

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO AMAPÁ - CEAP
CURSO DE DIREITO

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA
DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR**

MACAPÁ-AP
2008

IACI GOMES DA SILVA RAMOS FILHA

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA
DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR**

Monografia apresenta da à banca examinadora do Centro de Ensino Superior do Amapá - CEAP, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Luciana Lima Marialves de Melo.

**MACAPÁ
2008**

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO AMAPÁ - CEAP
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E MONOGRAFIA

Monografia apresentada como pré requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro de Ensino Superior do Amapá – CEAP, submetida à aprovação da banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Melo

Professor(a). Examinador(a)

Professor(a) Examinador(a)

Nota final: (_____)

Data da banca: ____ de novembro de 2008.

DEDICATÓRIA

Ao meu filho Gabriel Ramos Cutrim, razão da minha existência, Em especial ao meu filho Gabriel Ramos Cutrim, razão da minha existência, pela compreensão nas minhas ausências, nos momentos difíceis e por me oportunizar a realização deste trabalho que tanto significa a simbolização da nossa vitória, eis que elucida a proximidade do que antes parecia um sonho inalcançável e, então chegam as minhas mãos: a conclusão do curso.

Aos meus pais Alceu Filho e Iaci Gomes, por terem me dado o dom da vida. Em especial, minha mãe pelo exemplo de amor, eterno companheirismo e compreensão, que dedicou sua vida para nos proporcionar educação de qualidade e uma profissão digna de respeito.

À minha irmã Janayna Ramos e meus sobrinhos José Negreiros Neto e José Roberto Júnior, na certeza de ser um exemplo e espelho de vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus por estar comigo desde o momento de minha concepção.

A inigualável e compreensível amiga Sônia Regina dos Santos Ribeiro que sempre esteve ao meu lado, bem mais do que imagina, bem assim pela preciosa consultoria nos aspectos técnicos.

A querida Maricleuma Duarte pelo incentivo e força que me foi concedido no momento difícil de minha vida.

A ilustre MM^a. Juíza de Direito Elayne Ramos Koressawa, pelo conhecimento e experiência por mim adquirido junto ao Fórum e aos colegas de trabalho da 2^a Vara de Família, Órfãos e Sucessões, companheiros de jornada laboral.

À professora Cláudia Cezário, primeira orientadora desta produção, pela atenção e incentivo ao tema.

À estimada professora Luciana Melo, por ter aceitado orientar este trabalho de final de curso, pela ajuda inestimável e principalmente compreensão, aliados aos esclarecimentos sobre a temática.

Ao cunhado Hélio Esteves e ao amigo Paulo Nascimento pela força.

Aos demais familiares que de alguma forma contribuíram para a realização deste sonho, em especial meu tio Jupiran Ramos, companheiro de todas as horas.

Aos colegas de turma, especialmente aqueles que comigo formavam o grupo "Processus" (Rosiane, Jonas, Elizomar e Josiany).

E a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste curso.

Meu profundo agradecimento!

“Não basta que o ente procriado saiba, à luz da natureza, quem concorreu, pela cópula, para o seu aparecimento à face da Terra, é necessário que a relação natural ou real surja com valor e eficácia perante o ordenamento jurídico, na vida das relações sociais, alcance foros ou dignidade de vínculo jurídico”.

(Silveira,1971,p.11)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 provocou uma importante alteração no Direito de Família através do princípio da igualdade da filiação. Introduziu no ordenamento jurídico uma mudança de valores nas relações familiares, que influenciou na determinação de uma nova paternidade, fruto do afeto, objeto de análise no presente trabalho. Desta forma, faz-se relevante uma abordagem da repercussão do sistema unificado da filiação na ordem jurídica nacional, além dos seus efeitos quanto aos direitos pessoais. Imprescindível a menção à posição dos doutrinadores brasileiros, bem como às decisões judiciais que formam o atual entendimento dos Tribunais Regionais, no caminho da consagração do tema da presente pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Igualdade; Filiação; Direito.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 developed an important change in Family Law through the beginning of equality between the offspring. It has introduced to the legal system a change in family relationship values, that affected a new kind of parenthood, born from affection, the relevant point questioned in this project. Thus, it is important to discuss a new approach of the united offspring system's repercussion in the national legal order, and discuss its effects in estate and personal rights. It is fundamental to mention the position of Brazilian authors in this matter, as well as the legal decisions that make the current understanding of the local Courts of Law, in order to find the success of the subject in the present bibliographic research.

Key words: Equality; Offspring; Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - A FAMÍLIA.....	12
1.1. Conceito.....	12
1.2. Origem e evolução.....	13
1.3. Evolução legislativa no direito de família.....	16
1.3.1. A família e o Código Civil de 1916.....	16
1.3.2. A família na CF/88 e a criação do Novo Código Civil de 2002.....	17
CAPÍTULO II - DA FILIAÇÃO.....	20
2.1. Conceito.....	20
2.2. Histórico evolutivo da filiação no direito brasileiro.....	21
2.3. Modelos de filiação – presunções da paternidade.....	24
2.4. Do Reconhecimento dos filhos.....	27
2.4.1. Modos de reconhecimento dos filhos	29
2.4.1.1. Reconhecimento voluntário.....	29
2.4.1.2. Reconhecimento judicial	31
CAPÍTULO III - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	32
3.1. Histórico e Conceito.....	32
3.2. Posse do estado de filho.....	34
3.3. Paternidade Real (ou Biológica) e Paternidade Socioafetiva.....	36
3.4. A prevalência da filiação socioafetiva.....	37
3.5. A impossibilidade de sua desconstituição posterior.....	41
3.5.1. O vício do erro e o reconhecimento da paternidade.....	42
3.5.2. O erro e o reconhecimento da paternidade.....	44
3.6. Entendimento dos Tribunais.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O direito de família passa por transformações, pois tem que se adequar às mudanças que ocorrem na sociedade. Suas decisões são relativizadas, uma vez que se movimenta com a família e com os direitos da filiação, que merecem sempre ampla proteção do Estado. Está aí a maior preocupação desse ramo do direito: o bem-estar dos filhos e o que é melhor para eles. Sendo assim, o direito de família é caracterizado pelo princípio da prioridade e prevalência dos interesses dos filhos, além de outros já consagrados, tais como a paternidade e a maternidade responsável, o princípio da dignidade da pessoa humana e igualdade entre os filhos.

Depois de tantas mudanças no direito de família pode-se dizer que a família hoje não é marcada pelo domínio de posse, mas pelos laços afetivos de amor, de ideal de felicidade, de carinho, de desvelo e de comunhão. Pais não são somente os genitores (pai e mãe), mas protetor, amigo, companheiro.

Essas ondas de mudanças não deixam de ser uma evolução social, num momento em que já conhecemos o bebê de proveta, mãe de aluguel e clonagem humana.

Pode-se afirmar que as maiores conquistas na área do direito de família se deram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando consagrou-se a igualdade de filiação. Os adjetivos que, até então, eram acrescentados ao substantivo "filhos", quais sejam: adulterino, bastardo, incestuoso, legítimo, ilegítimo, adotivo, dentre outros, tornaram-se inconstitucionais, em conformidade com o art. 227, §6º da Constituição Federal de 1988. "Todos os filhos são "filhos". Essa intensa onda fará renovação da disciplina das situações familiares, proporciona significativo relevo em estudo detido na filiação socioafetiva.

A filiação socioafetiva, sob o aspecto sociológico, direciona-se para a efetiva convivência, com características de afeto, respeito e demais direito e deveres na ordem familiar.

Para essa nova definição de paternidade, pai ou mãe não é apenas a pessoa que gera e que tenha vínculo genético com a criança. Ser pai ou mãe, antes de tudo, é ser a pessoa que cria, instrui, ampara, dá amor, carinho, proteção, educação, dignidade, enfim a pessoa que realmente exerce as funções próprias de pai ou de mãe em atendimento ao melhor interesse da criança.

Ressalte-se ainda que o afeto não decorre da herança genética que se recebe dos pais biológicos. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.

É inconcebível, em face do Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, que o filho que sempre conheceu o marido de sua mãe como sendo seu pai e com ele manteve uma harmoniosa relação paterno-filial, obtendo dele amor, carinho, educação e demais tratos que mereça um filho, se ver, de uma hora para outra, mediante verificação de inexistência do vínculo biológico, sem pai!

O juiz tem à sua disposição a faculdade de manter a paternidade socioafetiva, procurando evitar um trauma maior à criança, não permitindo a posterior desconstituição da paternidade registraria, nulidade do registro, apenas sob o argumento de cessação dos vínculos concretos com a mãe ou sob o argumento da diversidade de origem genética.

Não é possível, assim, que uma vez efetuada a filiação por "adoção a brasileira", e desempenhado, no dia-a-dia, o exercício da paternidade afetiva, venha o pai pleitear a nulidade do registro, salvo se, futuramente, o filho, utilizando-se do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quiser conhecer sua verdadeira origem genética. Neste caso, terá ele amplo direito, tendo em vista que este é um direito personalíssimo e imprescritível.

CAPÍTULO I - A FAMÍLIA

1.1 Conceito

Como regra geral, porém, o Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco. As várias legislações definem, por sua vez, o âmbito do parentesco. O direito de família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como aqueles que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio de tutela dos incapazes por meio da curatela (VENOSA, 2006, p. 18).

Desse modo, importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas (PEREIRA, 2006, p 21).

Como bem diz Rodrigo da Cunha Pereira (2007; p. 29), o conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando clarear e demarcar o seu limite.

A idéia de família para o Direito Brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988, é de que essa instituição é denominada como um núcleo que possui laços consangüíneos 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 saberem que a entidade familiar, na maioria das vezes, oferecer-lhe-á amor, fraternidade, carinho e compreensão.

Atualmente, de acordo com PERLINGIERI (2002) família é:

“formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.”

Portanto, a família é formada, tanto de afeto, quanto de laços consangüíneos, já que a mesma sofreu mudanças impostas pela necessidade, pela época, pelos costumes e pelo próprio direito.

1.2. Origem e evolução

A idéia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. O modelo familiar sempre sofreu marcada influência do poder político, econômico, religioso e social da época e localidade nas quais estava inserido (GAMA, 2007, p.15). Em outras palavras, cada povo tem sua idéia de família, dependendo do momento histórico vivenciado. Vejamos o breve histórico da evolução da família.

Primitivamente, o homem encontrava-se totalmente subordinado a natureza. Não havia um relacionamento afetivo entre um homem e uma mulher, o objetivo único era a sobrevivência.

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”.

Nos relacionamentos não se vislumbravam sentimentos profundos, as relações sexuais e a futura procriação eram atos meramente intuitivos, além de que o homem pertencia a várias mulheres assim como a mulher pertencia a vários homens, conseqüências da natureza humana da época.

Depreende-se da teoria matriarcal que era um estágio após a promiscuidade sexual, onde a mulher era o centro da sociedade tribal, até porque, muitas vezes a paternidade do filho por ela gerado, era desconhecida em razão daquela promiscuidade sexual.

Importa ressaltar aqui sobre a estrutura familiar a partir de Roma, já que o Direito brasileiro tem sua origem no sistema jurídico romano. Cumpre demonstrar que no direito romano a família era fundada na autoridade de um chefe, família patriarcal, e este era soberano. O chefe do lar possuía o *pater* família, quer dizer que este representava todo o poder, exercendo sobre os filhos o direito de vida e de morte, podendo realizar neles qualquer ato, como vendê-los, maltratá-los e até

mesmo tirar-lhes a vida, sendo assim, os filhos eram para sempre incapazes, até mesmo os bens que adquirissem pertenciam ao *pater* famílias.

Afirma Caio Mário da Silva Pereira 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 passava da condição de filha para a de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios [...]. "Podia ser repudiada por ato do marido" (2006).

A mulher jamais iria elevar-se à posição de *pater* família, estando sempre subordinada à autoridade do marido e ao que ele assim ordenasse, podendo o marido desprezá-la a qualquer momento, era um relacionamento de total submissão por parte da mulher, que desempenhava apenas um papel de mãe e de esposa, ou melhor, de escrava de seus próprios sentimentos.

Ressalta-se que a família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, que formava uma unidade de produção integrada por parentes, que era sua força de trabalho, o que levava ao amplo incentivo à procriação. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos.

Já na Idade Média, as relações familiares tiveram grande influência do Cristianismo, mais especificamente da Igreja Católica. A Igreja Católica passou a tratar de alguns temas com o estabelecimento de normas, denominadas cânones (GAMA, 2007, p.18). A família foi fundamentada no casamento religioso, que passou a não ser um acordo de vontades, mas também um sacramento. Com relação aos efeitos patrimoniais decorrentes do casamento, o direito canônico instituiu a comunhão de bens, dando à esposa direitos sobre parte do patrimônio do marido, porém, deve-se ressaltar que a família ainda continua sendo regida pelo seu chefe (figura do homem), só que com poderes mais restritos e menos autoritários.

Com o tempo, o patriarcalismo ocidental vê suas estruturas se balançarem, principalmente após as revoluções modernas e a vitória do livre pensar nos países democráticos.

Com a Revolução Industrial, esse quadro familiar patriarcal não prosperou, pois havia necessidade de aumento de mão-de-obra, principalmente nas atividades terciárias, o que levou a mulher ingressar no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de renda da família. Acabou a prevalência do caráter produtivo da família, que migrou para as cidades e passou a conviver em espaços

menores. Isso levou a aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes.

Mas o afeto de que se trata não pode ser confundido com a noção da *affectio*, presente já no modelo romano. Este, no modelo patriarcal, era presumido e condicionado à existência de uma situação juridicamente reconhecida: o casamento, que trazia consigo a *affectio maritalis*, justificando a necessidade de continuidade da relação. Em tempos atuais, advindos de novos valores, a *affectio maritalis* traduz-se como valor socioafetivo que se funda numa sociedade conjugal, matrimonializada ou não.

As uniões sem casamento foram gradativamente aceitas pela sociedade, ao passo que novas famílias estruturaram-se independentemente das núpcias, conduzidas por um único membro, o pai ou a mãe (família monoparental). Diante disso e das demais transformações sociais, o modelo legal codificado tornou-se insuficiente, cada vez mais distante da pluralidade social existente.

Deu-se, então, a passagem do modelo patriarcal a outro em que são dominantes as relações de solidariedade e cooperação. A perda da característica de unidade de produção, por conta da fase industrial, pôs fim ao papel econômico da família. Sua rígida concepção deu lugar à sensibilidade. A família moderna, em oposição àquela, valoriza um elemento abstrato, que até então estava à sombra: o sentimento (DIAS, 2008, p. 128).

Com o passar do tempo, as relações familiares afirmam, com unanimidade, os valores afetivos que a família unida consegue trazer para a sociedade, o bem estar de cada indivíduo integrante desta. Desde a apreciação mútua cultivada pelos seus membros até a capacidade de resolverem juntos os conflitos através de uma comunicação, sem tabus e sem rancores, que impera em prol da família saudável, onde emana carinho, respeito e afetividade (GAMA, 2007, p. 48).

A moderna família valoriza o sentimento. Este, por sua vez, traduz a noção de afeto, elemento propulsor da atual relação familiar. Sendo o afeto um substantivo abstrato, pode ser trazido para o mundo concreto através da demonstração do desejo de estar junto a outrem, constituindo, pois, o alicerce de uma família.

Após essa explanação acerca da evolução e origem da família, não se pode deixar de lado algumas disposições relativas à nossa Constituição Federal que, regulamentou o casamento civil e, em posterior ordenamento, deu

competência aos juízes de direito para conhecer os impedimentos e nulidades relativas ao matrimônio.

Ainda há que salientar, que em nosso direito atual não apenas é reconhecido o casamento e a união estável, como fato constitutivo de uma entidade familiar, mas também outros modelos de família.

1.3. Evolução legislativa do direito de família

O Direito de Família Pátrio e, por conseqüência, a acepção jurídica de entidade familiar passou, no período compreendido entre 1916 e 1988, por um grande processo de transformação. Enquanto que a família ditada pelo Código Civil de 1916 se define como hierarquizada e de feição transpessoal, em outro momento e contexto político-econômico, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto definições que consagram a pluralidade familiar, a igualdade substancial e a direção diárquica.

1.3.1. A família e o Código Civil de 1916

O ordenamento jurídico brasileiro se inspirou no português que por sua vez buscou no Direito Romano alguns dos seus fundamentos como, por exemplo, o patriarcalismo que foi reproduzido no Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916 regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinção entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação.

Esta família, decorrente do casamento, era denominada de legítima (o que estava conforme a lei), composta por marido, mulher e filhos, ou em algumas situações por ascendentes (os avós).

O casamento tinha como pressuposto a virgindade da mulher, sendo que o defloramento desconhecido pelo marido era tido como erro essencial sobre a pessoa (art. 219 CC/1916) possibilitando a anulação do casamento (art. 220 CC/1916).

Os demais núcleos familiares, ou seja, os que não se enquadravam neste perfil, eram denominados de ilegítimos, o que já demonstra o preconceito atribuído e uma noção implícita de certo e errado. Assim, aqueles que não se enquadravam no perfil daquele código, eram tidos como marginalizados e recebiam tratamento diferenciado. Ressalta-se que nem os filhos eram poupados por esse tipo de discriminação, pois também eram denominados de legítimos e ilegítimos conforme fossem oriundos ou não do matrimônio (DIAS, 2007, p. 198).

Inicialmente, o caráter ilegítimo da filiação tornava-se público e notório posto que constava do registro civil de nascimento, tendo sido a prática vedada com o advento do Decreto Lei 3200/1941.

A marginalização do “filho ilegítimo” se mantinha mesmo após o falecimento do seu genitor, pois quando da partilha dos bens, este tinha direito à metade do patrimônio herdado por seus irmãos “legítimos”. O mesmo raciocínio se aplicava aos filhos adotivos que de igual modo recebiam metade do patrimônio destinado aos filhos biológicos. Essas normas só perderam vigência com o advento da Lei do Divórcio em 1977.

O pátrio poder era exercido pelo homem, o que mostra como a mulher tinha que ser submissa, ficando sempre em segundo plano. Essa forma de existência já vinha desde tempos remotos. Só o casamento legitimava a família e os filhos, todas as questões que fossem de encontro com ele, o casamento (como a infidelidade e os filhos ilegítimos) deveriam ser mantidas à margem como forma de se preservar o núcleo familiar.

1.3.2. A família na Constituição Federal de 1988 e a criação do Novo Código Civil de 2002.

Com o advento da Constituição de 1988, como bem diz Maria Berenice Dias, instaurou-se a igualdade entre o homem e a mulher, passando a proteger de forma igualitária todos os membros da família, bem como a família constituída pelo casamento e a união estável. Consagrou a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhe os mesmos direitos e qualificações.

O núcleo familiar atual pode se configurar de diversas maneiras sem com isso ser desqualificado e receber tratamento secundário, pois segundo PERLINGIERI (2002) a função da mesma é a plena realização dos seus membros e a valorização

da afetividade que deve existir. Lembrando sempre que todos são iguais e livres para seguir o caminho que a eles melhor se adequar.

Assim sendo, o Direito de Família na atualidade não tem mais por objeto à família legítima, pois a evolução dos tempos impôs a reconsideração e a ênfase dos aspectos sociais e afetivos. Como consequência disso a Constituição Federal, através dos seus artigos 226 e 227, reconheceu outros modelos de família que não apenas os oriundos da relação de casamento (como a união estável, o núcleo composto por um dos genitores e seu filho e os casais que já possuem filhos e unem-se em união estável formando um novo núcleo familiar), aplicou o princípio da isonomia aos cônjuges, igualando-os, e proibiu qualquer discriminação de tratamento entre os filhos, pouco importando a sua origem.

No tocante aos filhos a Constituição Federal de 1988 dedicou um artigo em cujo caput relaciona direitos a eles inerentes, os quais posteriormente vieram a ser repetidos no Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

A proibição da discriminação entre os filhos de diversas origens foi bastante oportuna, tendo em vista a constância com que durante muito tempo se expôs o filho "ilegítimo", a situações constrangedoras e as quais não haviam sido por eles causadas.

O atual Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família, mesmo entrando em vigor anterior a Lei do Divórcio e necessitou sofrer modificações profundas para adequar-se às novas diretrizes constitucionais.

A primeira importante alteração efetivada pelo novo Código foi a substituição do próprio título do Capítulo II, que antes tratava Da Filiação Legítima, e agora, mais abrangente, trata simplesmente Da Filiação. Tal alteração reflete a determinação constitucional (art. 227, § 6º.) de se afastar qualquer designação discriminatória relativa à filiação. O primeiro dispositivo deste Capítulo (art. 1.596) reproduz justamente o citado texto constitucional.

Acresceu o novo Código mais hipóteses de presunção de concepção. Diz o art. 1.597 que também se presumem concebidos na constância do casamento (presumindo-se, por interpretação, filhos do marido da mãe) os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Procura o novo Código dar expresso tratamento ao problema dos conflitos de presunções, matéria omissa no Código de 1916. Ocorre conflito de presunções de paternidade quando um filho tem, presumidamente pela lei, mais de um pai. Isto se dá especialmente nos casos em que a mulher se casa novamente logo após enviuar, em infração ao impedimento do art. 183, inc. XIV, do Código Beviláqua (art. 1.523, inc. II, do novo Código). Diz o art. 1.598 do novo *Codex* que, “salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste; do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597”. Note-se que a segunda parte do dispositivo é despicienda, pois aí não se terá mais conflito de presunções; neste caso o filho só pode realmente ter por presumido pai o segundo marido da mãe. A solução da lei em caso de conflito, portanto, é presumir a paternidade do primeiro marido, sempre, com a ressalva da possibilidade de se provar em contrário.

Outra novidade da nova lei é admitir a impotência *generandi* como causa para ilidir a presunção de paternidade. No sistema antigo, o art. 342 dava a entender que só a impotência *coeundi* era causa para a contestação de paternidade; agora o art. 1.599 é expresso em permitir a prova da impotência do cônjuge para gerar. A rigor, tal disposição é inútil, porque não repetiu o novo Código as restrições dos arts. 340-342 do Código anterior, pelo que não precisava ele se referir expressamente à impotência *generandi* como exceção.

Mas a mais importante e mais polêmica novidade está contida no art. 1.601: a imprescritibilidade da ação de contestação de paternidade. No Código Civil de 1916, o art. 178, §§ 2º. e 3º., inc. I, previa o prazo decadencial de 2 ou 3 meses, conforme se achasse presente ou não o marido da mãe. Agora a ação de contestação é tida por imprescritível.

CAPÍTULO II - DA FILIAÇÃO

2.1. Conceito:

A filiação, pois, é fundada no fato da procriação, pelo qual se evidencia o estado de filho. O termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram (VENOSA, 2005, p.244).

Os avanços científicos de manipulação genética popularizam a utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homóloga e heteróloga, a comercialização de óvulos ou espermatozoides, a locação de útero e isso sem falar ainda em clonagem (DIAS, 2008, p. 320). Porém, todos esses avanços ocasionaram uma reviravolta nos vínculos de filiação.

Todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor trata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial (DIAS, 2008, p. 320).

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo.

Observa-se que a filiação é a relação de parentesco consangüíneo ou não, que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se tivessem gerado. Todas as regras sobre parentesco estruturam-se a partir da noção de filiação. A constituição de 1988 (art. 227, § 6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Hoje, porém, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância e outros por via de adoção, mas com iguais direitos e qualificações. No atual estágio da sociedade, não mais interessa a origem da filiação. Cabe ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho como sendo o que confere a este a posse de estado de filho e ao genitor as responsabilidades decorrentes do poder familiar (DIAS, 2008, p.321).

Essas mudanças que o Direito de Família sofreu ao longo dos anos, principalmente em tempos de grandes avanços da biotecnologia, impõem novas formas de vivenciar e compreender as relações entre pais e filhos.

Dessa forma, o status de filho pode ser conquistado com o nascimento em uma família matrimonialmente constituída ou família oriunda da união estável, com a adoção, com o reconhecimento da paternidade, voluntário ou forçado, sem que a causa que deu ensejo ao vínculo, entre pai, mãe e filho seja a consangüinidade (DIAS, 2008, p. 322).

2.2. Histórico evolutivo da filiação no direito brasileiro:

Segundo Maria Berenice Dias (2007) a necessidade de preservação do núcleo familiar e herança – diga-se, preservação do patrimônio da família – autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de uma terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, legitimados e ilegítimos.

No sistema de codificação brasileiro de 1916, filho legítimo era o resultante de casamento válido ou putativo, nos termos do art. 337 daquele código, ao passo que o filho ilegítimo era aquele fruto de relacionamento mantido fora do casamento. Filho civil era o filho adotivo, ou seja, aquele resultante do ato jurídico da adoção. Na esfera da filiação ilegítima, havia subdivisão: a) filho natural era o filho extramatrimonial de pessoas entre as quais não havia impedimento matrimonial na época da sua concepção; b) filho espúrio era o filho havido fora do casamento, mas que havia impedimento entre os pais para se casarem validamente, ora por força da vedação do adultério – filho adúlterino -, ora em razão de se proibir o incesto ou práticas semelhantes – filho incestuoso.

A regra da filiação, tal como concebida pelo sistema codificado, era aquela havida através da matrimonialidade: "filho é filho matrimonial, sendo excepcionalmente reconhecidos filhos de outras origens, que não o casamento" (GAMA, 2007, p.73). Nas palavras de MARQUES (2006) a filiação extramatrimonial ficava num plano inferior, com tratamento diferenciado e discriminatório a ponto de se deixarem crianças sem pai declarado.

Quanto aos filhos ilegítimos, o art. 358 do Código Civil 1916, negava a possibilidade do reconhecimento dos filhos espúrios – adúlterinos e incestuosos.

Assim, apenas os filhos legítimos e os filhos naturais – estes quando fossem reconhecidos voluntariamente pelos pais, ou procedessem à investigação de paternidade/maternidade – poderiam manter relações jurídicas fundadas na parentalidade, ao passo que os filhos espúrios eram excluídos de qualquer proteção já que não poderiam sequer investigar a sua parentalidade. Os argumentos que se apresentavam para justificar a exclusão eram basicamente os mesmos: a necessidade de proteção da paz doméstica; a estabilidade dos casamentos; a tradição das famílias; a repressão aos escândalos que poderiam advir do estabelecimento dos vínculos de paternidade-maternidade-filiação.

Clóvis Beviláqua já alertava: "a falta é cometida pelos pais, e a desonra recai sobre os filhos. A indignidade está no fato do incesto e do adúltero, mas a lei procede como se estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas".

Negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério – que à época era crime – e infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se liberava dos ônus do poder familiar. E negar reconhecimento ao filho é excluí-los direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais (DIAS, 2007. p.318).

Com o advento da Lei nº 4.737/1942 e posteriormente da Lei nº 883/1949, em relação aos filhos adúlteros, passou a ser possível o reconhecimento da filiação desde que dissolvida à sociedade conjugal até então mantida pelo genitor que havia sido casado.

O tratamento dos filhos ilegítimos em nossa legislação evoluiu no sentido da concessão de direitos mais amplos e de sua progressiva equiparação aos filhos legítimos (WALD, 2005, p.243).

A Lei nº 6.515/1977 extinguiu a discriminação dos filhos ilegítimos, passou a admitir o reconhecimento da filiação adúltera, através de testamento cerrado, equiparando o direito sucessório destes filhos ao dos filhos legítimos.

Afirma João Batista Villela, acerca da evolução em matéria do Direito Brasileiro:

"o ponto-de-partida argumentativo era um altruísmo tão singelo quanto irresistível: não se podia responsabilizar os filhos pela conduta dos pais.

llegítimos, ponderava-se, não eram os filhos havidos fora do matrimônio, eram os pais que os punham no mundo."

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que assegurou aos filhos, adulterinos e incestuosos, as mesmas qualificações, além de proibir o emprego de qualquer designação discriminatória no que pertine à filiação, pôs um ponto final em matéria de restrições ao estabelecimento dos vínculos de paternidade-maternidade-filiação, independente do tipo de relacionamento existente entre os pais. Desse modo, o art. 358, do Código Civil de 1916, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo perfeitamente possível o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, com total irrelevância acerca da origem da filiação (GAMA, 2005, p. 74).

Complementando a evolução do Direito brasileiro em matéria de filiação, foi editada a Lei 8.560/1992, que cuida do reconhecimento e da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Nos termos da referida lei em seu art. 1º, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável, e pode ser feito por um dos seguintes modos: a) no registro de nascimento, mediante o comparecimento dos pais; b) por escritura pública ou instrumento particular, a ser arquivado em cartório; c) por testamento, em qualquer uma de suas modalidades, ainda que incidentalmente haja o reconhecimento; d) por manifestação expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não tenha sido o objeto único e principal do ato.

Por fim, em suas palavras Maria Berenice Dias (2007,p.326), afirma que no atual Código Civil, persistem presunções da paternidade nos mesmos moldes da legislação passada. Além de repetir todo o elenco que existia, foram criadas novas presunções nas hipóteses da inseminação artificial. São presumidos como tendo sido concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, e ainda que se trate de embriões excedentários (CC 1.579, III e IV). Igualmente, é ficta a filiação nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido (CC 1.579, V).

Observa-se dessa forma, que a relação de filiação não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica; em outras palavras, a

paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.

2.3. Modelos de filiação – presunções da paternidade

Os filhos são o resultado comum do relacionamento entre sexos opostos. Ao gerar sua prole, o homem sofre conseqüências no âmbito do direito. O nascimento de uma criança reflete uma série de obrigações para seus genitores. É dever constitucionalmente imposto aos pais o de assistir, criar e educar os filhos menores.

Há que se ressaltar que nem sempre a filiação decorre de união sexual, pois pode provir de inseminação artificial homóloga ou heteróloga (esta última, desde que haja autorização do marido); também de fertilização *in vitro* ou na proveta e socioafetiva.

A relação existente entre o filho e as pessoas que o conceberam é chamada de filiação.

Há que se ressaltar que, além da filiação biológica ou natural, que é aquela que resulta da concepção, há também a filiação sociológica, que surge com a adoção. Esta tem embasamento legal no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) e no Código Civil Brasileiro.

A adoção corresponde ao ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim.

Pelo então vigente Código Civil de 1916 consideravam-se existentes três categorias distintas de filiação biológica: legítima, ilegítima e legitimada. Entretanto, como a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da isonomia entre filhos, houve uma equiparação total, que acabou por fulminar aquelas diferenciações. E, além disso, também equiparou os filhos adotivos aos biológicos. Assim reza o art. 226, § 6º da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O Código Civil de 2002, em seu art. 1.596, segue a mesma redação deste dispositivo.

Para que não haja discriminações, a lei gera um sistema de reconhecimento da filiação por meio de presunções: deduções que se tiram de um fato certo para a prova de um fato desconhecido (DIAS, 2007, p.323). Independentemente da

verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos. Tal presunção é identificada por uma expressão latina: *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Com isso elimina-se a incerteza do marido em relação aos filhos de sua esposa. Pai é aquele que o sistema jurídico define como tal, é a lei que atribui à criança um pai (DIAS, p. 323, 2007).

A finalidade é fixar o momento da concepção de modo a definir a filiação, certificar a paternidade e os direitos e deveres decorrentes.

Para Maria Berenice Dias, a filiação matrimonial decorre de uma ficção jurídica: o pai sempre é o marido da mãe. Desse modo, os filhos de pais casados têm, e de pleno direito, estabelecidas a paternidade e a maternidade. O nascimento de alguém no seio da família constituída pelo casamento leva ao reconhecimento de que o pai é quem está casado com a pessoa que deu a luz uma criança (2007,p.323). Dessa forma, acaba a norma jurídica imputando uma paternidade jurídica presumida a alguém. Aliás, o que presume a lei, de fato, nem é o estado de filiação, mas a fidelidade da esposa ao seu marido. Onde a mulher era obrigada a casar virgem, não podia trabalhar, ficava confinada no lar cuidando do marido, a quem devia respeito e obediência. Claro que os seus filhos só podiam ser filhos do seu marido (2007 p. 323).

João Baptista Vilela, afirma que "foi com base no dever de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade efetiva, que se formou a regra *pater is est quem nuptiae demonstrant*". O filho matrimonial é filho do marido de sua mãe, em razão basicamente de três aspectos: "o *jurídico* (o marido da mãe é por presunção pai do filho tido pela mulher com a qual está casado), o *biológico* (o marido da mãe é presumidamente o autor genético da fecundação) e o *socioafetivo* (o marido da mãe trata a criança – e por ela é tratado – como pai)" (p. 128).

A lei, porém não estende a presunção de paternidade à união estável, pois boa parte da doutrina afirma que a presunção *pater is est* só existe no casamento. Talvez por isso não é imposto o dever de fidelidade aos conviventes, somente o dever de lealdade (CC 1.724).

Quanto à presunção de paternidade das relações extramatrimoniais, diga-se: união estável, a Constituição Federal de 1988 buscou equiparar a situação dos filhos extramatrimoniais àquela dos filhos matrimoniais, ou seja, estabeleceu a possibilidade de todos os filhos havidos fora do casamento terem reconhecida,

voluntária ou coativamente, por via de investigação de paternidade, a sua paternidade ou maternidade, mas não rompeu com a presunção do marido sobre os filhos de sua esposa.

Ressalta Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que "a presunção legal de paternidade em favor do marido da mãe da criança não deixou de existir, sob pena da Constituição Federal ter promovido a redução de direitos dos filhos havidos dentro do casamento". E, com efeito, o próprio sistema codificado não exigia a verdade biológica para a fixação da paternidade, conforme deixa certo o disposto no art. 339, incisos I e II, do Código Civil, numa leitura conforme a Constituição:

"Art. 339: a legitimidade do filho nascido antes de decorridos os 180 dias de trata o n. I do artigo antecedente, não pode, entretanto, ser contestada: I – se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher; II – se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade".

Assim, são reconhecidas como concebidas na constância do casamento as crianças pelo menos 180 dias (6 meses) depois da celebração do matrimônio (CC 1.597, I). Igualmente estende a lei para além do fim do casamento. Ocorrendo o nascimento até 300 dias (10 meses) subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, presume-se filho do casal (CC 1.597, II). Até os filhos fruto de inseminação artificial gozam da condição de filho por ficção legal. Está matemática legal olvida-se de que há a possibilidade de acabada a convivência, constituir a mulher união estável. Como o lapso temporal da presunção (10 meses) é superior ao período médio da gravidez (9 meses), este critério é de ser abandonado (DIAS, 2007, p. 324).

A lei estabelece como marco para o início da contagem do prazo de 300 dias a dissolução da sociedade conjugal. Porém, quem tem o condão de dissolver o casamento é a morte e o divórcio (CC 1.571 § 1º), mas só a morte se presta para o efeito de estabelecer o termo inicial do referido prazo. O divórcio depende de ação judicial, que só pode ser proposta depois de decorrido, no mínimo, um ano da separação de corpos ou dois anos da separação de fato.

Assim, não pode ser esse o marco para começar a fluir o lapso temporal para definir a paternidade por presunção, mas sim o fim da convivência, da separação de fato, o que gera a presunção da ausência de contatos sexuais e, em conseqüência, da possibilidade de ocorrência de gravidez. Alias, em razão da presunção de

paternidade é que a lei só admite o casamento da viúva após 10 meses da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal (CC 1.523, II).

Somente no caso de nascimento do filho, ou mediante a prova da inexistência da gravidez, pode ser dispensado o prazo (CC 1.523 parágrafo único). Ocorrendo o casamento em período anterior, se o filho nascer antes de 300 dias, presume-se que é do primeiro marido. Se nascer depois desse prazo será considerado filho do novo cônjuge (CC 1.598).

O Código Civil enfoca também a possibilidade de nascimento de filho ainda após a morte do pai ou da mãe, no caso da fecundação homóloga e de embriões excedentários.

A inseminação homóloga (CC 1.597, III) pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o semê m provenha do marido ou companheiro. É utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo, etc.).

A inseminação heteróloga (CC 1.597, IV) é aquela cujo semê m é de um doador que não é o marido ou companheiro. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. Com freqüência, recorre-se aos bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos.

Destaca-se que se a inseminação heteróloga deu-se sem o consentimento do marido, este pode impugnar a paternidade. Se a inseminação deu-se com seu consentimento, há que se entender que não poderá impugnar a paternidade que assumiu (CC 1.597, V).

Ainda que já exista toda uma moderna tecnologia que permite, com exatidão quase absoluta, a identificação da verdade biológica por meio de indicadores genéticos, insiste a lei em identificar os filhos por meio de presunções.

2.4. Do Reconhecimento dos filhos

O reconhecimento da paternidade de filho incapaz é ato jurídico que se reveste de características bastante específicas, quais sejam: é constitutivo de estado, personalíssimo, unilateral, puro e simples, não receptício, independente da vontade de terceiro ou do filho incapaz e, ainda, irrevogável, salvo vício de vontade.

É constitutivo de estado porque é dele que decorre a paternidade, ou seja, é através dele que o homem investe-se juridicamente da condição de pai, inserindo também no estado do filho os seus parentes (avós, tios, etc.). É personalíssimo porque somente o pai tem legitimidade para praticá-lo, não se admitindo que ninguém o faça por ele. É ato unilateral, porque se perfaz com uma só declaração de vontade, reputando-se perfeito e acabado tão somente pela atuação do pai, na forma da lei. A propósito, está no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 26 e no Código Civil, art. 1.607, que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou *separadamente*, ou seja, é prerrogativa que a lei comete a cada genitor, individualmente.

É ato puro e simples, onde não se admite condição ou termo, que se existentes, a lei reputa ineficazes (CC, art. 1.613), de modo a prevalecer o reconhecimento *sic et simpliciter*. Formalismo algum é exigido pela lei, condicionamento algum é admissível ao ato. Ainda, é ato não receptício, diga-se: não depende da aceitação de quem quer que seja, entra no mundo jurídico independentemente de ter sido comunicado a alguém, tão somente pela manifestação de vontade do pai na forma da lei, embora pendente da respectiva averbação para alcançar eficácia (MIRANDA, 2000, p. 512).

Enfim, o reconhecimento da paternidade é irrevogável, por expressa disposição legal (Lei nº 8.560/92, art. 1º, *caput*; CC, art. 1.610), ou seja, uma vez praticado, não pode ser desfeito *ad nutum*, unicamente pela vontade de quem o praticou.

Disso se conclui, então, que basta o pai praticar o ato, observada qualquer das formas estabelecidas em lei, para que se crie no mundo jurídico o estado legal de filiação, sem que o filho ou qualquer outra pessoa possa ou deva intervir. O filho, aqui, é receptor passivo e, em princípio, não pode recusar-se ao reconhecimento, salvo quando atingir a maioridade, na forma do art. 1.614, do CC.

Com isso, percebe-se que o reconhecimento de paternidade conferindo *status* ao filho será inválido se este já estiver sido reconhecido; devido à impossibilidade jurídica de dualidade de filiações na mesma pessoa, só será permitido novo reconhecimento caso se anule o primeiro por erro ou falsidade (STF, súmula 149).

A lei atribui àquele que reconheceu a paternidade a condição de pai, com todos os deveres e prerrogativas à ela inerentes, e das quais não pode mais se

furtar, posto que além de irrevogável, é hábil, também, a produzir todos os seus efeitos legais.

2.4.1. Modos de reconhecimento dos filhos

São cinco atualmente, os modos de reconhecimento dos filhos. Pode ser voluntário ou judicial (também chamado de coativo ou forçado), por meio de ação de investigação de paternidade. O reconhecimento voluntário será feito, segundo o art. 1.609 do Código Civil: " I – no registro do nascimento; II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III – por testamento, ainda que incidentemente manifestado; IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém". Embora o testamento seja essencialmente revogável, não poderá sê-lo na parte em que o testador reconheceu o filho. Isso por absoluta imposição legal, o que, sem dúvida, corrobora e consubstancia a vontade do testador.

2.4.1.1. Do reconhecimento voluntário

O reconhecimento voluntário é, segundo Maria Helena Diniz, o meio legal dos pais, da mãe ou de ambos revelarem espontaneamente o vínculo que os liga ao filho, outorgando-lhe, por essa forma, o *status* de filho (CC, art. 1.607).

É ato pessoal dos genitores, não podendo ser feito por avô ou tutor, sucessores do pai ou herdeiros do filho, porém será válido se efetuado por procurador, munido de poderes especiais e expressos, porque nesse caso a declaração de outorga já está contida na própria outorga de poderes, de maneira que o mandatário apenas se limita a formalizar o reconhecimento (PEREIRA, 2006, p 233).

Observa-se que o reconhecimento voluntário da paternidade independe da prova da origem genética. Pois, é um ato espontâneo, solene, público e incondicional. Como regra o estado de filiação, não pode estar sujeito a termo, sendo descabido o estabelecimento de qualquer condição (CC 1.613). É ato livre, pessoal, irrevogável e de eficácia *erga omnes*. Por isso, inadmissível arrependimento. Não pode ainda, o reconhecimento ser impugnado, a não ser na hipótese de erro ou falsidade do registro (CC 1.604), em razão do art. 1.614 do

mesmo Código condicionar a sua eficácia ao consentimento do filho maior e dar ao filho menor a prerrogativa de impugná-lo, sob pena de decadência, dentro dos quatro anos que se seguirem à maioridade ou emancipação, mediante ação de contestação de reconhecimento, fundada na falta de sinceridade, na atribuição de falsa filiação ao perfilhado (DINIZ, 2007, p. 450).

Observa Maria Helena Diniz, que o reconhecimento, qualquer que seja a origem da filiação, é ato solene e irrevogável, que obedece a forma prescrita no Código Civil art. 1609, I a IV, vejamos:

I - no próprio termo de nascimento, caso em que o pai, ou procurador munido de poderes especiais, comparece perante o oficial do Registro Público e presta declarações sobre a descendência do registrado, assinando o termo, na presença de testemunhas. O reconhecimento pode ser feito conjunta ou separadamente pelos pais (CC 1607), afirmando que certa pessoa é seu filho, e atribuindo todos os direitos decorrentes da filiação. Sendo o pai o declarante, quando a maternidade constar do termo de nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la provando a falsidade do termo ou das declarações nele contidas (CC, art. 1.608). Pode-se citar um registro de nascimento feito por quem não sabia ser o verdadeiro pai é tido como adoção simulada e gera paternidade socioafetiva. Tem-se a adoção à brasileira, que advém de declaração falsa assumindo paternidade ou maternidade alheia, sem observância das exigências legais para adoção. Falsa declaração de paternidade, não pode dar origem à anulação de registro de nascimento. Quem registra como seu filho de outrem, não age em desconformidade com sua vontade, não ocorrendo, dessa forma, vício de consentimento (DINIZ, 2006, p. 454).

II – por escritura pública, que não precisa ter especificamente esse fim, pois o reconhecimento pode dar-se numa escritura pública de compra e venda, bastando que a paternidade seja declarada de modo incidente ou acessório em qualquer ato notarial, assinado pelo declarante e pelas testemunhas, não se exigindo nenhum ato público especial.

III – por testamento cerrado, público ou particular, ainda que incidentalmente manifestado e até por testamento espacial (marítimo, aeronáutico ou militar) e mesmo sendo nulo ou revogado, o reconhecimento nele exarado vale de per si, inclusive tratando-se de simples alusão incidental à filiação, a menos que decorra de fato que acarrete sua nulidade.

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ou por termo nos autos, que equivalerá à escritura pública, mesmo que o reconhecimento não seja o objeto único e principal do ato que o contém.

Tem legitimidade para anular o assento e desconstituir reconhecimento voluntário de paternidade não presumida todo aquele que tenha justo interesse em contestar a ação investigatória, ou seja, todas as pessoas afetadas direta ou indiretamente, tais como: o próprio filho reconhecido, a mãe, os filhos e pretensos irmãos, bem como aquele que se diz o verdadeiro pai, o pai biológico, e mesmo outros herdeiros. O Ministério Público figura entre os que têm legitimidade, por tratar-se de questão que diz respeito ao estado da pessoa.

4.1.1.2. Do reconhecimento judicial

Maria Helena Diniz (2007) ressalta que o reconhecimento judicial de filho resulta de sentença proferida em ação intentada para esse fim, pelo filho, tendo, portanto, caráter pessoal, embora os herdeiros do filho possam continuá-la (CF, art. 227, §6º). Trata-se de direito personalíssimo e indisponível, por isso, a ação é privativa do filho. A legitimidade ativa é dele. Se menor será representado pela mãe ou tutor. Os efeitos da sentença que declara a paternidade, são os mesmos do reconhecimento voluntário e também *ex tunc*: retroagem à data do nascimento e deverá, para tanto, ser averbada no registro competente.

Para que ocorra esse reconhecimento é necessário ajuizar ação de investigação de paternidade/maternidade, o que lhes recai a legitimidade passiva, desde que se observem os pressupostos legais de admissibilidade de ação, considerados como presunções de fato. Pode ser contestada por qualquer pessoa que tenha justo interesse econômico ou moral (CC, art. 1.615).

CAPÍTULO III - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

3.1 Histórico e conceito

Muito se avançou no Brasil no que a doutrina jurídica especializada denomina paternidade (e filiação) socioafetiva, assim entendida a que se constitui na convivência familiar, independentemente da origem do filho. A denominação agrupa duas realidades observáveis: uma, a integração definitiva da pessoa no grupo social familiar; outra, a relação afetiva tecida no tempo entre quem assume o papel de pai e quem assume o papel de filho. Cada realidade, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica, mas o fenômeno conjunto provocou a transeficácia para o mundo do direito, que o atraiu como categoria própria. Essa migração foi possível porque o direito brasileiro mudou substancialmente, máxime a partir da Constituição de 1988, uma das mais avançadas do mundo em matéria de relações familiares, cujas linhas fundamentais projetaram-se no Código Civil de 2002.

A socioafetividade tornou-se então uma das maiores características da família atual e se assenta nas relações familiares onde o amor é cultivado cotidianamente.

A partir desse contexto é que se funda a família atual e que surge o Princípio Jurídico da Afetividade, que decorrendo de outros Princípios Constitucionais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é considerado princípio implícito.

Segundo o autor Paulo Luiz Netto Lobo:

"Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família, especialmente:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alça-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art 226, §§ 3º e 4º)." (LOBO, 2005).

Observa-se que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica; em outras palavras, a paternidade

socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.

Tradicionalmente, a situação comum é a presunção legal de que a criança nascida biologicamente dos pais que vivem unidos em casamento adquire o *status* jurídico de filho. Paternidade biológica aí seria igual à paternidade socioafetiva. Mas há outras hipóteses de paternidade que não derivam do fator biológico, quando este é sobrepujado por outros valores que o direito considera predominantes.

Em escrito publicado no número 1 da Revista Brasileira de Direito de Família (*O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 72), tinha-se chamado atenção para a necessidade de os juristas e profissionais do direito atentarem para a distinção necessária entre genitor e pai. Disse-se:

"Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. Afinal, qual a diferença razoável que deva haver, para fins de atribuição de paternidade, entre o homem doador de esperma, para inseminação heteróloga, e o homem que mantém uma relação sexual ocasional e voluntária com uma mulher, da qual resulta concepção? Tanto em uma como em outra situação, não houve intenção de constituir família."

A paternidade envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquirida principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é *múnus*, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação "à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar" (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor.

É importante ressaltar que o estado de filiação, compreendido como o que se estabelece entre o filho e o pai, como sendo a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai é titular do estado de paternidade em relação a ele. Assim, onde houver paternidade juridicamente considerada haverá estado de filiação. O estado de filiação é presumido em relação ao pai registral.

A relação paterno-filial socioafetiva é aquela que se revela no transcurso da convivência; é uma conquista que ganha grandeza e se consubstancia nos detalhes.

É fruto de um querer, onde o desejo de ser pai se constrói na via do querer ser filho. Assim, a verdade socioafetiva nem sempre é verdade desde logo, nem sempre se apresenta desde a concepção ou do nascimento, ela se constrói e refina-se no seio da vivência familiar (Fachin; 1996).

3.2. Posse de estado de filho

Maria Berenice Dias (2007), afirma que a noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto à certeza científica no estabelecimento da filiação.

A parentalidade socioafetiva possui elementos que caracterizam a posse do estado de filho. Embora não haja legislação específica, grande parte dos doutrinadores os identifica: a *tractatio*, a *nominatio* e a *reputatio* (GONÇALVES, 2005, p.291).

Com relação ao trato, conforme se infere do próprio termo, este se configura através do tratamento que é dispensado na relação paterno-filial, ou seja, dá-se por meio da convivência. Não é de toda descabida a afirmação de que o elemento trato (*tractatus*) representa o “carro chefe” dos elementos constitutivos da posse de estado de filho. Tal assertiva encontra-se embasada no próprio conceito de filiação, sendo este único o de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, consolidando-se, portanto, na afetividade.

Deste modo, o estado de filho encontra-se completamente ligado com a própria relação vivenciada com o pai, na medida em que este revela os sentimentos que nutre pelo filho através da preocupação com o seu bem-estar, cuidando de sua saúde, promovendo a sua educação, e também zelando a todo instante pela boa informação do filho. Portanto, o elemento *tractatus* é aquele que se dá no conviver, ou seja, manifesta-se nos atos do dia-a-dia, no educar, no instruir, no se divertir, no chorar e no sorrir, enfim, o trato representa a manifestação fática da mais pura e verdadeira prova de filiação: aquela que se constrói e que se encontra alicerçada na afetividade.

O segundo significa a utilização pelo filho do patronímico pertencente ao pai, afinal é razoável que se pretenda que o nome da família seja utilizado pelo indivíduo ou, erroneamente como afirma alguns, pelo suposto filho. Entretanto, o elemento

nome é de somenos importância, uma vez que a paternidade poderá ser comprovada apenas com os outros dois elementos. Coaduna-se com referida posição às lições de José da Costa Pimenta, para quem “o elemento *nomem* encontra-se materializado sempre que exista entre as partes interessadas o simples chamamento recíproco de pai e filho”. Corroborando com o mesmo posicionamento está também José Bernardo Ramos Boeira, ao afirmar que:

[...] a doutrina reconhece em sua maioria, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a posse do estado de filho se concorrerem os demais elementos – trato fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado."

E, por fim, como terceiro elemento tem-se a fama ou a *reputatio*. Esta nada mais é que a notoriedade acerca da filiação. Tal notoriedade não permanece circunscrita apenas no lar em que vivem pais e filhos, devendo transcendê-lo tanto a outros familiares quanto à sociedade como um todo.

Mister enfatizar que esta clássica trilogia não se trata de algo taxativo ou, recorrendo-nos a uma terminologia mais técnica, não se constitui em “*numerus clausus*”, pois, conforme bem expõe Fachin:

"[...] outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríptico elenco há o mérito de descrever os elementos normais que de modo corrente demonstram a presença da posse de estado".

Assente-se com clareza, porém, que esses requisitos são meramente exemplificativos e devem ser analisados com temperança, sem excessiva rigidez, com a atenção de tentar delinear sem formalismos o exercício fático da paternidade, que é o que importa ao melhor interesse da criança.

A esse respeito, Cunha Gonçalves já apontava com boa dose de precisão que "as pessoas agem diferentemente em relação aos filhos, uns sendo mais emotivos e sentimentais, e outros mais fechados" (1995 p. 276). Essas diferenças não elidem a natureza da relação, que é paternal, e por isso não se pode trabalhar com conceitos fechados ou situações pré-modeladas: as vicissitudes do caso concreto ditarão a qualificação da relação fática e sua juridicização enquanto a filiação socioafetiva. É de se lembrar que se insere na temática da posse de estado a chamada "adoção à

brasileira", consistente no registro de uma criança por aqueles que não são seus pais biológicos e o conseqüente estabelecimento de uma relação paterno-filial afetiva (LÔBO, 2003, p. 140).

3.3. Paternidade Real (ou biológica) e Paternidade Socioafetiva

No que se refere à paternidade e maternidade, antes de qualquer coisa imperioso reconhecer que esses dados integram o complexo subjetivos formador da personalidade do indivíduo razão pela qual revela-se da máxima importância a justa aplicação e interpretação das normas que disciplinam a matéria.

Importante a distinção entre a paternidade/maternidade biológica, socioafetiva e jurídica para melhor entendimento das diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam do assunto.

A paternidade biológica refere-se ao laço genético que liga a prole aos genitores, aferível através da tipagem do DNA, a jurídica, é decorrente do registro civil e a socioafetiva, oriunda dos vínculos de afetividade entre as figuras paterna/materna e o filho.

O ideal é a coincidência dessa três vertentes em uma dada situação fática em que os fornecedores do material genético exerçam a parentalidade de forma consciente, afetivamente envolvidos no seu mister, conscientes de seus deveres de sustento, alimentação, educação, instrução, apoio à prole (seres humanos em formação física, psicológica, mental e espiritual) constando no respectivo registro civil como pai e mãe, respectivamente.

Mediante essa linha de raciocínio, verifica-se que o modelo puramente genético para identificação da paternidade é insuficiente tendo em vista que estes têm componentes outros que não só uma seqüência de bases químicas (genoma humano codificado).

Lúcia Maria Teixeira Ferreira, em sua excelente palestra proferida no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2001 chamou a atenção para um fenômeno de Sacramentalização ou Divinização da perícia médica, tema também abordado pelo autor Rolf Madaleno em artigo publicado na Revista dos Tribunais vol. 766 - ag. 1999 - pág. 69/87.

Trata-se da chamada "sedução biologista" em que se defende a desconstituição da paternidade, a todo o tempo, por todo o interessado, com o

simples fundamento de não haver coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica. Valoriza-se sobremaneira o exame de DNA e muitas vezes desconstitui-se situações fáticas consolidadas pelo tempo e pelo afeto.

Explicita o eminente desembargador Gischkow Pereira, em decisão prolatada numa apelação cível que o verdadeiro império do exame pericial como prova absoluta e, "*alçado à fórmula milagrosa de resolução de todos os problemas pertinentes à investigação dos vínculos de filiação*".

Oportuno mencionar o posicionamento de FACHIN segundo o qual:

"As decisões calcadas no critério biológico da paternidade merecem questionamento. De verdade proibida, a 'voz de sangue' resta reputada o elemento definidor da relação paterno-filial; paradoxalmente, resultados injustos, similares àqueles derivados do sistema clássico, serão obtidos, eis que a questão central está no equilíbrio dos critérios de estabelecimento da filiação e não na incontrolada supremacia de um sobre o outro" *in* "Da Paternidade - Relação Biológica e Afetiva", p. 186.

A paternidade envolve a construção de um amor filial, a criação de ambiente propício para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação, a educação da prole de forma sadia e em condições de liberdade e dignidade.

3.4. A prevalência da filiação socioafetiva

A filiação socioafetiva baseia-se na idéia de qualidade de filho, onde os elementos formadores da relação paterno filial são construídos através dos laços de amor visando a felicidade dentro da família.

A filiação socioafetiva encontra sólido apoio nas normas constitucionais sobre direito de família, passa a ter a assento infraconstitucional no art. 1.593 do Código Civil, que menciona a possibilidade de embasar-se o parentesco na consangüinidade ou em "outra origem", locução que engloba a origem afetiva (FACHIN, 2003, p. 17).

Esse é o entendimento majoritário da Doutrina, que inclusive foi afirmado através do Enunciado número 103 e 108, da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça.

Afirma-se ainda que o elemento socioafetivo está tutelado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), em seus arts. 28 a 52, ao tratar das

famílias substitutas e que pode derivar do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que preconiza a busca da finalidade social.

Decerto não constitui exagero algum se dizer que, no direito civil brasileiro contemporâneo, vige mesmo a prevalência da socioafetividade, como regra geral do sistema.

Por esse motivo, esclarece com muita propriedade, o autor JÉDISON DALTROZO MAIDANA:

"(...) pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu seio o novo ser, providenciando-lhe a criação, o bem estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção de sua individualidade e de seu caráter. Aquele que se dispõe a assumir espontaneamente a paternidade de uma criança, levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento".

Portanto, a paternidade socioafetiva se fundamenta na distinção entre pai e genitor e no direito ao reconhecimento da filiação, já que entende por pai aquele que desempenha o papel protetor, educador e emocional.

Encontra-se na Constituição brasileira vários fundamentos do estado de filiação geral, que não se resume à filiação biológica: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); não é relevante a origem ou existência de outro pai (genitor); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e o do adolescente (art. 227, caput).

Reconhece-se, pois, que o parentesco psicológico "prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal" (DIAS, 2006, p. 66).

Posta a noção de que não se confunde pai e genitor, e de que prevalece o vínculo de filiação construído através da convivência e do afeto sobre aquele meramente biológico, é fundamental diferenciar o direito ao pai (para tomar de empréstimo a expressão cunhada por HIRONAKA, 2000, p. 71) e o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com ele inconfundível.

Toda pessoa humana tem direito ao estado de filiação, como prerrogativa contida no âmbito da disciplina jurídica das relações familiares, e essa constituição do estado de filiação pode se dar inclusive através do conhecimento da origem genética, se os laços de paternidade não se constituíram por via da afetividade (LÔBO, 2003, p. 153).

Diferentemente ocorre, quando há uma relação de paternidade socioafetiva pré-constituída. Nestes casos, existe sim o direito à investigação da origem genética, mas ela tem seu fundamento deslocado do direito de família para a seara dos direitos de personalidade; vindica-se a origem genética, não a paternidade (LÔBO, 2003, p. 153).

O Código Civil de 2002 consagrou em sede infraconstitucional as linhas fundamentais da Constituição em prol da paternidade de qualquer origem e não apenas da biológica. Encerrou-se definitivamente o paradigma do Código Civil anterior (1916), que estabelecia a relação entre filiação legítima e filiação biológica; todos os filhos legítimos eram biológicos, ainda que nem todos os filhos biológicos fossem legítimos. Com o desaparecimento da legitimidade e a expansão do conceito de estado de filiação para abrigar os filhos de qualquer origem, em igualdade de direitos (adoção, inseminação artificial heteróloga, posse de estado de filiação), o novo paradigma é incompatível com o predomínio da realidade biológica. Insista-se, o paradigma atual distingue paternidade e genética.

Destacam-se, no Código Civil de 2002, as seguintes referências da clara opção pelo paradigma da paternidade socioafetiva:

a) *art. 1.593*, para o qual o parentesco é natural ou civil, “conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. A principal relação de parentesco é a que se configura na paternidade (ou maternidade) e na filiação. A norma, ao contrário do persistente equívoco da jurisprudência, inclusive do STJ, é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica; a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade;

b) *art. 1.596*, que reproduz a regra constitucional de igualdade dos filhos, havidos ou não da relação de casamento (estes, os antigos legítimos), ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações. O § 6º do art. 227 da Constituição revolucionou o conceito de filiação e inaugurou o paradigma aberto e inclusivo;

c) *art. 1597, V*, que admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, ou seja, com utilização de sêmen de outro homem, desde que tenha

havido prévia autorização do marido da mãe. A origem do filho, em relação aos pais, é parcialmente biológica, pois o pai é exclusivamente socioafetivo, jamais podendo ser contraditada por investigação de paternidade ulterior;

d) *art. 1.605*, consagrador da posse do estado de filiação, quando houver começo de prova proveniente dos pais, ou, “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”. As possibilidades abertas com esta segunda hipótese são amplas. As presunções “veementes” são verificadas em cada caso, dispensando-se outras provas da situação de fato. O Código brasileiro não indica, sequer exemplificadamente, as espécies de presunção, ou a duração, o que nos parece à orientação melhor. Por seu turno, o Código Civil francês, art. 311-2, na atual redação, apresenta as seguintes espécies não taxativas de presunção de estado de filiação, não sendo necessária à reunião delas: a) quando o indivíduo porta o nome de seus pais; b) quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais; c) quando os pais provêem sua educação e seu sustento; d) quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família; e) quando a autoridade pública o considere como tal. Na experiência brasileira, incluem-se entre a posse de estado de filiação o filho de criação e a adoção de fato, também chamada “adoção à brasileira”, que é feita sem observância do processo judicial, mediante declaração falsa ao registro público;

e) *art. 1.614*, continente de duas normas, ambas demonstrando que o reconhecimento do estado de filiação não é imposição da natureza ou de exame de laboratório, pois admitem a liberdade de rejeitá-lo. A primeira norma faz depender a eficácia do reconhecimento ao consentimento do filho maior; se não consentir, a paternidade, ainda que biológica, não será admitida; a segunda norma faculta ao filho menor impugnar o reconhecimento da paternidade até quatro anos após adquirir a maioridade. Se o filho não quer o pai biológico, que não promoveu o registro após seu nascimento pode rejeitá-lo no exercício de sua liberdade e autonomia. Assim sendo, permanecerá o registro do nascimento constando apenas o nome da mãe. Claro está que o artigo não se aplica contra o pai registral, se o filho foi concebido na constância do casamento ou da união estável, pois a declaração ao registro público do nascimento não se enquadra no conceito estrito de reconhecimento da paternidade.

Diante desses marcos conceituais e legais, no direito brasileiro não há espaço para afirmação da primazia ou, o que é pior, da exclusividade da origem genética

para determinar a paternidade, que é mais que um dado da natureza, pois é um complexo de direitos e deveres que se atribui a uma pessoa em razão do estado de filiação seja ele consangüíneo ou não.

3.5. A impossibilidade de sua desconstituição posterior

Existem diversas formas de se constituir uma relação de filiação socioafetiva, independente de consangüinidade. Algumas são atuantes *ope legis*, como ocorre com a adoção e a inseminação artificial, e por isso gozam de uma presunção legal de existência de convivência e afetividade. Outras se constroem sem atender a específicas formalidades normadas, e por isso dependem de prova da relação socioafetiva, plasmada no serviço e no afeto (notadamente, a posse de estado e a adoção à brasileira).

No que toca as primeiras, como se desenvolvem sob abrigo de critérios formais delineados, já é assentado na doutrina que não podem ser reversíveis (LÔBO, 2003b, p. 137). Consumado o processo de adoção, ou dado o consentimento para a inseminação, tem-se uma consolidação inequívoca do liame de filiação, que não pode vir a ser desfeito.

Não se verifica, contudo, semelhante pacificidade doutrinária quanto à filiação socioafetiva, o que se agrava ante a percepção de que a mesma não se desenvolve através de previsíveis esquemas formais, mas em meio à incerteza típica das relações de fato.

Em uma breve análise do mecanismo da juridicização da filiação socioafetiva, verifica-se que a afetividade, de *per si*, foi por longo tempo considerada pelo direito de família como um mero aspecto meta-jurídico. Nunca se negou sua existência, nem a relevância de seu papel para a família. Negava-se, isto sim, a possibilidade de que viesse a produzir efeitos no mundo jurídico, estruturando-se a disciplina legal das relações de família sem levá-la em consideração.

A constitucionalização do direito civil, da qual é corolário a repersonalização das relações de família, veio cambiar esta situação, tornando a afetividade um princípio fundamental da filiação, fulcrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (LÔBO, 2000, p. 1).

Na expressão de Fachin, passou a ser reconhecido pela jurisprudência o "valor jurídico do afeto", como elemento primordial para o estabelecimento da filiação (2003, p. 28).

O afeto torna-se, então, elemento componente do suporte fático da filiação socioafetiva. Isto significa dizer que temos filiação socioafetiva quando o estado fático trazido à apreciação conjuga afeto, convivência, tratamento recíproco paterno-filial e razoável duração.

Esta relação de fato passa a ser reconhecida juridicamente, restando um vínculo que produz todos os efeitos de qualquer outro vínculo de filiação, tendo em conta a previsão do art. 227, §6º, da Constituição Federal.

Consolidada a filiação socioafetiva que solução se dará se a convivência ou o afeto vem depois a cessar, interrompendo a confluência dos elementos fáticos da filiação? Estudando o reconhecimento de paternidade, já afirmava que o estado de filho, uma vez adquirido, não se perde.

3.5.1. O vício do erro e o reconhecimento da paternidade

Em sede dos registros de paternidade, pode ocorrer que o declarante do vínculo de filiação o faça conhecendo a inexistência de descendência, isto é sabendo que não é o pai. Muito facilmente podem ser verificadas situações como essas, basta pensar, por exemplo, no grande número de crianças que são desprezadas por seus pais biológicos, mas são reconhecidas por um terceiro, que, muitas vezes, faz parte da família, como um primo da mãe, ou na hipótese de um namorado ou marido assumir efetivamente a paternidade da criança, filho de sua companheira.

Nesses casos, tem-se a chamada "adoção à brasileira", criando-se a paternidade através de simples manifestação de vontade diante do registro público. Considere-se a inexistência, nessa hipótese, do vício do consentimento do erro, eis que claramente toda a situação de inexistência do vínculo filial é conhecida por aquele que manifesta a vontade, sendo incabível a argumentação de qualquer defeito em sua exteriorização.

Ocorre que o pai registral, por algum motivo, na grande parte dos casos por um rompimento no relacionamento antes estabelecido com a mãe da criança, busca,

com base no art. 1.604 do Código Civil, a invalidação do registro civil realizado, objetivando a desconsideração jurídica da filiação previamente estabelecida.

Deve-se ressaltar que a paternidade gera uma série de efeitos e deveres, sobretudo patrimoniais, de forma que, busca o pai registral, nos casos de separação da genitora da criança/adolescente, a desconstituição do registro de nascimento, como forma mais eficaz de esquivar-se das obrigações assumidas.

No entanto, o entendimento que vem prevalecendo em casos como esses é o de ser impossível à desconstituição da paternidade, tendo em vista, principalmente, o fato de que o conhecimento da realidade, ou seja, a falta de descendência, impediria a retirada de eficácia do ato realizado.

Exemplificativamente, tem-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que afirma:

EMENTA: APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Descabido anular o registro e paternidade, ainda que o apelante não seja o pai biológico da apelada. Quando o registro foi feito o apelante sabia não ser o pai biológico. E ademais sempre criou a apelada como filha, o que consubstancia a paternidade socioafetiva. NEGARAM PROVIMENTO. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 700016096596. Rel. Rui Portanova. Porto Alegre, 26 de outubro de 2006.

No mesmo sentido, outra decisão do mesmo Tribunal:

EMENTA: (...) Inadmissibilidade do uso da ação negatória de paternidade pelo pai registral visando a desconstituir o vínculo parental que livremente assumiu. Comprovado estado de filho, não se justifica a anulação de seu registro de nascimento. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível, após já contar o menor com 15 anos de idade. RECURSO DESPROVIDO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70014180319. Rel. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 16 de agosto de 2007.

Observa-se que nas decisões, costuma-se alegar a existência de paternidade socioafetiva como meio para a improcedência do pedido, sendo forma, inclusive de reconhecer a igualdade que há nas paternidades biológica e afetiva, em nossa atual conjuntura constitucional.

A paternidade afetiva consubstancia-se no reconhecimento da posse de estado de filho, cujos elementos são o *nomen* ou *nominatio*, *tractatus* e fama ou *reputatio*.

É possível a desconstituição de paternidade, desde que o ato do reconhecimento seja realizado mediante erro, pensando-se que aquele que está sendo perfilhado é realmente descendente biológico de quem está realizando o ato jurídico.

3.5.2. O erro e o reconhecimento da paternidade

Além da paternidade decorrente da incidência da presunção *pater is est* tem-se, ainda, a possibilidade de que o estado de filiação origine-se do reconhecimento voluntário.

Em muitos casos esse ato registral é realizado de boa-fé, ou seja, acreditando-se na existência do vínculo genético entre aquele que declara a paternidade e o perfilhado.

Nessa situação, considerando-se a descoberta posterior de que a paternidade fora formalizada com base em uma situação irreal, não conhecida por quem fizera o registro, torna-se, em tese, juridicamente possível à propositura de ação de desconstituição, ainda que tenha decorrido lapso temporal considerável de convivência entre o pai registral e o filho.

Tal fato impõe uma certa consideração, tanto nos casos de filiação pela presunção como também nos casos de reconhecimento voluntário, porquanto deva ser explicitado se o vínculo criado entre os interessados deve ou não ser levado em conta para fins de solução do caso. Percebe-se, nessas hipóteses, que o direito do pai à desconstituição deriva do fato de o reconhecimento da paternidade ter decorrido de verdadeiro engano, constatando-se que, uma vez conhecida à realidade, não teria o pai procedido ao referido ato jurídico. No entanto, infelizmente, nenhuma atenção costuma ser dada pelos operadores do direito, neste mesmo caso, à situação do filho, como se este fosse obrigado a sofrer todas as conseqüências do engano alheio. Assim é que verificado o erro, busca-se a anulação do reconhecimento, fato que diante das circunstâncias pode acarretar uma série de transtornos para o filho, que sofre a desconstituição do vínculo que o unia formalmente a seu pai.

A solução desses problemas sempre foi vista através da ótica que protege os interesses do pai, bem ao gosto do Código Civil de 1916, analisando-se

unilateralmente a matéria, já que os interesses do filho é que deveriam prevalecer sempre, ainda que em detrimento dos outros membros familiares.

Acontece que o direito de família, principalmente no que toca ao assunto da filiação, fora renovado através das bases constitucionais, de forma que nenhum litígio judicial que diga respeito ao assunto da paternidade pode, atualmente, afastar os interesses do filho como se estes fossem de menos importância. Pelo contrário, a *mens constitutionis* conduziu-se inexoravelmente no sentido de proteger a prole, sendo impostergável a consideração de seus direitos em qualquer conflito estabelecido com os pais.

As novas injunções que se fixam na base do direito de filiação, consubstanciadas, principalmente, na dignidade da pessoa humana, na proteção integral de crianças e adolescentes e também na igualdade de direitos entre os filhos, devem ser sempre consideradas como elementos que atravessam a ordem jurídica organizadora do núcleo familiar e se impregnam em todas as suas disposições, impedindo, dessa forma, qualquer aplicação normativa que se afaste da nova realidade. É a concretização do direito civil constitucional, único meio hábil para vincular as leis ordinárias às alterações ocorridas no ordenamento jurídico, lembrando-se, sobretudo, que as regras e os princípios constitucionais também são considerados como normas, cuja aplicabilidade imediata torna-se indispensável para a efetivação de um novo direito.

A importância conferida ao erro no reconhecimento da paternidade, sem que haja posse de estado de filho, como causa de anulação pode ser verificada na seguinte decisão:

EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PROVA PERICIAL FRUSTRADA. LIAME SOCIOAFETIVO. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Em que pese o possível distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando evidenciada a existência do liame socioafetivo. 4. Inexistência de prova do vício induz à improcedência da ação. Recurso desprovido. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 700158777. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 27 de setembro de 2006.

Dessa forma, pode ser percebido que é a postura de quem realiza o registro que vem sendo considerada pelos julgadores no momento da decisão dos casos de

desconstituição de paternidade. Se quem realizou o registro sabia que a paternidade biológica não existia ou pelo menos tinha dúvidas a esse respeito, não obterá êxito em seu pleito de desconstituição. No entanto, se o reconhecimento foi fruto de erro, não deixando de levar em consideração o liame afetivo e a posse de estado de filho, desconsidera-se toda a situação estabelecida, privilegiando-se os interesses daquele que registrou em detrimento do filho que fora reconhecido.

O direito conferido ao pai para o fim de desconstituir a filiação, fixada voluntariamente ou por meio do matrimônio, não pode ser considerado tão forte de modo a afastar a importância que deve ser prestada ao interesses do filho, eis que este será terrivelmente prejudicado pelo afastamento de seu estado jurídico, em uma evidente afronta à proteção constitucional que lhes foi conferida.

A aceitação inexorável da postura que confere ao pai a possibilidade de tornar ineficaz o reconhecimento confere ao registro civil a qualidade de documento certificador e declaratório da herança genética, bastando, para tanto, à vontade no sentido de afastar uma filiação anteriormente conferida sem se atentar, em momento algum, para os graves efeitos trazidos por tais atos.

Pense-se, porém, na situação enfrentada pelo filho em situações como essas. Na grande parte dos casos a paternidade lhe é retirada da mesma forma como foi concedida, ou seja, sem a sua manifestação de vontade, como se fosse um simples presente cuja retirada em nada alterará a sua vida.

Tenha a filiação se constituído através do registro ou derivado da presunção jurídica advinda do casamento, o certo é que, objetivamente, a situação do filho é a mesma, cresce e se desenvolve no seio de determinada família, que, para ele, é e sempre será a sua família, a não ser que o pai, de forma repentina, resolva, a seu talante, mudar tal situação.

A história do indivíduo, com todas as suas lembranças e recordações, e também a sua vida social e profissional, foram construídas em função da identidade que lhe foi conferida, não sendo justo ou razoável que todos esses elementos, que já se agregaram à própria vida, sejam descartados em função da vontade unilateral paterna. O estabelecimento do parentesco gerou para o perfilhado uma base sobre a qual foram construídas as suas relações, o seu convívio em sociedade e com os familiares, de modo que a sua proteção deve necessariamente ser privilegiada. Afinal, se o afeto venceu a falta de consangüinidade, não cabe à justiça desconstituir a paternidade socioafetiva que surgiu entre pai e filho.

3.6. Entendimento dos Tribunais

A jurisprudência aos poucos foi inserindo em seu contexto o fenômeno da posse de estado de filho. De forma tímida em um primeiro momento, utilizava-a como prova subsidiária para o estabelecimento da filiação, introduzindo aos poucos no mundo jurídico a posse de estado de filho como prova autônoma e determinante para a determinação dos vínculos familiares.

Na atualidade, a expressão do estado de filiação é totalmente respaldada pelos julgadores pátrios, sua expressão é a que recebe maior valoração nos casos em que a determinação das relações paterno-filiais se mostra obscura.

Para uma melhor verificação da aplicação da teoria da paternidade socioafetiva nas decisões atuais, serão analisados alguns julgados dotados de características peculiares ao tema, buscando-se destacar a evidenciação dos elementos expostos no decorrer da averiguação científica.

Quando do ajuizamento de uma ação que contemple a ocorrência da paternidade socioafetiva, deve-se buscar o reconhecimento do vínculo afetivo existente entre o pai e o filho, na qual deve haver a comprovação (por quaisquer meio de prova admitidos pelo Direito) dos elementos constitutivos da posse de estado de filho. Senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE O VÍNCULO BIOLÓGICO. DEMONSTRADA A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, PELO PRÓPRIO DEPOIMENTO DA INVESTIGANTE, POSSÍVEL O JULGAMENTO DO FEITO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA, SENDO DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA OU INQUIRIÇÃO DE OUTRAS TESTEMUNHAS, QUE NÃO PODERÃO CONDUZIR À OUTRA CONCLUSÃO SENÃO DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS E RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70015562689, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 28/02/2007.

Como se pode observar no referido acórdão, o próprio depoimento da parte apelante serviu de elemento convincente para que seu pedido fosse julgado procedente, tendo os julgadores se utilizado inclusive das declarações do próprio investigado para fundamentarem seus votos.

Em outra análise das decisões proferidas pelo 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, extraiu-se a certeza de que em

momento algum é promovida a banalização do instituto da paternidade socioafetiva. Uma vez não identificados os elementos caracterizadores do estado de filiação, os julgadores não demonstram dúvidas em expressar a realidade dos fatos em seus votos. Vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA E ANULAÇÃO DE PARTILHA. AUSÊNCIA DE PROVA DO DIREITO ALEGADO. INTERESSE MERAMENTE PATRIMONIAL. Embora admitida pela jurisprudência em determinados casos, o acolhimento da tese da filiação socioafetiva, justamente por não estar regida pela lei, não prescinde da comprovação de requisitos próprios como a posse do estado de filho, representada pela tríade nome, trato e fama, o que não se verifica no presente caso, onde o que se percebe é um nítido propósito de obter vantagem patrimonial indevida, já rechaçada perante a Justiça do Trabalho. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70016362469, Sétima Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/09/2006.

EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA NÃO CONFIGURADA. A paternidade não é apenas um mero fato, um dado biológico, e sim, uma relação construída na vida pelos vínculos que se formam entre o filho e seu genitor. Caso em que as evidências levam à conclusão de que o reconhecimento da paternidade foi decorrente de erro, e não de decisão consciente do autor, o que o levou a afastar-se da criança, tão logo soube que não era seu filho, entre ambos não se formando a relação socioafetiva que deve ser preservada. Negaram provimento, por maioria, vencido o Relator. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70000849349, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 20/08/2003.

Para um melhor conhecimento da realidade fática referente ao convívio das partes integrantes de uma apelação, não ousaram os Desembargadores da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em abrir mão de uma avaliação social, conforme podemos acompanhar nesta ementa.

EMENTA: APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DO REGISTRO. ADEQUAÇÃO. Dois exames de DNA deixaram certo que não existe filiação biológica. O laudo de avaliação social concluiu que inexistente filiação socioafetiva. Ficou demonstrada a existência de erro substancial por ocasião do registro. Tudo isso leva à conclusão de que, no caso, a desconstituição da paternidade é mesmo de rigor. NEGARAM PROVIMENTO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70016771370, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 23/11/2006.

Aspecto destacado quando da apreciação dos elementos constitutivos da paternidade socioafetiva, se faz necessária à incidência de um lapso temporal

razoável para que possa se solidificar a relação de afeto. Respalda-se a alternativa através de duas decisões em grau de apelação.

EMENTA: 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.58 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70007706799, Oitava Câmara Cível, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 18/03/2004

O afeto sobressai ao vínculo genético, veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Embora filho biológico do investigado, o investigante foi criado pelo pai registral por mais de 30 anos, criando verdadeira paternidade socioafetiva, que prevalece sobre o vínculo genético. NEGARAM PROVIMENTO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70017016908, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/11/2006.

Ao contrário da grande maioria das demandas que pretendem reconhecer a existência do vínculo socioafetivo, em que a relação afetiva alegada envolve o pai e uma criança, nos casos em tela são postulados liames afetivos por idosos em relação aos pais já falecidos.

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GENÉTICA. PROVA DO VÍNCULO AFETIVO. Falecido o investigado, a ação dever ser movida contra todos os seus herdeiros. Inexistência de falta de comprovação da maternidade da investigante e irregularidade das informações constantes nas certidões de seu nascimento e casamento. Inviabilidade de realização de prova pericial, por meio de exame de DNA, uma vez que o material genético dos sucessores mais próximos do investigado não serve ao fim pretendido. Caso em que assume especial importância a prova documental e testemunhal produzida. Posto que a paternidade biológica não seja certa, a prova carreada assegura a confirmação da declaração da paternidade, porquanto revela ter a investigante assumido o estado de filha do de cujus. Consagração da paternidade socioafetiva, prestigiando a situação que preserva o elo da afetividade. NEGADO PROVIMENTO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70016585754, Sétima Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 29/11/2006.

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA

PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço a biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho", que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004.

Como se vê, na decisão acima, se pode comprovar a evolução operada pelos nossos tribunais no que diz respeito ao instituto da filiação, ao admitir expressamente a "posse de estado de filho" como elemento constitutivo da filiação. Evidentemente, que em nenhum momento é afastada totalmente a filiação jurídica e biológica, e sim, em casos e situações especiais, hierarquizada a relação socioafetiva, por ser a mais relevante na formação e socialização do ser humano. Encerrando este capítulo, cujo propósito foi a análise da incidência da paternidade socioafetiva na jurisprudência nacional, destaca-se o importante papel desempenhado pelos operadores do direito na valorização da teoria da paternidade socioafetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os elementos fundamentais recebidos pelos filhos enquanto membros de uma família são a fonte de formação e desenvolvimento de suas personalidades. Assim, uma criança fora do seu meio familiar não terá condições psicológicas de se desenvolver plenamente.

Verifica-se que o conceito de família sofreu inúmeras mudanças, diante de uma sociedade desvinculada de apelos sociais. A entidade familiar tanto pode ser constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, sobretudo construída pelo afeto.

Modernamente e o mais aceitável na sociedade atual, é que a família deve valorizar o sentimento, uma vez que traduz a noção de afeto, elemento propulsor da atual relação de convivência, com a demonstração do desejo de estar junto a outrem, constituindo, pois, o alicerce de uma entidade familiar.

Na presente pesquisa averiguou-se que a perspectiva hierarquizada da família sofreu ao longo do tempo uma profunda metamorfose. Além de ter havido uma sintomática redução de seus componentes, alternou ainda algumas atribuições. A emancipação feminina e o ingresso no mercado de trabalho levaram a mulher para fora do lar. A inversão de prerrogativas fez com que o homem deixasse de ser o provedor exclusivo da família, no entanto, passou a ser partícipe nas atividades domésticas.

Dessa forma, a família patriarcal de concepção romana foi cedendo espaço a outros tipos de organizações familiares. A família moderna mudou. Hoje seu principal papel é de suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, sem dúvida, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos.

O referido tema é relevante pois as relações de família devem ser decididas com base, principalmente, no valor constitucional da dignidade da pessoa humana, da proteção integral de crianças e adolescentes e também no princípio da igualdade. Não se deve considerar tão somente a repercussão da paternidade sobre a pessoa do pai, seja essa figura decorrente da presunção *pater is est* ou da própria manifestação de vontade em registrar alguém como seu filho.

De todo o trabalho ficou claro que a paternidade não é um dado puramente biológico, ela é vista atualmente como exercício de uma função, na qual se inclui o tratamento, a convivência familiar e tem o escopo de propiciar ao filho um

desenvolvimento sadio. Neste aspecto, a identidade de um para com o outro é mais relevante do que a descendência genética.

Num exercício de cognição é plausível concluir que o conflito levado a juízo acerca da paternidade alusivo a relação originária de reconhecimento voluntário, exercitado por côncio de geração biológica alheia, deve ser solucionado levando-se em conta que a criança não é um instrumento do qual dispõe o pai para consecução dos seus objetivos e que essa conduta não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

A paternidade socioafetiva é irretroatável, sobretudo quando a relação já se consolidou, tendo a criança, em relação ao pai, a posse de estado de filho; demonstrando trazer o patronímico do pai, ter no seio da família o tratamento dispensado a um filho e o reconhecimento pela família e da sociedade na qual esta se insere, da existência do vínculo de filiação. Aliás, essa paternidade é a verdade da filiação, sem a qual não há que se falar em pleno desenvolvimento dos filhos, é o elemento mais importante da relação paterno-filial, e a permissão dessa ruptura importa em grave afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Todavia, depreende-se que a filiação socioafetiva possui lastro legal que se encontra na Constituição Federal de 1988, quando preceitua que todos os filhos são iguais independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); quando elege adoção como escolha afetiva, colocando-a no plano de igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); quando legitima como família a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como os filhos adotivos (art. 226 § 4º); quando garante o direito à convivência familiar, e não a origem genética, quando constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*), bem como quando impõe aos membros da família o dever de solidariedade, uns com os outros, dos pais com os filhos. Essa base legal não fica restrita ao texto Constitucional. Está também presente no atual Código Civil, no artigo 1.596 que reproduziu o disposto na Constituição, indicando que não deve haver nenhuma designação discriminatória em relação às espécies de filiação. De sorte que se não é possível revogar a filiação biológica e a adotiva, não é também permitida a revogação da socioafetiva amparada pelo art. 1.593, do Código Civil.

Então, falar-se em ação negatória de paternidade ou anulatória de registro civil, pressupõe a existência de um vício de consentimento que macula o ato da

perfilhação. Assim, impossível visualizar tal circunstância quando alguém reconhece como seu, voluntariamente, o filho de outrem. As ações para desconstituição da paternidade socioafetiva não devem ser exitosas, principalmente quando a paternidade foi estabelecida por ato volitivo, não maculado por vício. Entretanto, há situações em que o homem é induzido ao erro pela mulher, porém na hipótese de existir convivência familiar criando laços afetivos entre o pai e o filho reconhecido não se deve anular o registro desconstituindo a paternidade, sob essa alegação, pois o vínculo que se criou entre o pai e o filho reconhecido é indissolúvel, tendo no registro de nascimento apenas a exteriorização dessa união de laços afetivos, este, por sua vez, é base de toda a família e deve sempre prevalecer o princípio do melhor interesse da criança. (art. 27 ECA). Não é pela separação da mulher que o homem deve desconstituir a paternidade do filho reconhecido, sob a alegação de que ensejará o pagamento de pensão alimentícia, direito sucessório e outros.

Os conteúdos apresentados não esgotam inteiramente o assunto relativo à impossibilidade da desconstituição posterior da paternidade socioafetiva, mas certamente contribuirão para ampliar o debate acerca da problemática, formando uma síntese dessa questão, extremamente atual em nosso cotidiano.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis, Código Civil comentado, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916, pág. 332.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10/01/2002. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (org.). Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil e Código de Processo Civil. 2ª. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2002.

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

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Repensando o Direito de família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DIAS, MARIA Berenice. Manual de direito das famílias. 4.ed.,ver., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Direito de família. 22 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

_____. Código Civil Anotado. 13 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol. XVIII, 2003.

_____. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Del Rey, 1996.

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

_____. Direito além do Novo Código Civil. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 17, p. 07-35, abr./mai. 2003.

FRAUZINO, Marivaldo Cavalcante. Adoção de fato e a família sócio-afetiva. [S.l], 2006. Disponível em:<<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2532>. Acesso em: 07 Ago. 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família brasileiro. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2007.

GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família. Vol. 2. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 19, p. 134-156, ago./set. 2003b.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar., 2002.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, Jun/jul., 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. Campinas: Bookseller, 2000. t. 2. p. 512.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família. Uma Abordagem Psicanalítica. Belo horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

_____. Instruções de direito Civil. Direito de família. Vol. 5. 16 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco, 3ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.8, n.39, Dez./Jan., 2007.

SANTOS. J.M. de Carvalho. Código Civil brasileiro interpretado. 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. V, 1988.

VENOSA. Sílvio de Salvo. Direito civil. Direito de família. 5 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

VILLELA. João Baptista. O modelo constitucional da filiação. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Família hoje. A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WALD. Arnaldo. O novo direito de família. 16 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

WELTER. Belmiro Pedro. Os nomes do ser humano: uma formação contínua da vida. [S.l]: [s.n], s.d. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/nome_de_familia.doc>. Acesso em: 08 Ago. 2008.