ou mãe, não se pauta apenas na pessoa que procria e que possui vínculo genético com a criança, mas naquela que ampara, cria, dá amor, carinho, educação, dignidade e condições de vida, ou seja, aqueles que realmente demonstram exercer as funções de pai e mãe, levando em consideração o melhor interesse da criança.

A paternidade socioafetiva é baseada na posse do estado filho, pois o afeto não é fruto somente de laços sanguíneos, mas de solidariedade e convivência, que geram a afetividade.

Acerca disso, José Bernardo Boeira (1999, p.54), relata o seguinte entendimento:

A posse de estado de filho revela a constância social da relação paternofilial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fator biológico ou pro força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva. Cresce, pois, a relevância da noção de posse de estado de filho em todas as legislações modernas, o que demonstra a inviabilidade de uma absorção total, pelo princípio da verdade biológica.

A família não é apenas a união de um grupo de pessoas em razão de seus vínculos sanguíneos, mas também há a família cuja essência é o amor entre seus integrantes, levando em consideração as relações construídas no decorrer da convivência e a história de vida dos entes dessa entidade familiar, independentemente da consangüinidade.

Exemplo disso é a criança, que sempre teve certeza que aquele que lhe deu no decorrer de sua vida carinho e afeto, é o seu pai biológico, mas após alguns anos descobre que a sua procriação é fruto de uma relação adúltera que sua mãe escondeu ao longo do tempo, fazendo com que seu cônjuge acreditasse que tal criança fosse seu filho sanguíneo e, desse modo, o registrando.

Apesar do pai ter sido levado a erro no momento do registro, é indiscutível que após alguns anos de convivência com uma criança, a qual pensava ser seu filho, gerou uma relação de amor paternofamiliar que, em alguns casos, nem o próprio pai biológico seria capaz de gerar.

O tema é tão polêmico e atual que, fugindo das relações jurídicas e ultrapassando a área do direito, penetra nos lares brasileiros sob a forma de novela. É o que ocorreu na recém terminada novela “Celebridade”, de autoria de Gilberto Braga, exibida pela TV Globo no período de janeiro de 2004. Nesse folhetim, o personagem Inácio, representado pelo ator Bruno Gagliasso, acreditou, ao longo de seus 20 anos de vida, ser filho de Fernando Amorim (Marcos Palmeira). Com a revelação de que era filho de Renato Mendes (Fábio Assunção), Inácio optou afetivamente pela paternidade de Fernando que, durante 20 anos deu-lhe carinho, amor, educação e amparo.

Nota-se, nesse exemplo, que os laços de afetividade que unem pai e filho, pois vezes, são mais fortes que os vínculos consanguíneos que, porventura, possam existir.

Do ponto de vista psicológico o amor entre uma criança e seu pai não ocorre em razão de vínculo de sangue, mas sim da convivência, do afeto e da certeza de proteção que aquela pessoa lhe proporciona.

Em razão dessa constatação sociológica o juiz tem a possibilidade de determinar a paternidade socioafetiva com o escopo de sobrepor uma relação de amor a uma relação meramente sanguínea.

Deve-se ressaltar que a paternidade socioafetiva não é uma regra, pois o judiciário tem o dever de analisar o caso concreto, observando requisitos como o afeto existente entre a criança e seu pai presumido, porém, se entender que aquela relação será prejudicial à criança, então poderá desconstituí-la.

Agora, quando se fala em “verdade biológica” deve-se entender que todo o ser humano tem pai e mãe, sendo que toda a pessoa é fruto de uma troca genética entre a mulher que se faz sua mãe e o homem que se faz seu pai, havendo nesse entendimento uma relação consangüínea e hereditária, portanto, os membros dessa família possuem um vínculo que não se fixa simplesmente por uma relação de afeto ou de amizade.

A verdade biológica é um fator natural que gera ao ser humano um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de reconhecer sua paternidade. E, com os avanços tecnológicos, esse reconhecimento tornou-se mais fácil em virtude do exame de DNA que comprova, com imensa probabilidade de acerto, o vínculo sanguíneo de um determinado indivíduo para com seus pais biológicos.

O artigo 27 da Lei 8.069/90 estabelece que:

Art. 27 - 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.

Como se pode perceber a “verdade biológica” e a “verdade sociológica” geram discussões acaloradas, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, já que é cômodo e apalpável o reconhecimento da paternidade biológica que se constata por um simples exame de DNA; só que não se pode esquecer que o ser humano é eminentemente regido por sentimentos que afloram no decorrer do tempo, sendo uma amizade muitas vezes mais importante do que um vínculo genético.

Na verdade socioafetiva o pai é mais importante na função paterna do que como gerador biológico de uma criança.

O Código Civil de 1916, eminentemente patriarcal, deixava entrever a inferioridade da mulher, o poder supremo do pai, a desigualdade de direitos entre a mulher e o homem, o preconceito com relação à filiação e a desconsideração das entidades familiares como se pode verificar no art. 251 desse diploma legal:

Art. 251. À mulher compete a direção e administração do casal, quando o marido:

I - Estiver em lugar remoto, ou não sabido.

II - Estiver em cárcere por mais de dois anos.

III - For judicialmente declarado interdito.

Parágrafo único. Nestes casos, cabe à mulher:

I - Administrar os bens comuns.

II - Dispor dos particulares e alienar os móveis comuns e os do marido.

III - Administrar os do marido.

IV - Alienar os imóveis comuns e os do marido mediante autorização especial do juiz.

Através desse artigo pode-se perceber que o Código Civil de 1916 trazia em seu arcabouço jurídico uma idéia patriarcal, colocando a mulher como ente subalterno dentro da relação conjugal, o que se nota pelo fato de a mulher somente poder administrar os bens do casal, quando o marido estivesse afastado do lar por algumas das razões elencadas nesse dispositivo; caso contrário continuaria ocupando uma posição inferior no relacionamento conjugal.

O art. 251 da lei 3071/16 foi revogado pelo art. 1570 da lei 10.406/02 que retirou de nosso ordenamento jurídico alguns resquícios da desigualdade entre os cônjuges como infracitado:

Art. 1570. Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interdito judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens.

No que se refere ao preconceito com relação à filiação, a título de ilustração, há que se recordar que o artigo 355 da lei 3071 de 1916 demonstrava a discriminação entre filhos “legítimos” e filhos “ilegítimos”, conforme se verifica:

Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Em verdade, o legislador não reconhecia as entidades familiares como a monoparental, a unilinear, a eudemonista, a nuclear e a pós-nuclear mas, após a Constituição Federal de 1988 e com o advento da lei 10.406/02, todas essas modalidades de constituição de famílias passaram a ser reconhecidas perante o nosso sistema jurídico atual.

Observa-se, ainda, uma certa igualdade entre o casamento e a união estável, tendo, em tese, o legislador suscitado o ideal de afetividade nas relações humanas em detrimento da patrimonial, acabando, assim, com a hierarquia de seus membros e levando em conta o interesse que os entes familiares têm em proporcionar a felicidade mútua entre os membros da família.

No entanto, o legislador, ao instituir de forma constitucional, o preceito de estabelecimento de famílias afetivas abriu uma discussão em torno da filiação sociológica. Já que, se há famílias pautadas na afetividade, então o que impediria que houvessem filhos também através da afetividade tão somente, sem parentesco ou laços biológicos?

A tese biologista deve andar de forma concomitante com a tese sociológica, pois as duas estão em pé de igualdade e não em conflito, até porque a sociedade não possui interesse em decretar a ocorrência do fim da biologização.

A verdade sociológica, apesar de ter preponderância em estudos sociológicos, é acobertada por uma pretensa proteção jurídica, eis que a filiação socioafetiva pode externar-se com o acolhimento de um filho adotivo ou de criação.

Belmiro Pedro Welter (2003, p.148), analisando as características da filiação socioafetiva, assevera que:

A filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto, como o filho de criação, quando comprova o estado de filho afetivo.

Existem casos em que os pais mantêm uma relação com os filhos sem que haja entre eles qualquer vínculo biológico ou jurídico, ou seja, existe uma relação filial por mera opção dos pais. Nessa relação configuram os filhos de criação, que são criados com carinho, amor, afetividade, ternura, em resumo, com sentimentos que seriam depreendidos da mesma maneira caso aquela criança tivesse o mesmo DNA dos pais.

Portanto, o fato comprovador de uma relação jurídica entre esses pais e seu filho de criação é o afeto que deveria ter valor probatório para a ação de investigação de paternidade.

Não se pode pensar que, na filiação, a verdade biológica é mais relevante que a verdade sociológica, pois as duas devem existir de forma a solucionar conflitos que porventura possam haver na área do reconhecimento de paternidade, pois muitas vezes é mais interessante para a criança viver com seus pais afetivos, que ela conhece e ama e, embora não ligada por vínculo genético, tem plena convicção de que eles são seus verdadeiros pais.

Em muitos casos não interessa ao menor saber quem são seus pais biológicos, pois vive em estado de posse afetiva com seus pais de criação e, por causa disso, a retirada dessa criança do lar onde foi criada e a conseqüente entrega aos pais biológicos poderia suscitar dúvidas e ir contra os preceitos legais que protegem o melhor interesse do menor.

Em conclusão, a afetividade na relação humana é fato constatado e, para tanto, o legislador regulamentou as entidades familiares formadas por afeto, só que, nos parece que o mesmo incorreu em erro ao não normatizar de forma satisfativa a filiação sociológica que é plenamente igualável a verdade biológica.

4.2 Desbiologização

A desbiologização enfatiza o fim do entendimento de que a filiação advinda de uma troca genética seria inegavelmente a única forma de caracterizar o vínculo entre pai e filho, criando, desse modo, a filiação decorrente de uma relação em que o cordão umbilical seria o amor, ou seja, o único alimento que proporciona esse vínculo é o afeto.

Quando se fala em desbiologização deve-se entender que, dependendo da situação fática, a interação existente entre o filho e o seu pai afetivo é maior do

que um simples laço sanguíneo que aquele filho tem com relação a outro indivíduo.

Portanto, para as questões que envolvam as discussões acerca de qual paternidade deve prevalecer, torna-se imperativo que a solução desse problema tenha um meio termo, pois não se pode desconsiderar totalmente o laço biológico, que é também importante, mas a idéia da desbiologização não é a de excluir o vínculo biológico e sim de incluir na relação filial o laço socioafetivo.

Seria perfeito se o direito brasileiro fundasse a paternidade nas três espécies², todavia, existem casos em que há confrontos entre essas espécies surgindo um grande problema jurídico para decidir qual paternidade deverá ser reconhecida, se a biológica ou a afetiva.

Em casos de confronto entre essas espécies de paternidade, entra em cena a figura da desbiologização que tem como preceito o fim do entendimento de que a verdade biológica é suprema e deve prevalecer sobre as demais.

No entanto, esse entendimento é falho, pois nem sempre a prevalência desse laço biológico será interessante para a criança, já que a mesma está intimamente ligada ao seu pai afetivo que, no decorrer dessa relação, lhe proporciona segurança, afeto, carinho, amor e fraternidade.

Os avanços da sociedade demonstram que cada vez mais os laços biológicos não são tão levados em consideração como eram anteriormente, isso se deve ao fato de que o afeto está sendo considerado mais importante do que uma relação pautada na consangüinidade.

Como subsídio probatório para estabelecer a paternidade socioafetiva depara-se com o instituto da posse de estado de filho, que cada vez mais ganha destaque na valorização das relações de afeto, caracterizando uma paternidade não apenas fundada em fator biológico ou presunção legal e sim no amor que se cria na intensa convivência entre pai e filho.

Cumprе ressaltar, que a desbiologização da paternidade tem o fim de demonstrar que pai é aquele que educa, cuida, alimenta, protege, que proporciona e participa do desenvolvimento físico, moral e intelectual da criança,

² Paternidade biológica, a jurídica e a socioafetiva.

oferecendo a ela todo e qualquer suporte que se faça necessário para o seu crescimento e evolução como ser humano.

A posse de estado de filho é calcada no afeto, entretanto, o direito brasileiro não faz qualquer referência a esse instituto, desse modo, indo na contramão com relação a outros países, que expressamente colocaram em sua legislação tal preceito como se verifica no Código Civil Francês de 1972, Código Civil Português de 1977 e no Código Civil Belga de 1987.

É inegável o surgimento da desbiologização da paternidade, em virtude de a cada dia os indivíduos estão criando relações puramente afetivas e desapegadas do fator natural, qual seja, a procriação biológica.

A jurisprudência pátria, em algumas situações fáticas, mesmo não havendo diploma legal que regulamente essa paternidade desbiologizada, vem decidindo pela prevalência da mesma sobre os laços biológicos, como se pode deduzir dos acórdãos abaixo:

A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção consagrada na Lei n.º 8.069/90 (especialmente nos art. 4º e 6º), ser possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, revelada pela 'posse do estado de filho', como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação. (TJRS – AI 599 296 654 – 7ª C. Cível – Rel. Luiz F. Brasil Santos – Unânime - J. 18.08.1999).

APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. Não obstante ter o exame de dna afastado a paternidade, deve prevalecer a realidade socioafetiva sobre a biológica, diante da relação formada entre pai e filha ao longo de anos. recurso desprovido.(TJRS – AP 700 077 067 99 – 8ª C. Cível – Rel. Alfredo Guilherme Englert – Unânime – J. 18.03.2004).

Nesse diapasão, a jurisprudência vem decidindo de maneira reiterada, pela desbiologização da paternidade, entendendo que o laço afetivo formado entre pai e filho afasta, em alguns casos, o vínculo puramente genético.

No que se refere à fundamentação jurídica da paternidade socioafetiva a mesma é admitida em razão da atual Constituição Federal³ nos seus artigos 1º, inciso III e 227, § 6º que admite a possibilidade de reconhecimento da filiação pautando-se na posse de estado de filho, não sendo, portanto, exigido ou considerado qualquer vínculo biológico, o que também se fundamenta na doutrina da proteção integral disposta nos artigos 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴.

Constata-se que a desbiologização é um prenúncio inovador no direito de família, assim como a união estável foi há alguns anos, portanto, o direito, por ser preponderantemente regulador das situações fáticas, em data certa terá que enfrentar mais essa inovação no que diz respeito à paternidade.

³ Art. 1º - [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 226 – [...]

§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.

⁴ Art. 4º. 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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

5 DA POSSE DE ESTADO DE FILHO

5.1 Noções Gerais

Na divisão etimológica da expressão “posse de estado de filho” deparamo-nos primeiramente com o termo “posse de estado” que, em linhas gerais, demonstra ser a prática de um fato em razão do aspecto de uma estado, de modo que a aparência de sua existência faz prova para a perfilhação socioafetiva.

Prosseguindo nesse estudo etimológico, deve-se primariamente analisar o “estado de pessoa” que, nesse instituto de posse de estado de filho, aclara-se através do “estado de filho”.

5.2 Estado de Pessoa

É de suma importância, antes de se analisar a posse de estado de filho examinar o entendimento de “estado de pessoa”. Tal estudo é relevante pois a idéia de estado tem como berço o direito romano que o dividiu em categorias de “*status libertatis*” (estado de pessoa livre), “*status civitatis*” (estado de cidadão romano) e “*status familiae*” (estado ou modo como a pessoa está situada em determinado ambiente que nesse caso seria a família daquele determinado individuo).

Com a evolução dos institutos a única noção de estado que ainda permanece em nossa legislação contemporânea é o “*status familiae*” e isso deve-se ao fato de modernamente haver o correto entendimento de que todos os

homens são iguais perante a lei, vedando, dessa forma, qualquer discriminação e tornando-os capazes de direitos, portanto, não haveria sentido na permanência do “*status libertatis*” e “*status civitatis*” ante os princípios dos direitos humanos.

Houve ainda entendimentos que divergiam no sentido de aproximar o estado de pessoa do conceito de estado civil, todavia, é inegável a conexão, mas não se pode cair em erro e confundi-las.

Com relação a esse assunto, Ripert Platinol, citado por José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.57) entende o estado de pessoa como:

Determinadas qualidades que a lei toma em consideração para atribuir-lhes certos efeitos jurídicos. Designar o estado de uma pessoa é qualificá-la e rigorosamente a toda qualidade que produza efeitos de direito pode dar-se o nome de estado. O direito reserva este nome às qualidades inerentes a pessoa, com exclusão dos qualificativos que lhe correspondem em razão de suas ocupações.

O estado de pessoa subdivide-se em três modalidades: o estado familiar que define o parentesco do indivíduo (o estado de filho, de cônjuge), o estado político que diz respeito a nacionalidade e o estado individual que tem por condão a individualização do indivíduo em determinado grupo social, assim o qualificando como único possuidor daquelas características. Como se pode deduzir, dentro do estado familiar encontra-se a figura do estado de filho que possui suma relevância para o decorrer desse estudo.

Para esse tema o estado de pessoa é relevante no que diz respeito à filiação, entretanto, após a análise acima pode-se ressaltar que o estado de filho é revelado através da posse de estado, ou seja, para haver a posse de estado de filho é preciso que haja uma posse desse estado e que esse estado de pessoa seja caracterizado pela pessoa do filho.

5.3 Estado de Filho

Entende-se por estado de filho a ocorrência de algum fato que possibilite a filiação, ou seja, a procriação que, nesse entendimento, é um fato natural do qual decorre a perfilhação no sentido biológico. Também a adoção seria fato gerador do estado de filho, só que em virtude de um ato jurídico, o que nos leva a crer ser a adoção uma relação pautada na verdade jurídica.

Os doutrinadores têm entendido ser o estado de filho decorrente apenas da procriação e da adoção, como ressalta Orlando Gomes (1997 p.168):

o estado de filho resulta da procriação, no casamento, ou extra matrimonium, ou de ficção legal consistente na adoção, ou na legitimação adotiva.

Como se denota, o estado de filho, para alguns doutrinadores, apenas advém da verdade biológica e ou jurídica, entretanto, como já explicitado, existe também a verdade afetiva que deve ser reconhecida e integrada no estado de filho.

A concepção clássica de estado constitui algumas características que são: a indivisibilidade, a indisponibilidade, a imprescritibilidade e a aquisição mediante posse.

No que diz respeito à indivisibilidade, entende-se que a pessoa não pode constituir mais de um estado ao mesmo tempo, ou seja, não pode ser filho decorrente do matrimônio de um homem e ser filho de uma união não matrimonializada de outro simultaneamente. Essa característica retira da filiação a sua idéia evolutiva, pois vai de encontro ao entendimento da paternidade socioafetiva e até contra a adoção, já que quem tem um pai biológico não poderia, segundo essa concepção, ser adotado ou até mesmo ter sua filiação socioafetiva reconhecida pois, nesse caso, a criança poderia ter apenas uma paternidade.

Com relação à indisponibilidade é entendido que o indivíduo não pode dispor daquilo que a lei lhe atribui, por conseguinte a lei atribui de forma

compulsória a determinados indivíduos alguns direitos e esses direitos não podem ser convencionados, transacionados ou renunciados. Tal entendimento aplica-se ao direito à vida. Por exemplo: ninguém pode dispor do direito à vida, pois é indisponível. Nesse diapasão não se pode ter a idéia de que a indisponibilidade não é suscetível a mudanças, pois elas podem ocorrer em virtude da vontade humana ou independentemente da vontade humana. Assim, a paternidade socioafetiva poderia mudar uma filiação que, ao primeiro olhar, dá a entender que reconhecida a paternidade biológica não mais poderia haver alteração em tal estado, no entanto, através da vontade humana, esse estado pode ser mudado e prevalecer a verdade afetiva.

Segundo o magistério de Miguel Maria de Serpa Lopes (1989 p.298):

As alterações do estado, que podem sobreviver no curso da vida humana, em nada influem no caráter de estabilidade que a própria palavra – estado – indica. Assim, o estado, sendo uno e estável, em suas várias manifestações pode comportar mutações, quer pela força dos acontecimentos supervenientes, quer pela vontade humana, tudo, porém, em harmonia com a ordem jurídica. São os elementos plúrimos que se modificam sem prejuízo da unidade substancial, que é inalterável.

Além das características supra relacionadas, não se pode esquecer que essa noção clássica de estado ainda se refere à imprescritibilidade, pois mesmo o detentor do direito permanecendo inerte, ainda com o decorrer do tempo, terá legitimidade para ingressar com a ação pertinente para reivindicar aquele direito que não decaiu ao longo do tempo. Essa imprescritibilidade é muito presente nas ações de investigação de paternidade, já que o filho pode, a qualquer momento, requerer o reconhecimento de sua filiação não prescrevendo esse direito como decorrer do tempo.

Entretanto deve-se ressaltar que a imprescritibilidade é relativa nas ações que têm por escopo o puro e simples reconhecimento de um estado de filho. Assim, deveria ser imprescritível a ação que versa sobre o reconhecimento de uma paternidade socioafetiva em razão de que, em alguns casos, esse reconhecimento torna-se importante. Tomemos como exemplo um idoso, que sempre proveu as necessidades de seu filho de criação; agora que esse pai socioafetivo mais necessita de auxílio, em virtude de doença, esse filho não lhe

presta nenhuma ajuda, pois não está obrigado por lei. Então o meio hábil para esse pai ter direito a alimentos seria o reconhecimento da paternidade socioafetiva, mesmo depois de decorridos vários anos.

5.4 Conceito e Elementos Caracterizadores da Posse de Estado de Filho

No decorrer da evolução do direito, alguns institutos evoluem de forma a acompanhar a sociedade e os fatos por ela gerados. A partir disso surge ocupando uma posição de destaque dentro de nosso ordenamento jurídico a já definida paternidade socioafetiva, pautada no estado de posse de filho.

A noção de posse de estado de filho não é recente, pois antes que os sistemas de registro de nascimentos de alguns países fossem organizados, o que imperava era a figura fática da paternidade presumida.

A doutrinadora Jacqueline Filgueras Nogueira (2001, p. 111), citando John Gilissen dispõe que:

A posse de estado surgiu no Direito Português das Ordenações, a qual distinguia filhos legítimos e ilegítimos e em que: o pai podia, ainda reconhecer a qualidade de filho a alguém que naturalmente o fosse (perfilhação) podendo até ser forçado a isso, mediante ação posta pelo filho e baseada em posse de estado ou em quaisquer outras conjecturas (Ord., fil., III, 9, 4, in fine cf. Pascoal de Melo, institutiones..., II, VI, 21/2); este reconhecimento da filiação tinha importância nomeadamente, para efeitos de alimentos, pelo que o antigo direito o considerava como uma subespécie de ação de reconhecimento de paternidade. Em todo o caso, não pondo para a sua instauração quaisquer requisitos prévios, como virá a acontecer com o Código Civil, o direito do Antigo Regime era, ainda aqui, bastante liberal em relação à filiação extramatrimônio.

Ostentar um estado de filho ocorre quando, aos olhos da sociedade, há uma relação natural de filiação entre pais e filhos, relação essa em que a criança é tratada como se filho fosse com os mesmos direitos e deveres oriundos de uma relação de filiação.

O doutrinador José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.60), em seus ensinamentos nos oferece o seguinte conceito:

A posse de estado de filho é 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.

Como se pode notar, a posse de estado de filho é regida não apenas por um simples conceito, mas também por elementos que, para a doutrina, são essenciais na constituição desse instituto.

A doutrina, ao reconhecer a existência da posse de estado de filho, o faz com a ressalva da necessidade da existência de três elementos inerentes a tal relação de filiação: o nome, o trato e a fama. São esses os elementos constitutivos na configuração dessa relação que determina uma paternidade socioafetiva e que serão detalhados adiante neste trabalho.

Acerca disso, Orlando Gomes, citado por Belmiro Pedro Welter (2003, p.151) relata o seguinte entendimento:

O estado de filho afetivo, acrescenta o autor, é identificado pela exteriorização da condição de filho, nas seguintes circunstâncias: "a) sempre ter levado o nome dos presumidos genitores; b) ter recebido continuamente o tratamento de filho; c) ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho.

Portanto, a doutrina entende que a posse e o estado não são passíveis de serem segregados, pois há uma posse concomitante do estado de pai e do estado de filho.

5.4.1 Nome

Com relação ao nome, elemento da posse de estado de filho, o seu fator caracterizador é o uso pelo pretense filho do patronímico do pai, ou seja, a criança deve ter o nome da família que a cria, com base no laço afetivo.

Deve-se ressaltar que esse elemento, na maioria das vezes, não é levado em consideração pela doutrina em razão de que, em muitos casos, o filho não tem o nome da família, como se pode perceber quando a paternidade pauta-se na criação de uma criança que já tinha um nome em seu registro.

5.4.2 Trato

O trato diz respeito ao tratamento dispensado à criança no que se refere à educação, à criação e a outros elementos constitutivos de uma relação paterno-filial.

A doutrina, de modo geral, reconhece esse elemento como sendo de caráter objetivo, pois a sua configuração parte do princípio de que um pai deve prover as necessidades de um filho, tanto no campo material como no campo moral. Nesse sentido, os pais devem, na medida de suas possibilidades, dispensar ao seu pretense filho todo o carinho, afeto, amor e outros cuidados que aquele filho necessitar.

Todavia, não se pode esquecer que se torna também dever dos pais, prestar assistência material para a criança consubstanciada essa assistência em lazer, educação, saúde, moradia, conforme determina a Constituição Federal e o ECA.

O mais importante nesse elemento de configuração da posse de estado de filho é o carinho e afeto que um indivíduo, sem nenhum laço genético, dispensa a uma pessoa pura e simplesmente em razão do amor.

5.4.3 Fama

Quando se fala em posse de estado de filho não se pode esquecer que, para ocorrer essa posse e esse estado, é imperativo que haja um conhecimento que se exteriorize através da fama. Tal conhecimento se caracteriza pelo entendimento da sociedade de que determinada pessoa é filho de determinado indivíduo, e que há, naquela relação, uma verdadeira filiação.

Fama diz respeito à voz pública acerca de alguém ou sobre sua notoriedade, por conseguinte quando o público tem convicção de que a relação entre duas pessoas trata-se de paternidade e filiação, então se configura tal requisito, que é eminentemente social.

O papel do indivíduo no grupo social ao qual pertence é definido pela opinião pública que lhe atribui a fama de amigo, vizinho, colega de serviço, interessado, parente, dentre outros. No entanto, em se tratando do estado de filho, não se deve cometer o erro de pensar que o simples fato de uma pessoa possuir a fama de filho ou de pai, perante a opinião pública, já configuraria tal vínculo. Para configuração de tal relação é preciso mais que um simples juízo de valor; é imperativo a convicção de que aquela relação trata-se de uma filiação.

5.5 Posse de Estado de Filho: questão de fato ou de direito?

Nesse momento, é essencial realizar uma análise para saber se a definição

da posse de estado, assim como os seus elementos caracterizadores que incorporam o conceito desse instituto, são questões de fato ou de direito.

De modo prático seria importante essa discussão, ao passo que se constatado ser a posse de estado uma questão de fato, ficaria inadmissível o uso do recurso especial em razão da Súmula 07⁵ do Superior Tribunal de Justiça.

O doutrinador Belmiro Pedro Welter (2003, p.163) em seus ensinamentos descreve o seguinte entendimento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

...há matéria de direito sempre que, para se chegar a uma solução, surja a necessidade de recorrer a uma disposição legal, pelo que surgem aqui duas questões: uma de fato e outra de direito. Apurar os fatos materiais alegados é questão de fato; enquadrar esses fatos nos conceitos legais dos elementos da posse de estado é questão de direito.

O juiz, ao decidir sobre o reconhecimento ou não da posse de estado, estaria no campo do direito, porém ao analisar os fatos e entender que os mesmos provam ou não a posse de estado, nesse caso, estaria adentrando a questão de fato.

Todavia, há divergências doutrinarias acerca desse assunto, em virtude de alguns doutrinadores entenderem que a posse de estado seria apenas matéria de direito como relata Belmiro Pedro Welter (2003, p.164) citado por José Bernardo Ramos Boeira:

...asseverando que se trata de questão de direito, e não de fato, pelo que não interessa sustentar que o investigado “estava firmemente convencido de ser o pai”, dispensando ao filho os cuidados em geral de um pai, mas, sim, deve ser questionada a idoneidade desses fatos para que se enquadrem nos critérios de tratamento e reputação de filho, de vez que o pronunciamento judicial deve identificar a motivação da conduta do investigado, a sua personalidade, temperamento, educação, valores, entre outros elementos fáticos, para que possa responder à seguinte indagação: “Os fatos apurados são de molde a revelar a convicção da paternidade por parte de um indivíduo com personalidade do investigado, agindo nas condições concretas em que agiu?”

⁵ Súmula 07 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Portanto, a ação de investigação de paternidade socioafetiva trata-se de questão de direito, já que a mesma é possível perante o nosso ordenamento, fundado suas alegações na posse de estado de filho e no melhor interesse da criança, como se pode verificar no precedente jurídico exposto no anexo A.

5.6 Posse de Estado e a Teoria da Aparência

A teoria da aparência possui, no direito, grande valor e por causa disso não poderia deixar de fazer menção na explicação da posse de estado.

A posse de estado de filho também pode ser explicada pela teoria da aparência em razão da publicidade e notoriedade de um determinado fato que produz efeitos jurídicos.

Dessa maneira, aos olhos do público em geral, determinada pessoa que se encontra na posse de estado de filho desfruta de uma situação que formalmente é inexistente, no entanto, a aceitação dessa situação é determinada pela aparência.

Em muitos casos a aparência tem o condão de fazer com que terceiros tenham a convicção que aquela situação em particular está formalizada, o que importando para o nosso tema, seria nesse caso a notoriedade que tal fato imprime sobre a sociedade.

Quando fala-se em aparência deve-se entender que decorre do desfrute de um indivíduo de uma determinada situação jurídica que não lhe é inerente, porém são tidas por terceiros como se lhe fossem correspondentes.

Ao tratar da teoria da aparência jurídica deve-se fazer referência a Angel M. Lopez que, citado por José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.81), nos oferece os seguintes ensinamentos:

Angel M.Lopez sustenta, em sua teoria da aparência jurídica, que a proteção à aparência se justifica nos ordenamentos que possuem um sistema de publicidade defeituosa, daí por que o valor jurídico da

aparência está justamente vinculado ao valor atribuído à publicidade que venha a suprir. Pode-se dizer que a publicidade qualifica a aparência, pois assegura uma eficácia 'erga omnes'.

Pode-se perceber que Angel M. Lopez defende a tese de que a posse de estado não decorre da constatação dessa realidade feita pelo público através do desfrute desse estado, mas seria, segundo ele, elemento constitutivo dela.

A aparência na posse de estado de filho tem o condão de dar segurança jurídica, isso em razão de uma aparente relação de paternidade e filiação, onde a publicidade e o entendimento do público de que aquele caso trata-se de uma relação jurídica paterno-filial, faz crer que tal fama é indispensável em virtude do caráter de seriedade que essa relação aparente ser.

A posse de estado tem na teoria da aparência o encontro de uma realidade pessoal e própria, sendo que o indivíduo que se encontra nessa posse contém uma aparência de estado constatada através do modo de ser e proceder dessa pessoa.

O direito brasileiro não faz menção a teoria da aparência jurídica na posse de estado de filho, pois a mesma é usada na relação de comércio jurídico para, dessa forma, dar-lhe segurança, garantia, validade dos atos praticados por pessoa que não possuem legitimidade para praticá-los, todavia seus atos são validados em razão das circunstâncias que a terceiros faz acreditar que fossem titulares desses direitos.

A teoria da aparência é usada em nossa lei civil para garantir os efeitos dos atos praticados por quem não seria legítimo, no entanto, em razão da aparência da validade faz com que sejam considerados válidos para resguardar o direito de terceiros de boa-fé.

É preciso salientar que a validade dos atos só decorre se esses estiverem amparados pelo princípio da boa-fé. Portanto, aparência na posse de estado de filho representa uma situação pessoal e íntima do indivíduo que poderá ser vista através de seus atos e de sua personalidade.

Por conseguinte, a posse de estado só se caracteriza quando da união de dois fatores, que se resume na verdade exterior, que seria, nesse caso, objetiva

em virtude da realidade dos fatos e na verdade interior, que é subjetiva e exprime o sentimento de amor e afeto que uma relação paterno-filial deve ter como base.

Na conclusão desse tema, é de suma importância salientarmos que a aparência no direito civil seria de relevante ajuda a posse de estado de filho, já que poderia através de seus fundamentos demonstrar uma constatação sociológica que impera perante todos.

5.7 A Posse de Estado de Filho no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Com a promulgação da Constituição Federal de 1998, o sistema jurídico pátrio, no que se refere ao direito de família e, sendo mais específico, à filiação, acabou com qualquer tipo de discriminação com relação aos filhos, adotando, desse modo, um sistema unificado para o instituto da filiação. Agora, cabe ao direito brasileiro encontrar meios fundamentados e sustentáveis que permitam reconhecer a paternidade de acordo com a realidade social que aquele que pede tal reconhecimento vive, inserindo-o, dessa maneira, nas linhas de reconhecimento que são: a verdade biológica, a socioafetiva ou a jurídica.

Na busca de fundamentação para a paternidade socioafetiva é que surge a posse de estado de filho que, no arcabouço jurídico pátrio, demonstra-se apenas como fator probatório para o reconhecimento da paternidade, necessitando ser elevada a caráter jurídico, como foi feito em vários outros ordenamentos jurídicos mais modernos.

A filiação sociológica tem como um de seus pilares a posse de estado de filho que, caso colocado como instituto jurídico, irá ajudar a solucionar conflitos de paternidade, figurando, assim, como elemento constitutivo de perfilhação.

No sistema jurídico brasileiro a posse de estado de filho tem relevância secundária, em virtude de ser apenas fator probatório para o reconhecimento da paternidade biológica.

O Código Civil brasileiro demonstra estar muito longe da realidade social que o final do século XX e início do século XXI nos apresenta, pois aparenta não levar em considerações as mudanças que a sociedade moderna imprime e que apresentam-se em ritmo acelerado e incompatível com o sistema legislativo nacional. Em razão dessas mudanças, as leis brasileiras não contemplam o caráter afetivo que, ao longo do tempo os indivíduos vêm aplicando em suas relações familiares, pautando, assim, a família, não na paridade sangüínea, mas na “*afectio*”.

Nesse diapasão, o doutrinador José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.112) ressalva:

Assim, uma vez incorporada ao sistema, a noção de “posse de estado de filho” informaria positiva ou negativamente, fazendo cessar a presunção de pater is est, quando a realidade socioafetiva estivesse determinada uma paternidade diversa daquela, inicialmente disposta pelo sistema.

No Código Civil de 1916 o legislador não agasalhou a posse de estado de filho como forma de reconhecimento de paternidade. O entendimento dos doutrinadores é de que esse não reconhecimento deve-se ao fato de que, para a apuração desse instituto, o único meio seria a prova testemunhal, a qual, aos olhos dos legisladores, é sempre perigosa e dúbia, mostrando, mais uma vez que, para a lei e para aqueles que a criam, a certeza da filiação é o mais importante. Assim caberia apenas a verdade biológica, que pode ser geneticamente comprovada através do exame de DNA e não deixa dúvidas quando àquele estado.

Entretanto, muitas vezes a genética não supre as necessidades de um ser humano em fase de desenvolvimento, que necessita de carinho e afeto, que, em muitos casos, podem ser dados apenas por quem tem o verdadeiro afeto para com aquela pessoa, mesmo não tendo nenhum vínculo genético com ela; portanto, parece que os legisladores caíram em erro ao acreditarem que apenas a verdade constatável seria a plena, pois há que se lembrar que o afeto não é palpável, só que é indispensável para uma criança.

Contudo, o Novo Código Civil de 2002 também não reconheceu a posse de estado de filho, porém, esse ordenamento abriu a possibilidade de

reconhecimento da paternidade socioafetiva com base nos artigos 1.593⁶, 1.596⁷, 1.597, V⁸, 1.603⁹, 1.605, II¹⁰.

Conclui-se que o reconhecimento da posse de estado de filho não deve ser pautado apenas na prova testemunhal, mas também, de modo, concatenado com outras provas documentais que venham a formar o conjunto probatório.

O professor Belmiro Pedro Welter (2003, p. 162) oferece o seguinte ensinamento:

[...]podendo comprovar o estado de filho com os seguintes subsídios documentais, por exemplo: a) certidão de batismo; b) plano de saúde; c) inscrição no imposto de renda; d) inscrição do filho afetivo em órgão previdenciário (INSS, IPÉ, SAS, Montepios etc.); e) concessão de caderneta de poupança; f) aplicações financeiras; g) testamento em favor do filho afetivo; h) fotografias que revelem típica convivência familiar; i) escritura ou contrato de aquisição de imóvel ao filho ou em condomínio com os pais e filho; j) bilhetes, cartas ou cartões a indicar a filiação afetiva; k) segura de vida beneficiando o filho; l) histórico escolar, em que conste o nome dos pais afetivos como responsáveis; m) documentos das despesas de instrução e/ou médico-hospitalares; n) qualquer documento em que conste o tratamento de filho; o) remessa de correio eletrônico (e-mail), denotando tratamento de filho; p) pagamento de pensão alimentícia; q) inclusão em inventário como herdeiro ou legatário; r) autorização para compra de mercadorias em casa comercial, em que é certificado o estado de filho afetivo; s) o nome dos inscritos na roupa ou demais pertences do filho; u) o nome do filho afetivo constando da certidão de óbito dos pais; v) os pais como responsáveis em consulta médica e/ou baixa hospitalar.

Como se denota, para a declaração da posse de estado de filho são inesgotáveis as fontes de provas documentais, mas é de suma importância ressaltar que a prova, na ação de investigação de paternidade socioafetiva, deve ser tão rigorosa quando na investigação de paternidade biológica, devendo, dessa maneira, serem aceitas todas as provas em direito admitidas, como as de ofício, testemunhais, periciais, documentais e os depoimentos pessoais, para que, desse modo, seja declarada a verdadeira paternidade socioafetiva e não mais uma ficção jurídica pautada na posse de estado de filho.

⁶ Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

⁷ Art. 1596. 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.

⁸ Art. 1597 – [...]

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁹ Art. 1603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

¹⁰ Art. 1605 – [...]

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

6 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

6.1 A Presunção Pater Is Est

A filiação sempre foi objeto de dúvida no que diz respeito ao estabelecimento de sua verdadeira relação paternal ou maternal, portanto, sempre houve dificuldade em estabelecer se determinada criança era na verdade filho biológico daqueles pais que a criam ou que a criaram. Não sendo tal fato muito diferente no cenário jurídico, já que essa relação é geradora de direitos e obrigações para ambos os pólos dessa relação natural e jurídica.

Com essas dificuldades de estabelecimento da filiação, a legislação, no interesse de amenizar tais dúvidas, começou a se utilizar de presunções legais para estabelecer a filiação, assim colocando na lei certos atos e fatos que por via de dedução presumiam ser determinada pessoa pai de um indivíduo.

De modo concomitante, a presunção de paternidade aclarou também a idéia de presunção de maternidade, que possui maior facilidade de comprovação, pois é um fato certo, como diziam os doutrinadores da época, ao passo que a sua prova é inegável, pois aquela que gerou a criança seria, nesse diapasão, a mãe da mesma. No entanto, modernamente, a presunção *mater semper certa est*, mostra-se alvo de discussões no campo do biodireito, em virtude da utilização de modernas técnicas de inseminação, como a “barriga de aluguel”, que retomaria a discussão, se a mãe seria aquela que deu à luz a criança ou aquela que doou os embriões para que essa fosse gerada por outra mulher?

Essa discussão, com o passar dos anos e com a evolução da ciência, produz debates cada vez mais calorosos, pois como é sabido o direito evolui a passos curtos enquanto a ciência evolui a saltos largos, tornando quase que impossível à ciência jurídica acompanhar, em pé de igualdade, as evoluções científicas no que diz respeito à biotecnologia.

No entanto, de acordo com a corrente doutrinária que aceita a presunção de paternidade, a maternidade possui caráter absoluto em razão da comprovação do parto, o que estabeleceria a filiação materna, mas, como dito acima, esse caráter já não é tão absoluto, pois o filho que presumidamente seria daquela que deu à luz, pode não ser filho biológico abrindo, dessa maneira, caminho para uma impugnação da maternidade.

Como se pode depreender a maternidade antes era de fácil presunção, mas com o advento de inovações biotecnológicas essa presunção perdeu o seu caráter absoluto tornando-se meramente relativa.

Maior dificuldade seria o estabelecimento da paternidade que apresenta maior complexidade; dessa maneira a lei, ulteriormente, recorreu a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*¹¹, que em síntese, seria a presunção de que o pai seria o marido da mãe que deu à luz a criança.

Hoje, essa presunção mostra-se inoperante em razão dos avanços científicos, já que o exame de DNA comprova, com enorme probabilidade de acerto, a paternidade biológica do indivíduo.

A presunção de paternidade afigura-se como relativa, em razão de que o fato do filho nascer na constância do casamento, muitas vezes, não era prova contundente de que era filho do marido da mãe, podendo, nesse caso, o marido vir a impugnar a paternidade.

Após o relato dessas duas presunções para o estabelecimento da filiação, deve-se esclarecer que ainda há uma terceira presunção que entende ser o pai da criança aquele que mantinha, com a mãe dela, relações sexuais no período da concepção, entretanto contrário a esse entendimento surgiu um quarto entendimento que dizia haver a presunção *exceptio plurium concumbentium* asseverando que nem sempre o indivíduo que, ao tempo da concepção, manteve relações sexuais com a mãe seria o pai.

Como se pode perceber, o estabelecimento da filiação com relação à paternidade possui enorme complexidade, havendo várias correntes que entendem a paternidade de forma diversa, e nem sempre chegando a uma

¹¹ Presunção de que o filho concebido na constância da sociedade conjugal tem por pai o marido de sua mãe.

conclusão lógica. É preciso salientar que várias legislações estrangeiras usam ou usaram de presunções para poder estabelecer a paternidade, como salienta o doutrinador José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.41):

[...] o Código Civil Francês a consagra no art. 312, alínea 1: “L’enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari”. (“o filho concebido durante o casamento tem por pai o marido”) BCG, art. 1.591; Código Civil suíço, art. 255, n° 1; Código Civil belga, art. 315; Código Civil português, art. 1.826, n° 1; Código Civil italiano, art.231; Código Civil holandês, art. 197; Código Civil de Québec, art. 525; Código Civil japonês, art. 772. Na América Latina, os recentes Códigos do Peru (art. 361) e do Paraguai (art. 225) também mencionam a presunção. Na Argentina, a regra consta no art. 243 do Código Civil, com redação da Lei n° 23.264/85. Em Cuba, é prevista no Código de Família (Lei n° 1.289, art. 74).

Não muito diferente desses países, o Brasil também adotou a presunção de paternidade para estabelecimento da filiação no art. 337 do Código Civil de 1916, que declarava a legitimidade daqueles filhos que haviam sido concebidos na constância do casamento.

No entanto, a Lei n° 8.560/92 revogou o artigo 337, vindo o Código Civil a prestigiar a presunção de paternidade com maior restrição no art. 338¹², que dispunha presumir-se com filhos, os nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e aqueles nascidos dentro de 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação.

Deve-se salientar que o Código Civil de 1916 foi revogado pela lei 10.406/02, que, em seu art. 1.597¹³, continuou com o texto estabelecido pelo Código anterior, porém, acrescentando mais três incisos e alterando o inciso II desse texto legal, para afastar a presunção de paternidade não só na dissolução

¹² Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento

I – os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);

II – os nascidos dentro dos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

¹³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial heteróloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação, mas também no caso de separação judicial, e nulidade, desse modo suprimindo a figura do desquite.

6.2 Da Fundamentação da Presunção de Paternidade

A presunção de paternidade é polêmica e, como tal, cria vários entendimentos que se fundamentam em teorias das mais diversas, as quais serão integradas a este texto de forma resumida, para que se possa entender a sustentação desse instituto difundido em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, assim como no ordenamento jurídico brasileiro.

6.2.1 Teoria da acessoriedade

A doutrina, quase que na sua maioria, reconhece que a teoria da acessoriedade é uma das mais antigas, já que há referência dela no Livro das Leis de Manu, assim como há relatos de sua conceituação em outros ordenamentos antigos.

De acordo com essa teoria, a presunção de paternidade era estabelecida em virtude de um determinado domínio que o marido exercia em relação a sua esposa, sendo o filho conceituado como fruto advindo desse domínio, o que era traduzido pela máxima *accessorium sequitur principale* de que o acessório segue o principal. Dessa maneira, naquela época entendia-se que em sendo o marido dono da esposa, o é também do filho, já que o acessório segue o principal.

6.2.2 Teoria da presunção de fidelidade da esposa

Na teoria da presunção de fidelidade da esposa, que nasceu através dos interpretadores do Código Civil Francês e inspirada no iluminismo empirista, paira a idéia de que há outra presunção prévia, ou anterior à presunção de paternidade.

Assevera essa teoria que a mulher, em regra, é fiel ao seu marido, portanto, enquanto não se provasse que ela teve relações extramatrimoniais presumir-se-ia que o filho seria do marido. No entanto, com o advento de provas que corroborassem a infidelidade da mulher, cessaria essa presunção.

6.2.3 Teoria da coabitação exclusiva

A relação conjugal implica em direitos e deveres e um desses deveres repousa na coabitação, que é o dever dos cônjuges de morar juntos, ou seja, viver como marido e mulher, assim como terem relações sexuais habituais.

Através desse entendimento pode-se dizer que nessa teoria, que não se diferencia substancialmente da anterior, paira a idéia de que a coabitação entre os cônjuges implica em relações sexuais exclusivamente entre eles, presumindo-se, então, a paternidade, porém tal presunção pode ser contestada caso se prove que a mulher foi infiel.

Essa teoria em muito se iguala à teoria anterior, sendo meio para que doutrinadores salientem que as duas teorias são concatenadas, pois o que se quer nelas é a presunção de fidelidade e o dever de coabitação exclusiva entre os cônjuges, no entanto, ambas as teorias são criticadas em razão de serem facilmente destruídas quando há provas em contrário que demonstrem a infidelidade da mulher.

6.2.4 Teoria da vigilância do marido

A teoria da vigilância do marido não obteve êxito, assim como não teve muitos seguidores. Tal teoria defende que o marido possui o poder marital, que exercido de modo apropriado, lhe traria o dever legal de vigilância da conduta de sua esposa e, desse modo, o filho advindo da mesma deveria ser atribuído a ele, já que com o dever de vigilância amplamente exercido, seria praticamente impossível à esposa gerar filho de terceiro.

6.2.5 Teoria da “admissão antecipada” do filho pelo marido

Em reação às teorias que pairavam no entendimento de que a presunção de paternidade advinha da fidelidade da mulher, assim como no dever de coabitação ou no poder marital, foi criada a teoria da admissão antecipada, que teve como seu percussor Ambroise Colin.

A fundamentação dessa teoria é de que o casamento é um ato voluntário que parte da vontade dos nubentes de se casarem, portanto, com o advento do casamento, implicitamente o marido receberia ou admitiria antecipadamente os filhos que sua mulher dar à luz depois de casada, desde que essa procriação não adviesse de circunstâncias anômalas que pudessem ensejar ou oportunizar uma impugnação pautada na lei.

6.2.6 Teoria conceitualista ou formalista

A teoria conceitualista e formalista entende de que a presunção de paternidade é resultado do título de estado, ou seja, a presunção de paternidade não é pautada em circunstâncias de fato, reais ou presumidas, mas sim em um título de estado constituído pela ata do nascimento do filho, onde irá constar o fato do nascimento e a maternidade.

Já outros doutrinadores, não se contentam com os fundamentos dessa teoria, desse modo, afirmam que a presunção de paternidade representa a primazia¹⁴ do social em relação ao biológico.

No que tange ao direito privativo do marido em refutar a paternidade presuntiva, tal direito recai no papel representado por ele como chefe da família e, nessa posição, fica ao seu critério aceitar, ou não, o filho adulterino em sua residência; caso não aceite, poderia lançar mão dessa impugnação e expor o adultério da mulher.

Nesse caso, a dedução lógica é de que, mesmo diante de adultério praticado pela esposa, o marido preferiu aceitar o filho adulterino a ter que impugnar tal paternidade, ao passo que uma ação nesse sentido poderia tornar público o adultério, além de levar a término à instituição familiar que, nessa época, era considerada indissolúvel.

Como decorrência lógica, da teoria conceitualista a lei considera o marido da mulher como pai da prole gerada por ela. Insta salientar que a presunção de paternidade tem relevante papel para essa teoria, no estabelecimento da filiação para a criança decorrente de justas núpcias.

¹⁴ [...] em direito, primazia está justificada hoje pela constelação de fins que a família legítima satisfaz: a idéia patrimonial, a idéia do respeito às decisões privadas, aspectos econômicos e de higiene social, efeito estabilizador de reservas íntimas de responsabilidade; tudo isso, concluiu o citado autor, basta para fundamentar semelhante princípio de um modo independente (BOEIRA, p.45).

6.3 Aspectos Gerais da Presunção de Paternidade

A presunção de paternidade sempre foi cercada por teorias e pensamentos que tinham por escopo estabelecer a paternidade na relação paterno-filial, já que apenas com o advento do exame de DNA, é que passou a ter certeza quase que absoluta para o estabelecimento da paternidade biológica.

O exame de DNA, inventado por volta de 1975, traz para o direito de família modificações significativas, ao passo que contribui para a atribuição da filiação e para o estabelecimento da paternidade biológica, com probabilidade de certeza quase irrefutável.

No decorrer desses avanços científicos, foi proporcionada à ciência jurídica a possibilidade de estabelecer a paternidade com alto grau de acerto, comprovada cientificamente, fazendo com que a presunção de paternidade fosse limitado pela lei e pela jurisprudência sem atentar para doutrina, que obtiveram a função de afastar a presunção de paternidade quando possível a sua comprovação científica.

Mesmo com o exame de DNA a presunção de paternidade não foi inteiramente retirada de nosso ordenamento jurídico, já que antes tal presunção era disciplinada em razão da defesa da família, do casamento, da proteção da legitimidade do filho e à intenção de manter a autoridade do marido.

Como já salientado essa presunção não foi revogada ou abstraída de nosso texto jurídico, no entanto, foi mitigada, nos casos em que a paternidade do marido é impossível ou manifestadamente improvável.

Portanto, a presunção de paternidade possui dois sentidos: o sentido técnico que seria a proteção da filiação e a criação do ônus da prova àquele que pretenda contestar a paternidade; e o sentido ideológico, que recai na proteção da criança nascida de mulher casada e protegida em decorrência das justas núpcias que lhe proporcionam um pai.

Em resumo, mesmo havendo uma sobreposição da verdade biológica em razão dos avanços científicos, deve-se levar em consideração a verdade

socioafetiva, demonstrada pela posse de estado de filho, pois, nesse caso, seria a construção de uma paternidade através do amor e do afeto que a cada dia nasce dentre os integrantes dessa relação paterno-filial, não havendo que se falar em paternidade biológica presumida.

Destarte, se para o estabelecimento da paternidade biológica, até hoje é usada presunção de paternidade com a aplicação das várias teorias descritas, com muito mais razão haveria que se aplicar essa presunção no caso da filiação socioafetiva, isto é: presume-se como pai àquele que aceita, ampara, educa e ama o filho, independente dele ter sido gerador por ele.

7 DIREITO COMPARADO

7.1 Direito Francês

A lei nº 72-3, de 03 de janeiro de 1972, modificou profundamente o Código Civil Francês no que diz respeito ao direito de filiação. Tal reforma aboliu a desigualdade entre os filhos, abolindo as discriminações entre filhos naturais e legítimos, embora a nomenclatura ainda seja mantida.

A legislação francesa prestigia a verdade biológica, entretanto, o modelo jurídico francês é suscetível de receber novas influências e, por causa disso, a verdade afetiva na filiação começa a ter um espaço significativo. Dessa maneira, foi adotada a expressão “posse de estado” como fator probatório e também meio constitutivo do reconhecimento da filiação. Tal preceito fica evidente ao se analisar o artigo 334-9 do Código Civil Francês, que dispõe ser inadmissível a ação de investigação de paternidade e nulo o reconhecimento da mesma, “quando o filho tem já uma situação de legitimidade estabelecida pela posse de estado”.

Nesse diapasão, o referido disposto legal faz acreditar que a posse de estado é inatacável, portanto, aquele pai, que de fato possui a paternidade socioafetiva da criança pautada na posse de estado de filho, não poderia ver sua relação paterno-filial atacada ou retirada de sua esfera de proteção aquela criança a quem ele dispensa amor e afeto como se filho dele fosse.

O artigo 311-1 explicita a necessidade da posse de estado ser contínua e provada através da reunião suficiente de fatos que comprovem a relação de paternidade e filiação que o indivíduo assevera ter.

Já no artigo 311-2 são delineados os elementos constitutivos da posse de estado de filho, ou seja: o nome, a fama e o trato, sendo que o entendimento é de que esse rol não é taxativo, mas sim indicativo.

O sistema jurídico francês admite que outros elementos sejam apresentados para a comprovação da paternidade socioafetiva, entretanto, fica a cargo do juiz decidir se tais elementos são suscetíveis de análise ou são comprovadores de tal relação.

A França, em seu ordenamento jurídico, tem o entendimento de que a posse de estado de filho, quando não provada a filiação por um título, tem papel fulminante no estabelecimento da filiação que, nesse caso, seria considerada legítima. E, no artigo 334-9, descreve a função de constituição da paternidade através desse instituto, considerando insuscetível de ataques a paternidade revelada através desse instituto.

Como se pode perceber, a paternidade socioafetiva está presente na legislação francesa, que demonstra um avanço ao colocar a posse de estado de filho como fato probatório e meio constitutivo da filiação.

A paternidade socioafetiva é plenamente comprovável através da posse de estado de filho, pois é com esse instituto que se pode aduzir a possibilidade da filiação socioafetiva, e com a implementação na legislação francesa da posse de estado de filho, fica clara a possível comprovação da filiação sociológica.

A presunção de paternidade legítima está disposta no artigo 313 da lei francesa, que diz haver tal presunção nos casos de divórcio ou separação de corpos dos cônjuges, já que reabilita sua eficácia de pleno direito se houve posse de estado com respeito a esses. Por conseguinte, o artigo 313-I relata que a presunção de paternidade é afastada quando o filho foi ou é registrado sem indicação do nome do marido, dispondo somente da posse de estado relativo à mãe.

No que diz respeito à filiação natural, o artigo 341 assevera que é admitida a investigação de maternidade, desde de que seja provada a posse de estado de filho natural. Já o artigo 342-I, admite a ação de alimentos contra terceiros para filho de mãe casada com outro parceiro que não seja o pai biológico se seu título legítimo não está confirmado por posse de estado.

Insta salientar que o Código Civil Francês foi modificado em seu artigo 334-8 pela lei 82.536 de 25 de junho de 1982 que considerou a posse de estado sendo passível de reconhecimento tácito, decorrente do comportamento e aceitação do pai para com o seu pretense filho afetivo.

Portanto, a lei francesa inovou no sentido de reconhecer a posse de estado de filho e transformar tal preceito em um instituto jurídico, abrindo caminho para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, que tem a sua base de sustentação fundada no afeto e no amor ao próximo.

7.2 Direito Espanhol

A lei nº 11, de 13 de maio de 1981, alterou o Código Civil Espanhol, disciplinando, no seu artigo 131 que qualquer das pessoa, com interesse legítimo, tem direito à ação para que se declare a filiação manifestada pela constante da posse de estado, salvo se a filiação reclamada contrarie outra legalmente determinada. Com a ausência da posse de estado, a ação de investigação da filiação matrimonial, que é imprescritível, somente poderá ser requerida pelo pai, pela mãe ou pelo filho, de acordo com o artigo 132, alínea 1 do Código Civil Espanhol.

O artigo 132 demonstra a limitação dos sujeitos ativos da reclamação da filiação matrimonial em virtude da posse de estado ao filho, à mãe e ao pai. Assim como na reclamação extramatrimonial que cabe apenas ao filho no decorrer de sua vida promover tal ação, como se depreende do artigo 133 do Código Civil Espanhol.

Em virtude do artigo 135, quando não houver prova de que determinada criança foi gerada ou sua concepção foi decorrente do enlace daqueles pais que a criam, então seria possível reclamar a filiação, o que nesse caso, seria uma analogia à posse de estado de filho. Em contrário, quando não houver a posse de estado será aberto o rol de legitimados para impetrar, ou contestar ação que vise

o reconhecimento da paternidade socioafetiva, estendendo-se até os herdeiros do filho, como se aclara no artigo 137 do referido código.

7.3 Direito Português

A posse de estado de filho, como já dito, é um velho instrumento jurídico, mas somente agora vem tomando força no direito da filiação, como se pode notar no direito Português, que também adotou em sua reforma legislativa tal instituto jurídico.

A declaração da paternidade é alcançada através de um juízo de probabilidade, que se funda sobre provas indiretas e, dentre elas, está presente a posse de estado de filho, que indica uma verdade quase que incontestável.

Acerca, desse assunto o doutrinador Português Guilherme de Oliveira (1997, p.75) dispõe:

...renasce a presunção de paternidade se, em ação intentada por um dos cônjuges ou pelo filho, se provar que, no período legal da concepção existiram relações entre cônjuges que tornam verossímil a paternidade do marido ou que o filho, na ocasião do nascimento, beneficiou de posse de estado relativamente a ambos os cônjuges.

Os doutrinadores portugueses enumerem alguns requisitos para o efetivo reconhecimento da posse de estado de filho, a saber: ser a pessoa reputada e tratada como filho por ambos os cônjuges; ser reputada como tal nas relações sociais, especialmente, nas respectivas famílias. Nesse caso a posse de estado de filho é apresentada de maneira comum pelos cônjuges, onde ambos fazem através de seus atos, estabelecer uma presunção de paternidade para determinada pessoa perante a sociedade, sendo tal ação mais relevante no que diz respeito a presunção de paternidade relativa ao pai, já que faz presumir que aquele individuo é filho do marido de sua mãe.

O direito português reporta-se à posse de estado filho como uma presunção de paternidade, levando a crer que a legislação vigente naquele país é biológica, já que procura determinar a verdade biológica na concepção, que deverá ser seguida pela relação jurídica de filiação.

O magistério de Márcio Antonio Boscaro (2002, p.49), citando Guilherme de Oliveira, assevera:

Contudo, ressalta não ser absoluta a busca dessa verdade biológica, já que há normas que restringem a possibilidade de seu acertamento, tais como as que sujeitam as ações de estado a prazos de caducidade; a que exige o consentimento do filho maior para o ato de sua perfilhação; a proibição da averiguação oficiosa da filiação que tenda para a revelação de um incesto e a proibição para que o marido que consente com a inseminação heteróloga feita em sua mulher conteste a paternidade da criança assim gerada.

Portanto, a legislação portuguesa não deixou de apreciar, mesmo que de forma insatisfatória, os valores ditos sociológicos, com a intenção de manter a estabilidade familiar que possui o seu papel afetivo e social, embora não tenha seus pilares fundados na verdade biológica, mas sim nos laços afetivos, sendo tal fato importante já que o reconhecimento dessa possibilidade é conveniente para o interesse da criança.

Não se pode esquecer, que a estabilidade emocional e social da criança faz com que seja afastada a prevalência da verdade biológica da filiação, ao passo que o direito português estabeleceu que a paternidade socioafetiva tem apenas caráter declaratório podendo ser prestada perante funcionário do registro civil; por testamento; por termo lavrado em juízo, ou por escritura pública. Caso não seja tal declaração feita de acordo com esses moldes pré-estabelecidos em lei tornará para todos os efeitos sem validade.

A reforma da legislação Portuguesa teve o condão de reforçar a verdade biológica no estabelecimento da filiação, como afirma José da Costa Pimenta, citado por Márcio Antonio Boscaro (2002, p.50):

Salienta ele que, quando o estabelecimento da filiação, o que prevalece é o interesse em abstrato, pois, segundo a lei, em princípio, sempre convém aos filhos estarem ligados por vínculos jurídicos a quem já se encontram

ligados por vínculos de sangue; quanto aos efeitos da filiação porém, atende-se ao interesse concreto dos filhos, a ser buscado pelo julgador em cada caso prático submetido à sua apreciação.

Esse autor ainda aborda a questão da posse de estado de filho que, no direito português, tem comprovada a sua dupla função no sentido de fundamentar e provar a filiação biológica e que se diferencia do entendimento de que a posse de estado de filho é fator probatório para a comprovação de uma filiação socioafetiva, isso quando não é meio elemento constitutivo da mesma.

Há doutrinadores Portugueses que afirmam que reputar alguém como seu filho é algo psicológico, subjetivo, mero fenômeno de domínio interno, consistente no estado de consciência de que determinada pessoa é seu filho, ou seja, a filiação é fator social, em virtude de que a mera troca genética não ser capaz de transmitir afeto, carinho e outros elementos que configuram uma verdadeira relação de amor paternal.

O direito Português está preso à teoria biologista da filiação, sendo que a desbiologização do estabelecimento da filiação no direito de tal país ainda não ocorreu, ao passo que o entendimento é que a posse de estado de filho é apenas meio para provar a verdade biológica na filiação.

A paternidade sociológica não é plenamente reconhecida no sistema jurídico de Portugal, o que faz acreditar que a legislação portuguesa é regida por princípios puramente biológicos. No que diz respeito ao não reconhecimento pleno da paternidade socioafetiva, deve-se ao fato de que tal verdade afetiva possui apenas fins declaratórios.

7.4 Direito Italiano

O artigo 269 do Código Civil Italiano de 1942 estabeleceu a existência da posse de estado de filho como um dos casos em que se poderia declarar a paternidade natural. No entanto, a lei nº 151, de 19 de maio de 1975, modificou

profundamente o direito de família Italiano, reeditando grande parte daquele Código, causando-lhe mudanças substanciais.

Citando a legislação Italiana José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.104) explicita:

Pela legislação de 1975, o art.269 do Código Civil Italiano dispõe que a “prova de paternidade e da maternidade pode ser feita por qualquer meio”. Portanto, está também incluída a posse de estado, embora só haja referência a esta a propósito da filiação legítima (arts. 236,237 e 238).

A legislação Italiana descreve a posse de estado de filho como a decorrência de vários fatos que formam o convencimento de que a relação entre uma pessoa e aquela à qual a filiação lhe é atribuída, trata-se na verdade de uma relação de filiação, descrevendo ainda tal legislação os seguintes fatos: que a pessoa tenha sido tratada como filho; que o pretense pai tenha suprido todas as necessidades, tanto materiais quando morais da criança e que a pessoa tenha sido continuamente considerada como filho daquele indigitado pai nas relações sociais.

O entendimento da legislação Italiana remete aos elementos caracterizadores da posse de estado de filho¹⁵, já que todos os elementos antes suscitados enquadram-se nessa relação paterno-filial.

É de suma importância ressaltar que a jurisprudência italiana assentou em seus Tribunais o princípio de que o direito do pai biológico em reconhecer o filho não é absoluto.

Desse modo, os Tribunais Italianos acertaram em ressaltar que, para o reconhecimento da paternidade, é preciso, antes de levar em consideração a teoria biológica, que em alguns casos não atendem as necessidades da criança, considerar o seu melhor interesse. Assim, se esse reconhecimento não atender aos interesses do filho, podendo vir a ser prejudicial a sua saúde, educação, formação de sua personalidade e outros elementos necessários para uma pessoa em desenvolvimento, poderá ser rejeitado, com base em aspectos psicossociais e

¹⁵ Nome, fama e trato.

afetivos da relação paterno-filial, ao passo que o estabelecimento da paternidade deve interagir ao senso de responsabilidade.

7.5 Direito Belga

O direito belga admite a cessação da presunção de paternidade sempre que houver uma separação de fato, em conjunto com a ausência da posse de estado de filho. A reforma da legislação da Bélgica combinou a verdade biológica com a verdade socioafetiva, buscando na constatação sociológica a realidade dos fatos e a verdadeira paternidade que, em muitos casos, revela ser a socioafetiva.

No entender de José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 104) o direito Belga construiu um sistema jurídico diferente do existente no direito Português, conforme explica:

Portanto, o legislador belga construiu um sistema diverso do direito português, pois a ausência de posse de estado de filho diante do marido da mãe e a separação de fato são circunstâncias que permitem, no direito belga, o reconhecimento voluntário por terceiro, do filho tido por mulher casada ou a investigação da verdadeira paternidade, que fazem por isso, cessar os efeitos da presunção pater is est.

Como de aduz acima, o direito Belga evolui no que diz respeito ao estabelecimento da filiação, já que acredita na verdade socioafetiva e nas implicações que o amor e o afeto trazem para uma relação de paternidade e filiação que, em muitos casos, não é trazida por uma relação pautada nos laços sanguíneos.

7.6 Tendências Gerais

Como se denota, as legislações estrangeiras, mesmo que de modo diverso, seguem o princípio comum da busca do estabelecimento da equidade de direitos aos filhos e o rechaçamento de qualquer discriminação entre eles, qualquer que seja a origem ou vínculo que produziu tal relação de parentesco.

Para disciplinar essa igualdade de estabelecimento, foi conferida especial importância à posse de estado de filho, como modelo para valorizar as relações de paternidade e filiação, já estabelecidas, ainda que pautadas na verdade biológica, relação essas que merecem ter legislações com o cunho de protegê-las e transformá-las em institutos jurídicos e, desse modo, receber toda a proteção soberana que o Estado dispensa as suas normas.

Com certeza, o estabelecimento da filiação, comprovado através da posse de estado de filho, assim dando relevância à verdade socioafetiva na filiação é de suma importância, já que tal relação tem como base o afeto e tal sentimento, com plena convicção, irá atender ao melhor interesse da criança.

O direito estrangeiro, como se pode constatar, através de suas reformas legislativas tentou proporcionar maiores possibilidades e facilidades para o ajuizamento de ações com o escopo de constituir ou contestar essas relações paterno-filiais, aumentou o prazo para o ajuizamento e ampliou o rol de legitimados para propor tal ação.

A presunção de paternidade, para o marido da mãe da criança, não perdeu a sua eficácia, no entanto, perdeu o caráter absoluto, sendo utilizada apenas como forma de facilitar o estabelecimento da filiação no seio de uma sociedade conjugal.

Em escorço, o direito de família no tocante à filiação, está em pleno desenvolvimento em todos os países civilizados, portanto, seria injusto dizer que somente a paternidade biológica tem predominância nas legislações estrangeiras, pois como explicado acima, o afeto cada vez mais rege as relações de parentesco

e isso ocorre de tal forma que o direito, de forma universal, está em processo de mudança para alcançar tais evoluções sociais.

O Brasil, em relação a outros países mostra-se desatualizado no que diz respeito à filiação, pois como podemos perceber em países como Portugal, já há mesmo que de modo insatisfatório, o reconhecimento da paternidade socioafetiva mesmo que para fins meramente declaratórios.

E como é notório, a legislação pátria não reconhece a paternidade socioafetiva textualmente, no entanto, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, adiante explicitado, que demonstram uma certa afinidade para o reconhecer da verdade afetiva na filiação.

Como se pode notar o Brasil necessita passar por algumas evoluções jurídicas e sociais para inserir em seu ordenamento jurídico a paternidade socioafetiva, e desse modo seguir a corrente jurídica internacional, que mesmo em alguns casos não sendo na sua plenitude, reconhece que o afeto pode gerar uma relação paterno-filial.

Para essa evolução jurídica, constata-se que esses países que evoluíram nesse sentido de reconhecimento do afeto passaram por alguns estágios, que podemos enumerar, como sendo, primeiro o reconhecimento da presunção de paternidade *pater is est*, em segundo a utilização não só da presunção de paternidade mais também da posse de estado de filho como elemento constitutivo de uma relação paterno-filial e não meramente fator probatório, e como terceiro estágio e último, reconhecer a paternidade socioafetiva como sendo uma das formas de filiação, assim as inserindo no rol de filiação em consonância com a verdade biológica e a verdade jurídica.

A doutrina brasileira demonstra em alguns escritos, o reconhecimento da paternidade socioafetiva e a utilização da posse de estado de filho com elemento constitutivo dessa relação. Já a jurisprudência pátria possui um certo receio para aceitar esse tipo de filiação, mas como é esperada a jurisprudência advinda do Rio Grande do Sul que demonstra ser bastante evoluída apresenta ao cenário jurídico brasileiro alguns julgados que reconhecem a verdade afetiva como fator de vinculação paterno-filial.

Agora com relação às leis brasileira, mostra-se ser carente de reforma no que tange a filiação, pois é pautada na verdade biológica, no entanto, ela já passa pelo primeiro estágio que outros países já passaram que é a fase do reconhecimento da presunção de paternidade.

Entretanto, no que se refere ao segundo estágio de mudança que é o reconhecimento da posse de estado de filho como elemento constitutivo de filiação, não se demonstra ter ultrapassado, pois textualmente a legislação pátria não traz tal inovação que como dito antes apenas tem seus fundamentos no entendimento doutrinário e jurisprudencial o qual se restringe apenas região sul do país.

Deduz, portanto, que a doutrina brasileira precisa desvencilhar-se da teoria biológica da filiação e começar a seguir os rumos jurídicos internacionais que aderem a teoria socioafetiva, mesmo que não plenamente como é o caso de Portugal.

8 DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

8.1 Considerações Gerais

O nosso ordenamento jurídico, quando trata da paternidade, estabelece que a mesma pode ser atribuída de duas maneiras: pelo reconhecimento decorrente de uma decisão judicial ou pelo livre e espontâneo reconhecimento que se configuraria pela voluntariedade do ato praticado por seu agente.

A primeira forma descrita, relata o reconhecimento da paternidade através de ação judicial que tem por fim a declaração do Estado Juiz de atribuir à determinada pessoa o estado de pai de um indivíduo. Resta, lembrar que, para essa ação ser julgada, é preciso que haja a propositura por meio de pessoa legitimada por lei, assim como a necessidade que tal ato jurisdicional resulte em processo protegido por todos os princípios constitucionais vigentes.

Quando da prolação da sentença que reconhecer o genitor, será determinado que o Oficial de Registro Civil proceda à anotação à margem do assento anterior de nascimento dos dados relativos ao pai, ora reconhecido judicialmente. Além de inserir a filiação, também será legitimada a mudança do nome da criança para a inserção dos apelidos de família do pai.

Como se nota no art. 1.616¹⁶ da lei nº 10.406/02 caso o reconhecimento fosse voluntário, produziria todos os efeitos jurídicos, mas dependendo das circunstâncias, o juiz poderá ordenar que a criança viva com pessoa diversa daquela que contestou a ação.

¹⁶ Art. 1.616. *A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.*

Hoje, com o exame de DNA, no que se refere à paternidade biológica, fica a mesma quase incontestável, já que a probabilidade de certeza é tão alta que faz com que as discussões e conflitos acerca do estabelecimento desse vínculo sanguíneo não mais prosperem.

No seguimento regular do processo, para que o julgador possa estabelecer o seu convencimento, é necessária a produção de provas, o que não é diferente na ação de investigação de paternidade, que possibilita vários estilos de provas.

Uma das provas é designada de posse de estado de filho, que irá evidenciar o tratamento dispensado à criança, assim como o nome e a fama que esse tinha perante a sociedade, o que pode levar a crer que a mesma é filho do investigado, conforme se depreende no item 5 (cinco) deste trabalho.

Outra prova que pode ser utilizada nesse processo é o exame prosopográfico, que tem a intenção de demonstrar, através de fotos, uma certa aparência física entre o investigador e o investigado, ou seja, identificar se as feições dos rostos deles configuram uma possível identidade genética.

Ainda há a possibilidade do exame de DNA, que tem por procedimento a comparação das impressões genéticas do investigado e do investigador. Esse exame é, em nosso meio jurídico, o mais difundido e utilizado, pois confere confiabilidade quase incontestável na identificação de possível vínculo biológico.

E, por fim, a última prova utilizada para o estabelecimento da filiação pauta-se na prova oral, que consiste na oitiva de testemunhas para configuração de uma possível relação entre a mãe e o pai à época da concepção do investigado.

Como todo processo de investigação de paternidade é regido pelos princípios constitucionais e processuais vigentes, o investigado tem direito ao contraditório, para o quê se reserva o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecer resposta, prazo esse contado a partir da data da juntada do mandado de citação aos autos da ação de investigação de paternidade, como se pode observar no art. 297¹⁷ da lei n° 5.869/73.

Insta salientar, que a contestação não é ato exclusivo do investigado, como se percebe no artigo 1.615 do Código Civil de 2002, que legitima qualquer pessoa

¹⁷ Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

para contestar a ação, desde que possua justo interesse, podendo, nesse caso, haver contestação não só do investigado, mas também de um terceiro interessado, conforme transcrição do artigo abaixo:

Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

Portanto denota-se que, o legislador preferiu estender a legitimidade a qualquer pessoa que tenha justo interesse, não deixando só o investigado como único possuidor do direito de contestar a lide em que foi inserido.

No que diz respeito às provas que admitiam a ação de investigação de paternidade à criação legislativa, no passado perde espaço para os avanços científicos que permitem apontar, com pequena margem de erro, a verdadeira paternidade.

Por conseguinte, o judiciário, coloca como segunda opção probatória os meios de provas apontados pelo legislador no art. 363¹⁸ do Código Civil de 1916, entretanto, não se pode pensar que a perícia genética é prova definitiva de relação paterno-filial, pois pode haver a utilização de outras provas, além dessas genéticas.

As demais provas podem fundar-se na tradicional matéria de defesa alegada nos tribunais que consiste em provar a relação espúria da mulher no período da concepção; a essa defesa dá-se o nome de exceção material.

Como já salientado, todas as provas possíveis de serem alegadas, tanto em fase postulatória, quanto contestatória, perdem parte de sua eficácia em razão do exame de DNA.

Existem discussões doutrinárias acerca da presunção de paternidade, em razão de recusa infundada por parte do investigado em proceder à realização do exame de DNA; no entanto, tal discussão tem por entendimento majoritário que,

¹⁸ 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 ele;

III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

no caso de recusa há presunção relativa de paternidade, embora ninguém possa ser coagido a submeter-se a exame hematológico ou de outra natureza.

O antigo e o atual Código Civil não fazem menção à posse de estado de filho como hipótese de perfilhação, ficando a cargo do juiz analisá-la, como um dos elementos que integram o conjunto probatório da ação de investigação de paternidade.

A sentença, na ação de investigação de paternidade, tem efeito declaratório, já que declara a existência de uma relação jurídica, além de possuir efeito *erga omnes*.

Conforme aludidas explicações, não é vislumbrada a possibilidade de se conceder valor absoluto à coisa julgada nessa ação, pois não se pode, em sede de reconhecimento biológico da paternidade, impor a alguém tal vínculo caso na verdade esse não exista, pois nesses casos deverão ser levadas em alta consideração as particularidades do direito de família, assim como os avanços biotecnológicos.

Quanto à sentença, a jurisprudência diverge no que se refere à coisa julgada na ação de investigação de paternidade, conforme ato jurisdicional, infracitado:

Ação negatória de paternidade – Incidente de uniformização de jurisprudência. Extinção sem julgamento do mérito. Não havendo entre diversos órgãos fracionários do tribunal, correntes de opinião antagônicas sedimentadas sobre um mesmo tema, não se revela útil ou necessária a pretensão de uniformiza-las. A instauração do incidente se sujeita aos critérios de oportunidade e conveniência. Impossível pedir a revisão de matéria já examinada e definitivamente decidida entre as partes, em face da coisa julgada. (TJDF – Ap. Cível 1999906100394, Acórdão 143606, 3-9-2001, Rel. Sérgio Bittencourt).

Em sentido contrário:

Investigação de paternidade – Ação julgada procedente – Existência, todavia, de ação anterior idêntica, julgada improcedente – Sentença que examinou a prova e julgou o mérito, revestindo-se das características de sentença definitiva e não meramente terminativa – Existência da coisa julgada material – Recurso provido, para extinguir o processo sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, V do Código de Processo Civil. (TJSP – Ap. Cível nº 60.416-4, 19-11-97, Rel. César Lacerda M. V.).

Como se pode verificar ainda há divergência quanto à coisa julgada na ação de investigação de paternidade, no entanto, deverão as mesmas ser sanadas em razão dos avanços científicos e da utilização do afeto nas relações familiares, que poderá trazer maior certeza para o estabelecimento de uma relação de filiação.

Após a breve descrição do reconhecimento judicial da paternidade, parte-se, ao final deste tópico, para o reconhecimento voluntário da filiação, que é delimitado pela simples voluntariedade do presumido pai em proceder ao registro de nascimento de seu filho, quer por escritura pública ou particular a ser registrada e arquivada no cartório; por testamento, ainda que de maneira incidental seja manifestada a vontade do testamenteiro em registrar seu filho; e, por fim, através de manifestação expressa dirigida ao juiz, mesmo que o ato seja proposto em razão diversa daquela do reconhecimento de paternidade.

8.2 Viabilidade da Investigação de Paternidade Sociológica

Embora o direito brasileiro admita apenas a paternidade biológica, em nosso sistema jurídico deveria ser levada em consideração a paternidade socioafetiva, podendo ser reconhecida através de ação de investigação de paternidade.

O Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente admitem apenas a verdade biológica como possibilidade de se reconhecer uma relação de filiação, ao passo que autoriza o filho, a qualquer tempo propor, a ação de investigação de paternidade que vise o reconhecimento da paternidade co-sanguínea. Todavia, não há distinção quanto ao estado civil do suposto pai, pois constitucionalmente houve uma unificação da filiação, não podendo mais haver discriminação entre os filhos havidos, ou não, de justas núpcias.

De acordo com a doutrina mais avalizada, são três as verdades admitidas na filiação, conforme já anteriormente citadas; resumem-se nas verdades biológica, jurídica e sociológica. No entanto, diante de algumas inovações no direito de família, torna-se oportuno nesse momento salientar que a verdade jurídica perde razão, ao passo que a ficção jurídica denominada como presunção de paternidade, deixa de ter relevância em virtude do exame de DNA, e assim a adoção que é também o estabelecimento da filiação por via legal, passa a integrar a paternidade socioafetiva como espécie da mesma, pondo fim a verdade jurídica.

A possibilidade de investigação da paternidade sociológica, fez com que surgissem discussões na área jurisprudencial e doutrinária, pois tal possibilidade traz à tona a derrubada da já canonizada verdade biológica em face da perfilhação socioafetiva, havendo, nesse diapasão, intensas discussões em virtude de fundar-se o reconhecimento da paternidade socioafetiva na posse de estado de filho, como se pode verificar nos ensinamentos de Belmiro Pedro Welter (2000, p.51):

Bem demonstra a controvérsia jurisprudencial sul-rio-grandense, em que foram edificadas as duas decisões conflitantes, nos termos: a) “No sistema jurídico brasileiro não existe 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 a herança”; b) “A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 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 socioafetiva, revelada pela “posse de estado de filho”, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação.

É com grande acerto que a jurisprudência gaúcha tem admitido a investigação da paternidade socioafetiva e não a simples abertura de um processo de adoção, como querem alguns doutrinadores e juizes.

Não se pode compartilhar do entendimento de que quando há possibilidade de o juiz analisar tal ação por meio da prova da posse de estado de filho, que infelizmente ainda não se encontra positivado em nosso direito, é dar ao juiz poder legiferante, o que se tornaria impossível em virtude do sistema jurídico brasileiro, e assim mesmo restando provada a posse de estado de filho, seria

impossível reconhecer tal paternidade em razão da ausência dessa disposição nas causas que possibilitam a investigação de paternidade, elencadas no Código Civil.

Já, outro entendimento assevera, de maneira dogmática, que é necessário abrir espaço para a posse de estado de filho, que não deve ser limitada apenas como meio probatório para a paternidade socioafetiva, mas também como meio para constituição do *status familiae*. E continuam afirmando que, ao unificar as filiações, o legislador constitucional procedeu com discriminação entre elas, já que não apontou a paternidade sociológica, e a noção de posse de estado de filho significa o retorno à valorização do afeto nas relações humanas. Além dessas assertivas eles preconizam que a igualdade entre as filiações é o modo pelo qual se alcança a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado.

Ao final das suas exposições essa corrente doutrinária relata que mesmo havendo lacuna na lei quanto à possibilidade da investigação de paternidade sociológica, ainda mesmo que a tarefa seja difícil, não será um obstáculo para a sua regulamentação, pois importante é o papel do julgador que, na ausência de lei deve ter a coragem e agir com o coração para inovar e adequar as provas à realidade social que anseia por mudanças.

Com relação à fundamentação para a peça postulatória de investigação de paternidade socioafetiva, pode ser pautada em alguns dispositivos do Código Civil, como o art. 1593 que, em seu texto destaca expressão “outra origem” de parentesco, que aos olhos dos doutrinadores quer se referir à verdade sociológica; o art. 1596 que reafirma a unificação das filiações em função do já aludido preceito constitucional; o art. 1597, V já que o reconhecimento voluntário de filiação heteróloga pode ser considerado como paternidade socioafetiva, em virtude de o material genético pertencer a terceiro e não àquele que, voluntariamente, registrar a criança; art. 1603, pois o registro da criança pode configurar de modo tácito a aceitação da filiação socioafetiva, pois, caso o pai venha, depois de alguns anos, contestar o registro, a filiação sociológica já estará presente, como se pode verificar pela posse de estado de filho e o art. 1605, II, que se refere às presunções como meio de prova para a filiação, portanto, faz o legislador menção à posse de estado de filho.

Além dos já comentados artigos do código Civil, a jurisprudência tem entendido pela auto-aplicabilidade das normas constitucionais sobre a filiação sociológica, já que o nosso direito não faz menção objetiva acerca da filiação sociológica, cabendo ao doutrinador interpretar a lei, de modo a possibilitar a viabilidade da ação de investigação de paternidade sociológica.

A ação de investigação de paternidade socioafetiva é perfeitamente viável, no entanto, deve ser feita uma ressalva: o nosso direito carece de maiores regulamentações sobre a paternidade sociológica, pois é necessário um esforço enorme para interpretar a lei de modo a viabilizar tal ação, só que é preciso dizer que a interpretação da lei, de forma prática, fica a cargo do juiz, que é a pessoa que irá dizer se é ou não procedente a investigação de paternidade sociológica.

9 DA DIFERENÇA ENTRE A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A ADOÇÃO JUDICIAL

A filiação socioafetiva é o estabelecimento de um vínculo paterno-filial, através de uma relação jurídica de afeto, portanto, a paternidade socioafetiva é atualmente empregada como gênero usado para declarar uma relação de filiação comprovada através da posse de estado de filho.

Nesse diapasão, comunga-se do pensamento de que a verdade socioafetiva integra todas as espécies de filiação que divergem da biológica.

Por questão de oportunidade, ressalva-se que, modernamente, com a ocorrência de diversas mudanças no direito de família brasileiro, foi posto fim à verdade judicial que teria por conceito o estabelecimento da paternidade através da lei, ou seja, em razão de uma ficção jurídica.

Com relação à ficção jurídica, alguns doutrinadores entendiam que a adoção judicial seria proveniente de uma verdade jurídica, já que a sua regulamentação somente seria oportuna, em decorrência de um processo legal.

Entretanto, a ala da doutrina que diverge desse entendimento acha que a adoção judicial é parte integrante da verdade socioafetiva, assim como o filho de criação e a conhecida adoção à brasileira.

Em verdade, o entendimento de que a adoção judicial seria parte de uma paternidade socioafetiva, faz crer que a paternidade socioafetiva é gênero do qual a adoção judicial é espécie.

Em resumo, seria descabido o entendimento de que a adoção judicial é uma verdadeira paternidade socioafetiva, já que a paternidade socioafetiva deriva de uma relação de afeto, relação essa que na adoção judicial somente ocorria depois de certo período de convivência entre o adotante e o adotado.

A adoção é um ato de vontade explicitado por um ato jurídico, que se estabelece através do julgamento do juiz ou em virtude de um contrato, portanto,

entende-se que é indubitável a diferenciação entre essa e a paternidade socioafetiva, já que o sentimento afeto na adoção judicial, surgiria somente após a convivência.

Agora, quando se revela uma adoção simulada, então pode-se dizer que existe uma paternidade socioafetiva, já que a relação de afeto é presente através da posse de estado, porém nada obsta que, em virtude da relação paterno-filial e frente à falta de regulamentação legal acerca da paternidade socioafetiva, venha o pai a adotar judicialmente o seu filho afetivo, como meio de regulamentação jurídica de um estado preexistente.

Conclui-se que a paternidade socioafetiva é gênero da qual a adoção figura como espécie, no entanto, na adoção judicial de criança menor é difícil vislumbrar-se a possibilidade real da verdade socioafetiva, pois ainda não configurou a posse de estado de filho e o afeto que essa relação requer, contudo, na adoção simulada, ou seja, na adoção à brasileira, não restam dúvidas de que presente está a verdade socioafetiva, ao passo que há muito já estaria configurada a posse de estado de filho e o mais importante dessa relação, que é o afeto.

Assim comunga-se da idéia de que a adoção judicial de menor que não tenha nenhum vínculo com os adotantes trata-se de verdade judicial, em virtude da lei, por ocasião da manifestação da vontade, ter estabelecido a relação paterno-filial, mas isso não é fato impeditivo para uma futura relação de afeto.

10 DOS DIREITOS DO FILHO NA FILIAÇÃO SOCIOLÓGICA

10.1 Direito ao Nome

O valor do nome para uma pessoa natural está localizado no mesmo nível de seu estado, de sua capacidade civil e dos demais direitos inerentes à personalidade.

Nesse diapasão, entende-se o nome como a designação dada a uma pessoa, com o fim de distingui-la dos demais indivíduos que integram a sociedade, ou seja, o nome serve de elemento identificador no meio em que vivemos. O nome tem seus efeitos jurídicos até no momento da morte, no entanto, esse nome pode servir para que o indivíduo seja lembrado e produza influências positivas ou negativas sobre as pessoas, já que os atos de cada indivíduo serão lembrados através da dedução lógica de associação do nome à imagem da pessoa.

Portanto, o nome é a forma de individualização do indivíduo na sociedade, mesmo após a morte, já que é modo eficaz de distinção da pessoa em consonância com outros atributos relativos aos direitos de personalidade.

É através do nome que a pessoa fica conhecida no seio familiar e na comunidade em que reside, tratando-se de manifestação mais expressiva da personalidade.

Com esse entendimento, não seria justo tratar da paternidade socioafetiva e ao mesmo tempo não atribuir ao filho afetivo todos os direitos relativos ao reconhecimento dessa paternidade, portanto, nada mais justo que o estabelecimento do nome dos seus pais afetivos em seu registro de nascimento.

O professor Belmiro Pedro Welter (2003, p.188) afirma:

Uma vez julgada procedente a ação de investigação de paternidade e/ou da maternidade socioafetiva, decorrem os mesmos efeitos jurídicos do arts. 39 a 52 do ECA, que são aplicados à adoção, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; c) a adoção do nome (sobrenome) dos pais sociológicos; d) as relações de parentescos como os parentes dos pais afetivos; e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológica; f) a herança entre pais, filho e parentes sociológicas; g) o poder familiar; h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas etc...

Como supracitado, o entendimento doutrinário é de que seja dado ao filho socioafetivo todos os direitos decorrentes de uma adoção, o que o igualaria ao filho biológico, já que a Constituição Federal de 1988 disciplinou a unificação das filiações.

Deve-se, no entanto, entender que a paternidade socioafetiva, por não ter norma jurídica própria, faz uso das regras contidas no ECA, que estabelece todos os direitos relativos ao filho adotivo; entretanto, não se pode confundir paternidade socioafetiva com adoção como já delineado no item 9.

A aceitação desse filho afetivo no seio da família representa a garantia de que esse indivíduo poderá atuar dentro de determinado grupo social como se parte dele fosse, portanto, a ostentação de um nome igual ao daqueles que o consideram ente familiar é, do ponto de vista social, a concretização de um reconhecimento e a configuração de umas da conseqüências da paternidade e da maternidade socioafetiva, que é a concessão ao filho, do patronímico dos pais afetivos.

10.2 A Irrevogabilidade da Filiação Socioafetiva

Assim como a adoção, a filiação socioafetiva deve ser irrevogável, conforme salienta o art. 48¹⁹ do ECA. Tal preceito deve-se ao fato de que a Constituição Federal colocou em seu texto o princípio da unificação das filiações,

¹⁹ Art. 48. A adoção é irrevogável

portanto, seria discriminatório acobertar a irrevogabilidade apenas nas filiações advindas da verdade biológica e jurídica.

A irrevogabilidade da filiação socioafetiva encontra-se constitucionalmente disposta nos arts. 226, §§ 4º e 7º²⁰, e 227, § 6º e, de modo infraconstitucional, encontra fundamento nos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme os arts. 1º²¹, 6º²², 15²³ e 19²⁴, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aos poucos a doutrina tem entendido que a paternidade socioafetiva também deve ser irrevogável, conforme preconiza Zeno Veloso, citado por Belmiro Pedro Welter (2003, p. 194):

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

Portanto, o filho afetivo, assim como o adotado, deve gozar do direito de irrevogabilidade quando do reconhecimento da paternidade socioafetiva e ainda com mais razão, essa irrevogabilidade deve ser aplicada em razão da voluntariedade expressada no ato do registro do nascimento pelo pai e/ou mãe socioafetivos.

Acerca do ato voluntário para reconhecimento de estado de filho afetivo, a jurisprudência caminha para o entendimento de que deve tal ato ser irrevogável,

²⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²¹ Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

²² Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

²³ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

²⁴ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

conforme o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁵.

Após esse estudo chega-se à conclusão de que quando um pai cria, educa, proporciona afeto e amor para uma pessoa que não é seu filho biológico, faz nascer à razão deste estudo, que é a paternidade socioafetiva, tendo por base a simples relação de afeto que, em alguns casos, é difícil de vislumbrar em uma relação co-sanguínea.

Com a comprovação da verdade afetiva, seria descabido dar oportunidade para o pai sociológico revogar essa filiação, pois caso isso ocorresse não estaria essa relação paterno-filial protegida pelo princípio da igualdade entre as filiações, já que a adoção e a paternidade biológica - essa última, quando comprovada através de um exame de DNA - não são suscetíveis de revogação.

Entretanto, nos casos de impugnação da filiação sociológica, poder-se-ia alegar a não configuração do estado de filho afetivo, ficando, desse modo, em aberto a possibilidade de anulação ou nulidade do registro de nascimento, nas hipóteses de ocorrência de dolo, fraude, coação, simulação ou erro.

Nesse caso, pode-se perceber uma certa relação entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica, pois o vínculo da paternidade biológica é genético e, quando não constatado esse vínculo através do exame de DNA, abre-se para o investigado a possibilidade de contestar essa paternidade. Agora, fazendo um contraponto com a paternidade sociológica, vê-se que quando não configurado o vínculo afetivo ou a posse de estado de filho, também se abre ao investigado à possibilidade de impugnar essa filiação, portanto, com razão, não se pode crer que apenas a filiação biológica ou a adotiva seja passível de irrevogabilidade, ao passo que a sociedade traz à tona as verdades socioafetiva, biológicas e jurídicas que devem ser analisadas e discutidas para impor sempre o

²⁵ *Se foi o próprio recorrido a pessoa que compareceu ao cartório e fez as declarações de registro, não pode ela agora procurar anula-la para beneficiar-se da anulação, principalmente em prejuízo de quem não participou do ato e nem podia participar, por ser menor de idade. Durante muitos anos de convivência entre a apelante e o apelado, este se comportou como um pai verdadeiro, assumindo a recorrente como filha, implementando faticamente a declaração jurídica afirmada no registro civil. A declaração de vontade tendente ao reconhecimento voluntário da filiação, admitindo alguém ser o pai ou mãe de outra pessoa, uma vez aperfeiçoada, torna-se irretroatável. 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. (WELTER, p.195).*

princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, além do já aludido princípio da dignidade da pessoa humana.

10.3 Efeitos Patrimoniais da Paternidade Socioafetiva

A paternidade, em nossa época, é muito mais do que um fato biológico; é um fato social e, como tal, merece toda a proteção disposta no texto constitucional que, principiologicamente, estabeleceu o fim das discriminações entre as diversas formas de filiação.

Com relação a tal preceito, seria descabido pensar-se em uma discriminação quanto aos filhos socioafetivos que possuem todos os direitos e deveres que o estado de filho lhes pode proporcionar.

Portanto, os filhos afetivos, sem nenhuma sombra de dúvida, devem ser sujeitos de direitos patrimoniais, assim como os filhos adotivos e os biológicos.

A jurisprudência, mesmo que escassa quanto a esse assunto, entende que a paternidade socioafetiva deve ser igualada à adoção nos direitos e deveres, portanto, como disposto no art. 41 do ECA²⁶, deverá o filho sociológico ter o mesmos direitos relativos à sucessão, ou seja, essa paternidade socioafetiva atribuirá ao indivíduo a condição de herdeiro necessário, colocando-o em pé de igualdade com eventuais descendentes biológicos para um possível direito patrimonial.

Destarte, a paternidade socioafetiva é tratada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul como uma adoção simulada, passível de todos os direitos que um filho adotivo possui, no que concerne aos efeitos patrimoniais dessa relação paterno-filial, conforme se denota no acórdão abaixo:

²⁶ Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, como os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo impedimentos matrimoniais.

Paternidade. Reconhecimento. Quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de companheira durante a vigência de união estável estabelece uma filiação socio-afetiva que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável. Ação negatória de paternidade e ação anulatória de registro de nascimento. O pai registral não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição. Embargos rejeitados, por maioria. (embargos infringentes nº 599277365, quarto grupo de câmaras cíveis, tribunal de justiça do rs, relator: Maria Berenice dias, julgado em 10/09/1999). (grifo nosso).

A jurisprudência supracitada aduz a possibilidade de equiparação entre a paternidade socioafetiva e a adoção, no entanto, em decorrência do já exposto no tópico 9 (Da Diferença Entre a Paternidade Socioafetiva e a Adoção Judicial), não se pode confundir esses dois institutos. A paternidade socioafetiva é decorrente de afeto e é gênero; já, a adoção, seria decorrente de uma verdade jurídica ou legal que, decorrido determinado prazo, ao invés de ser declarada a filiação socioafetiva é feita uma adoção, então se pode dizer que a paternidade adotiva passa a ser espécie da paternidade socioafetiva.

Portanto, em razão do art. 227, §6º da Carta Magna, não há diferença alguma entre o filho natural e o adotado, por conseguinte se for permitida a perfilhação socioafetiva o uso dos direitos e deveres decorrentes do Estatuto da Criança e do Adolescente, então seria um erro jurídico retirar do filho socioafetivo os direitos sobre o patrimônio de seus pais sociológicos.

Entretanto, deve-se fazer uma ressalva no que diz respeito ao reconhecimento da paternidade biológica por um indivíduo que já possui sua paternidade socioafetiva declarada, já que há impossibilidade de retirar do indivíduo o direito de ter a sua paternidade biológica reconhecida, pois trata-se de um direito personalíssimo que está inserido no rol dos direitos fundamentais.

Acontece que ainda que permitido esse reconhecimento do vínculo biológico, não se pode admitir que esse seja feito com a intenção de obter direitos patrimoniais, de modo imoral, sobre os bens de seus pais biológicos, isso se deve ao fato de que a verdade social sobrepuja a verdade genética, além de tal pedido não ser admitido pela jurisprudência, como se nota no seguinte acórdão relativo à sucessão:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO. Autora que, ao início do feito, já contava com mais de 50 anos de idade, tendo, durante mais de meio século, constado como filha do marido de sua mãe, que a registrou como tal.

POSSE DO ESTADO DE FILHO. A filiação, mais do que um fato biológico é um fato social.

RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO, NO CASO CONCRETO. Conteúdo imoral na demanda, que, convenientemente, como de regra ocorre, busca a troca de um pai pobre por um pai rico.

Apelo desprovido, por maioria, vencida a Relatora. (segredo de justiça) (13 fls) (apelação cível nº 70004989562, sétima câmara cível, tribunal de justiça do rs, relator: Maria Berenice dias, julgado em 23/10/2002).

Ressalva-se que todo o indivíduo tem direito personalíssimo de conhecer sua paternidade biológica, porém, caso esse reconhecimento seja posterior a declaração de sua paternidade sociológica, não poderá tal fato ensejar perante sua nova perfilhação direitos de ordem patrimonial. Isso se deve ao entendimento de que a paternidade socioafetiva em equiparação a adoção é irrevogável e ambas põe fim a qualquer vínculo jurídico com os parentes biológicos, criando nesse sentir, direitos sucessórios para o filho socioafetivo perante seus pais afetivos.

Destarte, a justiça não pode impedir que o filho, já reconhecido como socioafetivo, venha requerer a investigação de sua paternidade biológica, entretanto, deve o poder judiciário obstaculizar a busca de eventuais direitos que não condizem com a real necessidade psicológica de saber quem são as pessoas que lhe gerou. Pois a justiça deve reconhecer apenas a necessidade que o filho afetivo tem de buscar a verdade real de sua filiação, assim como a existência de um interesse jurídico legítimo.

Os efeitos patrimoniais decorrentes da filiação devem ser considerados na perfilhação socioafetiva, pois caso não houvesse tal consideração configuraria uma discriminação, que perante a ordem constitucional é proibida. Por conseguinte, se tal fato lhe fosse negado, seria retirado desse filho afetivo o direito a sucessão que tem o condão de demonstrar a capacidade por ele adquirido para, em caso de não haver testamento, herdar dos pais e dos parentes desses, todos os direitos de ordem patrimonial que lhe são legítimos.

Assim, se o filho afetivo quiser proceder à investigação de paternidade ou maternidade biológica, ele já possui e ostenta um nome, tratamento e fama de

filho outorgado por seus pais sociológicos o que não poderá ser objeto de revogação.

No entanto, o nome de seus pais sociológicos deve ser preservado em razão da igualdade entre a filiação socioafetiva e a biológica e pelo princípio da dignidade da pessoa humana do filho e de seus pais socioafetivos.

Quando da investigação da paternidade biológica, observa-se que, com a comprovação da paternidade socioafetiva, o pai sociológico lhe proporcionou um nome, enfim todos os direitos atinentes à dignidade e cidadania que aquele indivíduo possui.

É certo que em certas situações jurídicas em que ocorrer um embate entre essas duas verdades – biológica ou sociológica – uma delas deve prevalecer e a que será sobreposta à outra, deverá sempre estar em consonância com o bem estar da criança.

10.4 Dos alimentos

Entende-se como alimentos a prestação de caráter pecuniário que procura prover as necessidades de quem é alimentado, porém, devem ser prestados de acordo com a possibilidade de quem alimenta.

Utilizando-se do direito estrangeiro, depara-se com o art. 2.003 do Código Civil Português que faz uma sucinta conceituação de alimentos, conforme se verifica:

Art. 2.003. Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário. Os alimentos compreendem também a educação do alimentando no caso de este ser menor.

Dessa feita, conclui-se que alimentos são pagamentos periódicos, em virtude de voluntariedade ou imposição legal, com o fito de saciar as necessidades essenciais do alimentando, oportunizando-lhe alimento, tratamento

médico, vestuário, moradia, lazer e educação, tendo em vista a impossibilidade de prover sozinho.

Essa obrigação possui seus fundamentos no princípio da dignidade da pessoa humana e na solidariedade decorrente do afeto existente nas relações familiares, além de razões concernentes ao parentesco, dever moral e jurídico, que proporciona o dever de manutenção do alimentado.

Nesse plano, a doutrina estabelece dois tipos de alimentos que são: alimentos naturais e alimentos civis.

Os alimentos naturais compreendem aquilo que é estritamente necessário para a sobrevivência do ser humano, dessa maneira, possuem um alcance limitado. Já os alimentos civis são classificados como aqueles que englobam todas as necessidades do indivíduo, sendo mais amplos e são estabelecidos de acordo com as possibilidades daquele que presta o pagamento.

O Código Civil estabeleceu em seu art. 1.694 a obrigação alimentar conforme o texto da lei a seguir:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Em linhas gerais, aquele que não possui condições de prover suas necessidades, quer por motivos de pouca idade, doença, velhice ou outros fatores que o incapacita, tem direito a ser alimentado, assim integrando a condição de pessoa em estado de necessidade alimentar.

Portanto, o Estado colocou como linha de frente e modo de diminuir sua carga social, a necessidade de prestação de alimentos por parte dos parentes daquele que necessita, impondo àqueles que não prestarem tal obrigação normas de caráter imperativo, inclusive com possibilidade de prisão civil, que tem por condão a coercitividade para a efetiva observância do dever.

As normas que dispõem sobre os alimentos são de interesse público, possuindo caráter imperativo, o que torna irrenunciável tal direito para o

alimentando, ou seja, trata-se de um direito indisponível. O alimentando tem a possibilidade de não exigir os alimentos, no entanto, ele não pode renuncia-los.

Em consonância com as normas brasileiras, pode-se interpretar que os alimentos são também impenhoráveis, atendendo a sua própria finalidade que é a de assegurar a manutenção do alimentando. Ainda deve-se dizer que, por ser um direito personalíssimo, fica provada a sua indisponibilidade, não podendo ser alienado esse direito, além de estar protegido pela intransmissibilidade e pela imprescritibilidade.

É de suma importância ressaltar que os alimentos devem ser fixados de acordo com o binômio necessidade/possibilidade, ou seja, a fixação de prestação alimentícia é regida pelo preceito de que o alimentando deve ter alimentos que supram a sua necessidade; já o alimentante tem o dever moral e jurídico de prover a subsistência na esteira da possibilidade que lhe é atribuída, em razão de suas condições financeiras.

No que se refere à paternidade biológica, certo é que o pai biológico tem o dever de prestar alimentos para o seu filho genético, fato esse que já se encontra disposto no nosso direito de família há muitos anos.

Agora, com relação aos filhos concebidos em virtude de uma relação espúria, ou seja, não matrimonializada, também se pode afirmar que a lei brasileira proporciona a esses o direito de exigir alimentos do seu pai biológico, assim como ocorre na adoção, que também dá direito ao filho adotivo requerer prestação alimentícia em face daqueles que lhe adotaram.

A paternidade socioafetiva ainda não encontrou espaço dentro do sistema legislativo brasileiro no que se refere aos alimentos, mas como há entendimentos tanto jurisprudenciais quanto doutrinários de que o filho afetivo tem os mesmos direitos relativos à filiação adotiva, portanto, tal equidade traz ao filho afetivo o direito de exigir alimentos.

A procedência do pedido de investigação de paternidade socioafetiva, gera dentro do âmbito jurídico todos os efeitos legais que decorrem do art. 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Então, há que se admitir que os filhos socioafetivos possuem direitos iguais aos dos filhos adotivos, por conseguinte gerando ao pai sociológico o dever de alimentá-los.

O dever de alimentos requer uma relação de parentesco, que indubitavelmente ocorre com a paternidade socioafetiva, já que o reconhecimento dessa relação filial sociológica retira dos pais biológicos qualquer vínculo jurídico com o filho afetivo, criando, dessa forma, o parentesco civil entre os pais socioafetivos e o filho ora reconhecido.

O estabelecimento da paternidade sociológica quebra qualquer vínculo de parentesco com os pais biológicos, havendo o surgimento do parentesco sociológico e conseqüentemente esse parentesco sociológico gera a possibilidade de prestação de alimentos, de acordo com a lei, entre pais e filhos reciprocamente conforme disposição constitucional do art. 229. Não havendo possibilidade de prestação alimentícia por ocasião da falta de um deles, então pode-se pedir para os ascendentes, na ordem de proximidade com o alimentando; os descendentes; e por ultimo os irmãos. Essa classificação é disposta de forma taxativa pela lei brasileira que impõe a obrigação de alimentar até o limite dos ascendentes, descendentes e irmãos.

Em razão de o filho afetivo possuir vínculo jurídico com os seus pais socioafetivos, então gera a esses a obrigação de alimentar.

Todas essas assertivas derivam do fato de que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu duas verdades sobre a perfilhação, ou seja, uma biológica e outra sociológica. Em virtude dessa disposição não se pode admitir que uma filiação interfira na outra, portanto, com a necessidade de alimentos por parte do filho afetivo, deve-se exigí-los apenas dos parentes sociológicos.

Em verdade, a filiação socioafetiva tem por iniciativa a estabilização de suas disposições, ora carentes de regulamentação legal, na legislação vigente em nosso país, e para isso é preciso que se funda única e exclusivamente em seus preceitos, não podendo ser ligada à paternidade biológica, ao passo que a sua edificação encontra-se em fatores sociais e não genéticos.

Nesse diapasão, tem-se salientado que a filiação sociológica não pode depender de favores legais da paternidade biológica, pois o único vínculo que se

pode estabelecer nessa relação genética é o conhecimento da origem biológica por necessidade psicológica; para fins de impedimentos matrimoniais e preservação da saúde do filho socioafetivo e dos pais biológicos.

Com a determinação legal de desaparecimento dos vínculos jurídicos entre os pais biológicos e os filhos afetivos ou adotados, compreende-se que há fundamentos jurídicos para que se peça alimentos dos pais sociológicos, conforme exposição jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ALIMENTOS. MAIORIDADE. ADOÇÃO SIMULADA. O fato de ter registrado a autora como sua filha biológica, mesmo sabendo que não era, alterando a verdade dos fatos, por sua livre e espontânea vontade, caracteriza o que doutrina e jurisprudência denominam de adoção simulada, assumindo, desta forma, todos os deveres inerentes a paternidade, sem qualquer diferenciação da prole natural (art. 226, § 6º, CF). A paternidade, muito mais do que um evento meramente biológico, é um fenômeno social, merecendo prestígio a verdade socioafetiva. Filho não é algo descartável, que se assume quando desejado e se dispensa quando conveniente. Com o implemento da maioridade, os alimentos deixam de encontrar seu fundamento no dever de sustento dos pais para com os filhos menores (art. 231, IV, CCB) - e que faz presumida a necessidade desses - e passam a amparar-se na obrigação existente entre parentes (art. 396 e seguintes, CCB), desaparecendo, a partir daí, a presunção de necessidade, que deve ser provada por quem pleiteia os alimentos. DESPROVERAM AMBOS OS RECURSOS. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTICA) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70004778619, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 18/12/2002)

Como se depreende, do acórdão acima a paternidade socioafetiva gera a obrigação de prestação de alimentos, não eximindo o pai sociológico do dever de presta-los e nem os filhos de exigi-los, pois com a configuração dessa relação paterno-filial seria inconstitucional não dar aos filhos sociológicos a possibilidade de exigir alimentos, já que configuraria uma discriminação em relação às verdades da filiação, as quais sabe-se que não podem ser tratadas de forma diferenciada.

O esforço desse tópico, leva a crer que os alimentos são claramente possíveis para os filhos sociológicos, pois essa possibilidade não decorre apenas de lei, mas também de princípios como o da dignidade da pessoa humana. Seria, portanto, injusto e discriminatório deixar que o filho socioafetivo não tenha direitos a alimentos, ao passo que a sua filiação biológica foi desconsiderada em virtude

de uma nova declaração afetiva de paternidade, a qual faz surgir todos os direitos inerentes a quem esteja no estado de necessidade de alimentos.

CONCLUSÃO

A contextualização da família contemporânea mostra-se com uma nova concepção, pois se desgarrou de estigmas pretéritos, que eram edificados em uma família hierarquizada, onde o pai acumulava a função de sacerdote, juiz e chefe político.

Indubitavelmente, na época em que o poder patriarcal era supremo, o bem estar dos membros familiares foram suprimidos em razão do contexto familiar, em que o conceito de família tinha em seu bojo a determinação de grupos de pessoas unidas por laços sanguíneos e de matrimônio.

Com o novo milênio a família passou a ser mais do que um grupo social fundado no poder patriarcal, pois o que percebe atualmente é uma entidade familiar, em que cada membro tem a sua função e possibilidade de realizações de acordo com suas potencialidades, ou seja, no contexto familiar atual o bem estar de seus membros é de suma importância.

Portanto, no direito brasileiro a família não é mais produto de uma relação matrimonializada, mas também de uma união estável ou pela união de entes familiares com o fim de formar uma família monoparental, eudemonista, nuclear, pós-nuclear ou unilinear, assim pautando sua formação na idéia de felicidade, amor, carinho e solidariedade.

Além das alterações nas entidades familiares, também houve modificações nas relações de parentesco e sendo mais específico no estabelecimento da paternidade ou filiação.

Atualmente, em decorrência da promulgação da Constituição Federal de 1988, o estabelecimento da filiação no sistema jurídico pátrio teve alguns nuances de modificação, dentre eles o aparecimento da filiação socioafetiva, a qual inegavelmente divide espaço jurídico e social com a filiação biológica.

No entanto, como mudanças devem ser feitas, em determinados casos, de maneira vagarosa para não causar espanto, ao pouco a idéia de paternidade

socioafetiva vai tomando espaço no cenário jurídico nacional, entretanto, já começa a ter resistência na doutrina e na jurisprudência, que não desgarram do juízo de que a paternidade deve ser fundada em laços biológicos, esquecendo de que é inconcebível um sistema jurídico que não conceda espaço para a verdade sociológica.

O direito brasileiro admite três tipos de verdades com relação à filiação, sendo elas, a verdade jurídica, sociológica e a biológica.

Quando se fala em verdade jurídica causa certa estranheza, já que a presunção de paternidade perde espaço dentro do sistema jurídico atual, em virtude da possibilidade concreta de se estabelecer com grande probabilidade de acerto quem é o pai genético de determinada pessoa.

Todavia, o autor desse trabalho entende que a verdade jurídica não é apenas o estabelecimento da filiação em razão da presunção de paternidade, mas a concretização da relação paterno-filial, através de um embasamento legal o que se pode perceber na adoção judicial.

Em particular, é preciso ser dividido os tipos de adoção para melhor entender o caráter jurídico da qual é pautada sua relação de parentesco. Em primeiro plano temos aquela adoção que é feita posterior a um estado de posse de estado de filho, assim tendo o condão apenas de regulamentação e regularização de uma paternidade ou maternidade pré-estabelecida, então nesse tipo de adoção vemos o caráter afetivo antes de um vínculo jurídico, sendo nesse sentir uma verdade sociológica.

Em contrário, depara-se com a adoção judicial para fim de estabelecimento do vínculo judicial, ou seja, aquela adoção aonde os pais vão a determinado local conhecer a criança para que assim possam adota-la, por conseguinte nesse caso não se pode falar em vínculo afetivo, já que os pais ainda não possuem afetividade quanto àquela criança, o que nada impede que após a convivência no seio familiar possa vir a ter por ela todo o afeto que uma relação de filiação requer.

Portanto, caso ocorra à hipótese, supracitada, estará presente a paternidade meramente pautada em uma relação jurídica que tem como base um embasamento legal e além disso uma possibilidade jurídica, errado seria dizer

que a verdade jurídica foi suprimida de nosso ordenamento jurídico, ao passo que a adoção judicial como a já delineada não impera o afeto, mas a vontade de ser pai ou mãe que poderá ser externada apenas em decorrência de normas jurídicas permissivas.

Quanto à filiação biológica é inegável mesmo de forma equivocada a sua supremacia perante o direito brasileiro, mas tal supremacia é entendível já que a procriação natural é habitualmente a forma mais inequívoca de se estabelecer à paternidade.

Em verdade, a paternidade biológica demonstra na conjuntura jurídica atual o modelo mais relevante para se estabelecer vínculos jurídicos, decorrentes de uma relação paterno-filial.

Com os avanços biotecnológicos ficou admitido a afirmação ou a exclusão da paternidade ou maternidade com praticamente 100% (cem por cento) de acerto, o que se pode afirmar ou excluir em virtude do exame de DNA que é capaz de revelar a verdadeira consangüinidade entre um indivíduo e seus pais.

O Brasil canonizou a paternidade biológica, colocando-o acima de qualquer outra que possa, em alguns casos, ter laços mais fortes de que ela própria. Isso se deve ao fato de que a procriação humana seja mais palpável para estabelecer um vínculo, mas equivocadamente o legislador brasileiro esqueceu que o afeto e o amor podem, em determinadas hipóteses, ser preponderante a uma mera identidade genética.

Em razão das evoluções da sociedade e do modelo atual de família que é muito mais pautado na relação afetiva do que na identidade biológica, fez com que surgisse a verdade sociológica na filiação, que tem o condão de vincular afetivamente uma pessoa a outra criando entre elas uma relação paterno-filial.

A afetividade na relação filial não surgiu há pouco tempo, pois temos casos narrados pela nossa história que conta as várias relações que determinados pais afetivos tinham com os seus filhos de criação ou enteados.

Portanto, a paternidade socioafetiva não é recente, já que o afeto é o amor são sentimentos inerentes ao ser humano dos quais não se pode negar a sua força para estabelecer vínculos entre as pessoas, a exemplo disso temos o

matrimônio, que dentro da nossa sociedade é uma das mais conhecidas formas de se estabelecer um vínculo jurídico em virtude do amor e do afeto.

Nesse viés, a paternidade socioafetiva tem como base o afeto, o amor e o carinho que uma pessoa pode dispensar a outra, criando, assim uma relação paterno-filial.

Dessa feita, a filiação sociológica deve ser integrada ao sistema jurídico nacional, pois não se pode vislumbrar a possibilidade de se estabelecer uma relação de afeto apenas em decorrência do caráter genético daquela relação, já que ser pai é dispensar ao seu filho todo o carinho, amor, proteção e afeto que um ser pode proporcionar a outro.

Pai é muito mais que genitor, pois pai, no sentido amplo da palavra, é aquele que dispensa ao seu filho todo o amor, carinho, educação, saúde, moradia e outros requisitos que um mero genitor pode não ser capaz de proporcionar a sua prole.

A idéia de filiação sociológica revela-se através da posse de estado de filho, ou seja, em decorrência do trato, fama e nome que os pais sociológicos dispensam diariamente aquela criança durante a sua criação.

A exteriorização da paternidade socioafetiva, provada através da posse de estado de filho não tem nenhum mandamento legal que a assegure, assim carece o Brasil de regulamentação legal para estabelecimento desse tipo de paternidade que a cada dia se mostra mais presente nas relações de parentesco.

A necessidade de tal regulamentação decorre do fato de que apenas com ela é que poderia dar a essa relação paterno-filial uma verdadeira estabilidade, assim criando direitos e deveres para os protagonistas dessa relação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a Constituição Federal, assegura a criança e ao adolescente, por serem pessoas em via de desenvolvimento, a vida em família, o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, em razão da doutrina de proteção integral infanto-juventude, portanto, nada melhor para essa criança que ela se desenvolva em um lar que lhe assegure além de todos esses direitos, também o afeto e o amor que em alguns casos os pais biológicos não podem dar.

Consoante, a todos os princípios constitucionais que protegem os interesses da criança, seria equivocada o entendimento de que apenas a verdade biológica pudesse servir de vinculação para o estabelecimento da filiação.

Não se pode, entretanto, consignar de maneira dogmática o entendimento de que a paternidade socioafetiva está amplamente presente e estabelecida no direito brasileiro, pois é inegável que possuem normas que possam servir de fundamentação para tal relação, porém, é preciso que o legislador tenha a percepção de que o afeto é propulsor das relações de filiação, para que então possam ser criadas normas que a contento demonstrem a igualdade nas filiações e assim adequar o art. 227, §6º da Constituição Federal de 1988 a verdadeira realidade fática no tocante a perfilhação sociológica.

Insta Salientar, que jurisprudencialmente, e sendo mais específico a jurisprudência dos tribunais rio grandense estão construindo o caminho que posteriormente possam servir de fundamento para a normatização da posse de estado de filho e por via de conseqüência a expressa e plena integração da paternidade socioafetiva nas leis brasileiras.

Consagrando, tal paternidade o legislador estará em sua plenitude afirmando legalmente a noção de interesse superior da criança como critério principal e indispensável para solução de litígios, que por ventura possam ocorrer no âmbito familiar.

O direito procura tutelar primeiramente o individuo e assim nada melhor do que deixar a criança ser criada em um ambiente onde lhe proporcione os cuidados que mais se enquadram à suas necessidades.

Por derradeiro, o autor do presente trabalho salienta que não se pode falar em prevalência da verdade biológica sobre a verdade sociológica, pois o que se deve imperar é o melhor interesse da criança e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, para que assim o juiz, à luz do caso concreto, possa, usando de um juízo de proporcionalidade e razão, integrar a criança àqueles que lhe oferecerem o melhor para o seu desenvolvimento físico e moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERLE, Elisabeth Nass. *A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação*. Teresina. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>>. Acesso em 29 out. 2003.

ALVES, Jones Figueirêdo. *Psicologia aplicada ao direito de família*. Teresina: Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2740>>. Acesso em: 29 out. 2003.

BONFIM, Thiago José de Souza. *Perfilhação – Características históricas, jurídicas e sociais da filiação*. São Paulo: Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/textos/x/72/88/728/>>. Acesso em: 08 ago. 2004.

BONFIM, Thiago José de Souza. *A evolução da entidade familiar e seus aspectos jurídicos no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/testos/x/72/77/727/>>. Acesso em: 08 ago. 2004.

BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade – Posse de estado de filho - Paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 5.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Dos alimentos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHAVES, Antonio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

COELHO, Pereira. *Filiação*. Coimbra: Universidade de Coimbra/Faculdade de Direito, 1978.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Direito de família*. v. 5; 18.ed.; São Paulo: Saraiva, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Jurisprudência dos filhos ilegítimos e da investigação de paternidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. Munir Silva Cury, Antônio Fernando do Amaral e Emílio García Mendez (Coord.). São Paulo: Malheiros, 1992.

GRUNWALD, Astried Brettas. *Laços de família: critérios identificadores da filiação*. Teresina: Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>>. Acesso em: 05 mar. 2004.

FACHIN, Rosana Amara Girara. *Em busca da família do novo milênio*. Rio De Janeiro: Renovar, 2001.

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

_____. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUIMARÃES, Luis Paulo Contrim. *A paternidade presumida no direito brasileiro comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GABRIEL, Sérgio. *Filiação e seus efeitos jurídicos*. Teresina: Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2822>>. Acesso em 5 de mar. 2004.

LEITE, Eduardo De Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.

_____. *Famílias monoparentais: A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Teresina. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 5 de mar. 2004.

MILHOMENS, Jônatas e ALVES, Geraldo Magela. *Manual prático de direito de família*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO, Washigton de Barros. *Direito de família*. 2 v.; 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. 2 v.; 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

NETO, Antônio de Paula Santos. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

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

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito de família*. 5 v.; 13.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINTO, Fernando Brandão Ferreira. *Filiação natural*. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. ; 6 v.; 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. 4 vol.; 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de família*. 6 vol.; 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Boletim IBDFAM, n.11, ano 2, set-out. 2001.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito de família: questões controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 13.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.

ANEXOS

ANEXO A - Petição Inicial de Ação de Investigação de Maternidade Socioafetiva

ANEXO B - Sugestões de Alterações do Código Civil Apresentadas pelo IV Congresso Brasileiro de Direito de Família