

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

CARMELA SALSAMENDI DE CARVALHO

**A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COMO *UMA* POSSIBILIDADE JURÍDICA DE
MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ESTADO DE FILHO.**

**CURITIBA
2010**

CARMELA SALSAMENDI DE CARVALHO

**A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COMO *UMA* POSSIBILIDADE JURÍDICA DE
MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ESTADO DE FILHO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Carla Harmatiuk Matos.

**CURITIBA
2010**

C331f Carvalho, Carmela Salsamendi de.

A filiação socioafetiva como *uma* possibilidade jurídica de materialização do direito fundamental ao estado de filho / Carmela Salsamendi de Carvalho. – Curitiba: UniBrasil, 2010.

viii, 171p., 30cm

Orientador: Ana Carla Harmatiuk Matos

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2010. Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Filiação. 3. Paternidade responsável. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

CARMELA SALSAMENDI DE CARVALHO

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COMO *UMA* POSSIBILIDADE JURÍDICA DE MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ESTADO DE FILHO.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

Prof^a. Dr^a. Ana Carla Harmatiuk Matos.
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do
Brasil – UniBrasil.

Membros:

Prof^a. Dr^a. Joyceane Bezerra de Menezes (UNIFOR)

Prof^a. Dr^a. Silvana Maria Carbonera (SEPT-UFPR)

Curitiba, 20 de dezembro de 2010.

Dedico a meus pais, Jovita e Luiz Antonio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, por tudo;

à Professora e Orientadora, Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos, pela atenção sempre despendida e pelos seus ensinamentos nessa empreitada, bem como, pelas oportunidades acadêmicas e profissionais correlatas, como a "monitoria", os eventos interdisciplinares organizados conjuntamente e os convites para participação em bancas de monografia da graduação de Direito;

aos Professores do Programa do Mestrado da UNIBRASIL, Dr. Marcos Augusto Maliska, Dr. Marco Aurélio Marrafon, Dr. Luiz Vergílio Dalla-Rosa, Dr. Paulo Ricardo Schier, Dr. Octavio Campos Fischer, Dr^a. Rosalice Fidalgo Pinheiro e Dr. Célio Horst Waldraff, que provocaram discussões durante as aulas e me forneceram bases para a construção da dissertação;

às Professas Msc. Andréa Roloff Lopes, pela atenção e assistência metodológica.

às Professas Dr^a. Jussara Maria Leal de Meirelles (PUCPR) e Dr^a. Silvana Maria Carbonera, que participaram de minha banca de qualificação, fornecendo sugestões ao trabalho e provocando reflexões;

à Simone Lourenço, secretária no início da realização deste Programa de Mestrado até meado deste ano, e à Denise Garcia e à Leticya Lambertucci, que integraram posteriormente a secretaria, pelos diversos auxílios e esclarecimentos;

aos colegas da turma do Mestrado, Idovilde de Fátima Fernandes Vaz, Bernardo Glinoyer Katz, Helem Patrícia de Fáveri Turco, Vanessa Capra Kloeckner Feracin, Barbara Andrzejewski Massuchin, Helton Kramer Lustoza, Stefania Dip Cripa, Denise Cristina Brzezinski, Derlayne Detroz, Lukala Nóbrega, Cristhian Denardi Britto, Luis Gustavo Motta Severo da Silva, Carolina de Oliveira Lopes, David Machado, que conviveram comigo nessa etapa, trocando ideias e apoios mútuos, tornando alguns verdadeiros amigos para a vida;

aos funcionários da biblioteca da UNIBRASIL, pela contribuição na busca e na retirada dos materiais bibliográficos;

e a todas as pessoas que contribuíram de alguma forma ao desenvolvimento deste trabalho.

A Verdade

A porta da verdade estava aberta,
Mas só deixava passar
Meia pessoa de cada vez.
Assim não era possível atingir toda a verdade,
Porque a meia pessoa que entrava
Só trazia o perfil de meia verdade,
E a sua segunda metade
Voltava igualmente com meios perfis
E os meios perfis não coincidiam verdade...
Arrebentaram a porta.
Derrubaram a porta,
Chegaram ao lugar luminoso
Onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
Diferentes uma da outra.
Chegou-se a discutir qual
a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela
E carecia optar.
Cada um optou conforme
Seu capricho,
sua ilusão,
sua miopia.

(Carlos Drummond de Andrade)

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
1 A FILIAÇÃO NO SISTEMA CLÁSSICO	5
1.1 O TRATAMENTO JURÍDICO DA FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	5
1.2 O PERCURSO DO SISTEMA JURÍDICO	18
1.2.1 As Constituições brasileiras	18
1.2.2 As leis ordinárias	21
2 TRANSFORMAÇÕES NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	28
2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A FILIAÇÃO.....	28
2.2 A DESCODIFICAÇÃO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	40
2.3 A REPERSONALIZAÇÃO E A DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL...	50
2.4 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	55
2.4.1 Estabelecimento da filiação dos filhos havidos dentro do casamento.....	59
2.4.2 Reconhecimentos voluntário e judicial	68
3 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM CONSTRUÇÃO	77
3.1 AS VERTENTES DA FILIAÇÃO: JURÍDICA, A BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA	77
3.2 OS CONTORNOS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	89
3.3 A POSSE DE ESTADO DE FILHO COMO REFERENCIAL	99
3.3.1 Noções preliminares.....	99
3.3.2 Identificação da posse de estado de filho.....	104
3.3.3 A posse de estado de filho no sistema jurídico brasileiro.....	118
4 OS CONFLITOS DE PATERNIDADE (OU MATERNIDADE) E O MELHOR INTERESSE DE CADA FILHO, COMO SUJEITO DE DIREITO <i>EM QUESTÃO</i>	124
4.1 O ESTADO DE FILIAÇÃO CONSTITUÍDO PELO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO E A SUA POSSIBILIDADE OU NÃO DESCONSTITUIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ).....	126
CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS	148
ANEXOS	161
ANEXO 1 - Recurso Especial nº. 1000356-SP	

ANEXO 2 - Recurso Especial nº. 119346-GO
ANEXO 3 - Recurso Especial nº. 1088157-PB
ANEXO 4 - Recurso Especial nº. 878941-DF
ANEXO 5 - Recurso Especial nº. 509138-SP
ANEXO 6 - Recurso Especial nº. 709608-MS
ANEXO 7 - Recurso Especial nº. 234833-MG
ANEXO 8 - Recurso Especial nº. 833712-RS
ANEXO 9 - Recurso Especial nº. 1078285-MS
ANEXO 10 - Recurso Especial nº. 1022763-RS
ANEXO 11 - Recurso Especial nº. 1067438-RS
ANEXO 12 - Recurso Especial nº. 1003628-DF
ANEXO 13 - Recurso Especial nº. 932692-DF

RESUMO

O presente trabalho estuda a filiação socioafetiva na perspectiva constitucional. Percorre o sistema clássico de filiação e as alterações posteriores até as grandes transformações promovidas pela Constituição Federal de 1988 e adotadas pela legislação que lhe seguiu. São consideradas as tendências contemporâneas de constitucionalização e repersonalização do Direito Civil; e são abordadas as normas de estabelecimento da filiação previstas no Código Civil de 2002, com o devido enfoque constitucional. São apresentadas as três dimensões da filiação, a jurídica, a biológica e a socioafetiva, mostrando que elas não são absolutas, nem se opõem; apenas são estruturas diferentes que integram o mesmo conceito. A filiação socioafetiva pura não tem previsão legal expressa, porém, é deduzida dos princípios constitucionais (princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da afetividade, do melhor interesse do filho, da paternidade responsável), bem como da interpretação constitucional do Código Civil; e apreendida dos fatos sociais. Ela vem a favor da proteção da pessoa humana, a medida que reflete a realidade vivida de uma pessoa, isto é, reconhece o vínculo com aquele(a) que socialmente e afetivamente o trata como filho e contribui para sua formação e identificação pessoal e social. Concernente a sua construção, seus contornos devem ser abertos, como forma de não se criar conceito excludente. Por isso, a posse de estado de filho é vista apenas como um critério para sua identificação e merece ser alçada legalmente à condição de elemento criador da filiação. Na construção legal de filiação socioafetiva, tem-se, além de algumas normas do Código Civil de 2002, um engatinhar com a chamada "Lei Clodovil" que autoriza o(a) enteado(a) a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta, ainda que não se tenha, por hora, uma definição quanto ao vínculo jurídico estabelecido e que a definição mais adequada dependa de análise de cada caso. Por último, dentro do tema de conflitos de paternidades ou maternidades, são consultadas as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que se discute a desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade. Conclui-se que não há uma resposta pronta e única para os conflitos de paternidade e maternidade. Apenas não se pode priorizar o erro no reconhecimento quanto ao vínculo biológico, mas sempre avaliar o melhor interesse do filho, especialmente se for menor, em cada caso específico.

Palavras chaves: estado de filiação, filiação socioafetiva, posse de estado de filho, constituição e direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present work investigates the socio-affective parenthood under constitutional perspective. It ranges from the classical system of parenthood and the later alterations to the great transformations put forward by the Federal Constitution of 1988 and adopted by the subsequent legislation. The contemporary tendencies of becoming constitutional and the repersonalisation of the Civil Law are considered, and the rules regarding the establishment of parenthood in the Civil Code of 2002 are approached under the due constitutional focus. The three dimensions of parenthood are presented: the legal, biological and socio-affective ones, with a view to proving that they are not absolute, nor do they oppose each other, but they are only different structures which are part of the same concept. The purely socio-affective parenthood is not a provision enacted into the law, although it is inferred from the constitutional principles (principles of the dignity of the human being, equality, freedom, affection, the best interests of the child and the responsible parenthood), and also from the constitutional interpretation of the Civil Code, as well as perceived from social facts. It comes for the very protection of the human being, as it reflects the vivid reality of a person, in other words, it recognises the relationship of those who socially and affectively treat them as their own children and contribute to their education and personal and social identification. Regarding its structure, its form must be open as not to create a concept of exclusion. For this reason, the possession of status of a child is only seen as a criterion for its identification and deserves to be legally equivalent to the condition of an essential element for the parenthood. In the legal establishment of the socio-affective parenthood, apart from other regulations prescribed in the Civil Code of 2002, there is a new one named “Clodovil Law”, which authorises the stepson to adopt the step-father or step-mother’s surname, even though they are still uncertain about the legal type of relationship established and that the best definition depends on the analysis of each particular case. To sum up, when it comes to fatherhood or motherhood conflicts, the decisions of the Supreme Court of Justice (STJ) related to the deconstitution of the spontaneous recognition of fatherhood or motherhood are referred to. In view of this, there is not a ready-made or unique answer for fatherhood and motherhood conflicts. The error related to the recognition of the biological relationship cannot be prioritised and the best interest of the child must be evaluated in each specific case, especially when the child is under legal age.

Keywords: *status of parenthood, socio-affective parenthood, possession of status of a child, constitution and fundamental rights.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a filiação socioafetiva e tem como objetivo estudar a sua construção na perspectiva constitucional, considerando que se apresenta como uma nova face da filiação que vem sendo desenvolvida no Brasil, pela doutrina, jurisprudência e legislação, mas, sobretudo, pelas duas primeiras.

A filiação socioafetiva pura não tem previsão legal expressa, contudo, é reconhecida pelo Direito de Família contemporâneo, mais existencial e principiológico, a medida que se trata de um fenômeno social pautado no afeto, salientando a estrutura fática e psicológica da relação entre pais, mães e filhos. Seu reconhecimento jurídico importa em transpor para o Direito uma realidade, um estado de filho vivido por centenas de pessoas.

Diferentemente do que ocorre no contexto contemporâneo, no sistema jurídico clássico, a filiação apresentava-se apenas em um viés jurídico fechado, em que ou se encaixava na moldura da legitimidade delineada pelo Código Civil de 1916 ou não existia juridicamente. A determinação jurídica, através de presunção de paternidade (*pater is est*) e de proibições de reconhecimento de filhos, por vezes, se sobrepunha ao vínculo biológico existente, não retratando, assim, a realidade.

Com o desenvolvimento das técnicas médicas, mais precisamente do exame de DNA, recentemente, e a abertura da Jurisprudência, outra vertente passou a co-existir: a vertente biológica da filiação, relativizando a jurídica. De uma presunção legal ou de uma convicção judicial baseado numa certeza moral passa-se a ter a possibilidade de uma certeza científica nas decisões.

Contudo, o direito de ter pai ou mãe, constitucionalmente garantido em 1988, evoca uma busca pela “verdadeira” paternidade ou maternidade, e os benefícios trazidos pela possibilidade da persecução do elo biológico também não afastam a necessidade de se atentar as suas limitações na definição da paternidade ou maternidade. A ciência, com avanço do exame de DNA, pode trazer a certeza quase absoluta da ascendência genética, mas não indicar com certeza aquele que é efetivamente o pai ou a mãe, aquele que age como tal e tem em seu íntimo ser.

Contemporaneamente, com as tendências de constitucionalização e repersonalização do Direito Civil, propiciadas especialmente pela Constituição Federal de 1988, no Brasil, uma terceira vertente da filiação começa a ganhar espaço: a socioafetiva. A acepção jurídica atual da paternidade e da maternidade igualmente leva em conta um vínculo socioafetivo, construído na convivência familiar por atos de carinho e amor, olhares, cuidados, preocupações, responsabilidades, participações diárias.

A realidade da vida mostra, muitas vezes, que as três faces da paternidade ou maternidade não recaem numa mesma pessoa, fugindo da singeleza do modelo tradicional, em que o pai ou a mãe de sangue registra seu filho e o cria. A paternidade, a maternidade e a filiação tornaram-se conceitos plúrimos, e, diante da não coincidência das diferentes faces, surgem várias questões a serem enfrentadas, repensadas e solucionadas pelo Direito, como saber qual é a "verdadeira" paternidade ou maternidade naquele caso concreto; se pode uma pessoa ter dois pais ou duas mães, a partir, por exemplo, da formação das famílias reconstituídas e de uniões homoafetivas; como resolver os casos em que as diferentes "verdades" não recaem numa única pessoa; quais os interesses que devem orientar as soluções a serem dadas pelo Direito.

Entre as situações fáticas em que não coincidem as vertentes, há os casos comuns em que o novo marido ou companheiro de uma mulher registra o filho biológico dela como seu, sabendo que não é seu descendente natural, e, quando ocorre uma dissolução familiar, pleiteia o desfazimento da paternidade. Situação mais complexa é a do homem que reconhece como seu filho criança com a qual acredita estar ligado biologicamente, e descobre posteriormente que não está, buscando então a anulação do reconhecimento feito.

Emergem as questões de saber se será determinante o desconhecimento acerca da ausência do vínculo biológico para desconstituir a paternidade ou a maternidade de uma pessoa; qual é o interesse protetivo dos filhos; quais vertentes, então, podem prevalecer. Preocupa-se com a sacralização do exame de DNA nos pedidos de desconstituição da paternidade ou maternidade, de modo a acabar empregando-o em desfavor da pessoa do filho, pois se apaga uma filiação já constituída e reconhecida socialmente, e junto com ela uma história familiar, no

amplo sentido do termo “familiar” (avó, avô, tios, primos), com base apenas no interesse do pai ou de terceiro.

O sistema jurídico, contudo, não fornece uma resposta pronta e acabada a diversidade das situações. A partir da complexidade das relações familiares, que se faz imprescindível olhar de perto para a sociedade, repensar sobre os novos laços filiais e buscar novas estruturas e respostas jurídicas aos problemas que as acompanham, à luz dos princípios e valores introduzidos na Constituição Federal de 1988. A investigação proposta apresenta, pois, caráter constitucional, no intuito de adotar uma hermenêutica pautada nos princípios do Direito de Família que possa contribuir para a aproximação da sociedade e para a efetividade dos direitos fundamentais, pois ainda hoje se depara com juristas perseverados numa racionalidade legalista.

O estudo da jurisprudência, em especial, se faz indispensável nesse caminho, em razão da ausência de expressa de previsão da filiação socioafetiva no sistema jurídico brasileiro. De fato, o Direito de família é, nesse tema também, um "direito judicial dos princípios constitucionais do direito de família"¹, nos dizeres de Francisco José Ferreira MUNIZ.

O trabalho é dividido em quatro capítulos. No primeiro, é investigado, inicialmente, o tratamento jurídico da filiação no sistema jurídico clássico, para apreender os valores que regiam o Código Civil de 1916, centro do sistema jurídico brasileiro na época. Como já afirmou Luiz Edson FACHIN, "o sistema codificado tem história e 'valores'"², que devem ser estudados também para apreender as transformações posteriores, bem como para perceber alguns resquícios no Direito brasileiro contemporâneo. Posteriormente, a análise recai nas mudanças relativas à família e, especialmente, à filiação, advindas posteriormente no plano normativo.

No segundo capítulo, são apresentadas transformações normativas e axiológicas promovidas pela Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito à filiação. Na sequência, são estudadas as tendências da descodificação, constitucionalização, repersonalização e despatrimonialização do

¹ MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Direito de Família na solução dos litígios. *In*: _____. **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 116.

² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 207.

Direito Civil. E por último, é considerada uma hermenêutica constitucional para as normas do Código Civil de 2002 atinentes à filiação.

O terceiro capítulo examina a construção da filiação socioafetiva na perspectiva constitucional. Para tanto, num primeiro momento, são expostas três faces da filiação, a jurídica, a biológica e a socioafetiva. Num segundo, são elucidados os contornos da filiação socioafetiva como abertos, não cabendo pré-definições jurídicas excludentes, com a ressalva, porém, de que sua verificação não deve ser automática, sem nenhum cuidado, mas sim deve passar por uma avaliação criteriosa. Assim, num terceiro momento, o estudo incide sobre a posse de estado de filho, como um parâmetro para a caracterização da filiação socioafetiva, sendo abordadas algumas noções preliminares sobre essa noção, apresentadas a sua importância e a "crítica" recebida; explorada a sua identificação; e, posteriormente, investigada a sua inserção no sistema jurídico brasileiro.

Por derradeiro, no quarto capítulo, considerando os conflitos de paternidade (ou maternidade) e o melhor interesse do filho, como sujeito de direito em questão, é empreendida uma pesquisa sobre o estado de filiação criado pelo reconhecimento voluntário de filho havido fora do casamento e a sua possibilidade ou não de desconstituição por estar fundado em falsidade ou erro quanto à inexistência do vínculo biológico, na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), apurando e ponderando as razões fundantes de seus julgados.

1 A FILIAÇÃO NO SISTEMA CLÁSSICO.

1.1 O TRATAMENTO JURÍDICO DA FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

Faz-se necessário percorrer o tratamento jurídico da família e da filiação dado pela Codificação Civil de 1916³, que se dirigia às famílias das elites brasileiras, para compreender a mudança da racionalidade do tratamento jurídico das relações filiais.

Como asseverado por Pietro PERLINGIERI, "O estudo do direito - e portanto também do direito tradicionalmente definido 'privado' - não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social"⁴.

Contudo, deve-se esclarecer que o que se pretende é resgatar alguns elementos da família e da filiação do sistema clássico, sem a pretensão de fazer um estudo amplo da história.

O Código de 1916 era o núcleo do sistema jurídico, e o modelo de família, por ele desenhado, era matrimonial, transpessoal, patriarcal, hierárquica, patrimonial e baseado na desigualdade entre os filhos⁵.

³ A história do Direito Civil brasileiro começa pela vigência das Ordenações Afonsinas (de 1446), Manuelinas (de 1521) e Filipinas (de 1603), de Portugal. Essas últimas, mais especificamente a sua parte do Direito Civil (livro 4º.), continuou a vigor após a proclamação da Independência do Brasil, em 1822, sobrevivendo para além da República, até 1917, quando entrou em vigor do Código Civil de 1916. Até essa data, o Direito Civil brasileiro, conforme observação de Paulo LACERDA, citado por Orlando GOMES, "não passava de um aglomerado variável de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos, suprimindo, reparando e sustentando as Ordenações do Reino". Em vista ao estado caótico da legislação, o Governo imperial conferiu a Teixeira de Freitas, em 1855, a consolidação das leis civis, que contribuiu para prolongar a vigência das Ordenações no Brasil e postergar a elaboração de um Código Civil brasileiro. (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 8.)

⁴ PERLINGIERI, Pietro. (Tradução de Maria Cristina De Cicco). **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 30; ver também FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da Família do Novo Milênio**. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar; 2001. p. 8.

Estampava um auto-retrato do modelo ideal de família da elite oitocentista brasileira, época da elaboração Código; era um retrato de um modelo voltado para o passado: da família herdada da decadente 'casa-grande' do século XVIII, referente às elites rurais, e do 'sobrado' do século XIX, referente às elites urbanas⁶.

Vale destacar aqui que a observação de Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, de que

O modelo de família do Código Civil é, desse modo, retrato de valores predominantes em uma realidade histórica que o precede, circunscrita a um grupo social dominante. (...) O mesmo ocorrerá com as mudanças legislativas posteriores que emergirão das tendências situadas entre a estrutura e a conjuntura da família brasileira ao longo do século XX, refletindo, não raro, tardiamente, as mudanças sociais operadas nesse período.⁷

Os valores da família da elite brasileira do século XVIII e XIX são identificados nos dispositivos do Código Civil de 1916, o qual definiu um modelo único de família: a família matrimonial, a qual foi coroada com o atributo de legítima. Outros arranjos familiares eram juridicamente irrelevantes, podendo dizer, por isso, que o sistema codificado tinha um conceito formal, fechado e excludente de família.

O próprio Código Civil, dentro de sua racionalidade jurídica, classificava, sem disfarce, a família em legítima e ilegítima, e os filhos em legítimos e ilegítimos. No ensinamento de Silvana Maria CARBONERA,

Para aqueles que se adequavam aos requisitos legais, o sistema jurídico dava toda a proteção. Isto se dava a partir da atribuição do sentido de legitimidade que tinha origem na existência do casamento e qualificava tanto a relação conjugal como a filiação, atribuindo-se-lhes efeitos jurídicos. Já para os que não praticassem os atos descritos na lei, ao contrário, restava a marginalidade. E estar a margem do sistema jurídico significava estar a descoberto, sem nenhuma tutela, sem produção dos efeitos jurídicos e, por consequência, sem o estabelecimento de relações jurídicas de família⁸.

Entre os valores identificados na Codificação de 1916, evidenciava-se a preocupação com a felicidade da instituição da família, a chamada paz doméstica ou familiar, e não de seus membros. Esse era o caráter institucional, transpessoal da família, em que "a disciplina jurídica se dirige à família como instituição, enfatizando

⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 153-154.

⁷ Idem.

⁸ CARBONERA, Silvana Maria. A família e sua tutela: Aspectos relevantes para a análise da eficácia do ordenamento jurídico no plano das relações familiares. *In: Pensando o Direito*: Reflexões em busca da afetividade. Curitiba: Centro universitário Positivo, 2005. p. 123-169. p. 137.

as funções que daí se originam, em detrimento da felicidade coexistencial, intersubjetiva, dos membros que a compõem"⁹.

Isso significa uma proteção do grupo familiar em abstrato, desprendida da realidade concreta dos membros que o compõem. Segundo Eduardo Pianovski RUZYK, "A família é regida, sob essa racionalidade, como ente dotado de relativa autonomia, todo orgânico cujo bom funcionamento implica uma divisão interna de papéis, com funções específicas que devem ser exercidas pelos componentes desse ente mais amplo, dotado de uma existência própria abstrata"¹⁰.

Nesta linha, muitos casamentos eram arranjados e se mantinham de aparências, pois o divórcio não era admitido¹¹, em favor da preservação da instituição da família e em detrimento das pessoas em concreto.

A pessoa no sistema codificado era, igualmente, uma abstração. O ordenamento civil brasileiro, com fulcro nos fundamentos das codificações do século XIX, estabeleceu como categoria jurídica abstrata a pessoa natural, para que possa ser sujeito de direitos (e deveres). Esse delineamento decorre, sobretudo, da noção formal da relação jurídica do Direito Civil, em que as pessoas são consideradas sujeitos na medida em que a lei lhes atribui faculdades e obrigações de agir. Tal inclusão da pessoa humana no conceito formal e abstrato de sujeito da relação jurídica acaba por nivelá-la às pessoas jurídicas¹².

Jussara MEIRELLES faz uma confrontação, colocando, de um lado, a pessoa codificada ou "sujeito virtual" e, de outro, o sujeito real, que corresponderia a pessoa humana, vista pela sua natureza e dignidade. Nas lições da autora,

a pessoa que o Código Civil descreve não corresponde àquela que vive, sente e transita pelos nossos dias. É que os valores pessoais, os desejos, a intenção de ter reconhecida a sua dignidade não encontram correspondência na abstração de uma figura que o sistema pretende como pessoa, como sujeito de direito. Esse sujeito que a lei civil define como tal é

⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 153-154.

¹⁰ Ibidem, p. 20-21.

¹¹ O casamento era indissolúvel, sendo o divórcio permitido apenas no final de 1977, pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Vale citar, a propósito, que recentemente foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 66, de julho, de 2010, que alterou o art. 226, §6º, da Constituição Federal, tornando possível o divórcio sem prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

¹² MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. p. 90. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

homem, mas esse mesmo homem definido como sujeito de direito muitas vezes passa pelo mundo sem ter tido o mínimo de condições necessárias à sua sobrevivência¹³.

Esse sujeito virtual, abstrato, é aquele, portanto, que se amolda à norma jurídica, que é protegido pelo que tem, e não pelo que é. É aquele que administra, compra, venda bens, que faz testamento, que contrai núpcias. Isso revela o caráter patrimonialista do sistema codificado. Nos dizeres de Paulo Luiz Netto LÔBO, "o filho é protegido sobretudo na medida de seus interesses patrimoniais e o matrimônio revela muito mais uma união de bens que de pessoas"¹⁴.

Jussara MEIRELLES, assim, retrata o sujeito virtual:

O sujeito virtual é reconhecido por ter nome de família e registro; é absolutamente livre para auto-regulamentar seus próprios interesses, sendo a ele possível, por exemplo, contratar ou não, conforme seja-lhe mais conveniente, escolher a pessoa do outro contratante e até mesmo determinar o conteúdo contratual. Esse sujeito conceitual tem, igualmente, família constituída a partir do casamento; e tem bens suficientes para honrar os compromissos assumidos ou, eventualmente, responder pelos danos causados a outrem. Só apresenta um grave e inarredável defeito: no mais das vezes, não corresponde ao sujeito real¹⁵.

De fato, as disposições da Codificação brasileira tinham, nitidamente, caráter patrimonial, que incidiam inclusive nas relações jurídicas familiares. Conforme Paulo Luiz Netto LÔBO¹⁶, dos 290 artigos que tratavam do Direito de Família no Código Civil de 1916, 151 tinham conteúdo, predominantemente, patrimonial.

No que toca aos filhos, o autor afirma que a discriminação enfrentada com base na legitimidade, na verdade, não era inspirada na proteção da família, mas na proteção do patrimônio familiar. E que a caminhada à equalização dos filhos ilegítimos foi contida por interesses patrimoniais em jogo, sendo obtida a contagotas: primeiro, o direito a alimentos; depois, a participação em 1/4 da herança; mais adiante, a participação em 50% herança¹⁷.

¹³ Ibidem, p. 91.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 14 de março 2010.

¹⁵ MEIRELLES, Jussara. O ser..., Op. cit., p. 92.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.6, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004. p. 145.

¹⁷ Ibidem, p. 146.

Jussara MEIRELLES¹⁸ aduz também que as determinações diferenciadoras aos filhos, em função da origem, também tinham como inspiração proteger o patrimônio da família.

O sujeito abstrato pode ser percebido nitidamente nas relações familiares, nas lições de Luiz Edson FACHIN, segundo o qual o sistema clássico constrói um "modelo que conforma um tipo de sujeito: emoldura um marido, delimita um pai, opera-se um filho"¹⁹. O sistema definia que determinados sujeitos poderiam ser considerados filhos e outros, não. Sob outro viés, alguns poderiam ter pai, e os outros, não. Na sistemática clássica, o direito à paternidade era concebido de modo restrito, já que alguém poderia ser filho biológico, mas não lhe era permitido ostentar o *status* jurídico de filho. Daí ser recente o reconhecimento do direito à paternidade, de todos, indistintamente.

Centrado no casamento, a sociedade tinha um caráter conservador e visava, antes de tudo, ao casamento, em que os relacionamentos eram vigiados e a mulher tinha que manter a virgindade para o futuro marido. Se o marido descobrisse, posteriormente, que sua esposa já havia sido deflorada, poderia requerer a anulação do casamento, com arrimo nas disposições do art. 218 do Código Civil, que dizia "É também anulável o casamento, se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro", combinado com o art. 219, IV, segundo o qual "Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: (...) IV - o defloramento da mulher, ignorado pelo marido".

Em consequência do caráter transpessoal, para o bom funcionamento desse modelo de família abstrata, os papéis feminino e masculino eram bem definidos: o homem era responsável pelo sustento do lar e pela direção da família; e a mulher, pelos cuidados da casa e dos filhos. É o que se extrai dos arts. 233 a 255 do Código Civil de 1916, que se referem aos direitos e deveres do marido e da mulher. Luiz Edson FACHIN afirma que "o sistema é uma ordem de localização: atribui 'locais' de exercício de deveres e de direitos; enumera os deveres, de um lado, e indica direitos, de outro, normalmente para excluí-los, eis que toda a designação é em si

¹⁸ MEIRELLES, Jussara. O ser... Op. cit., p. 103.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 189.

mesma excludente²⁰. Vê-se, na verdade, que não se protege o sujeito em relação, mas sim, o papel familiar que esse sujeito ocupa, como bem observado por Carlos Eduardo Pianovski RUZYK²¹.

Essa diferenciação funcional entre os papéis acaba por implicar sua hierarquização²². O marido era o chefe da sociedade conjugal (art. 233 do Código Civil de 1916, na redação originária), cabendo a direção à mulher apenas na sua falta ou impedimento, como se verifica no art. 251 desse Código:

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

I - estiver em lugar remoto, ou não sabido;

II - estiver em cárcere por mais de 2 (dois) anos;

III - for judicialmente declarado interdito.

Parágrafo único. Nestes casos, cabe à mulher:

I - administrar os bens comuns;

II - dispor dos particulares e alienar os móveis comuns e os do marido;

III - administrar os do marido;

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

A soberania do pai tinha diversas repercussões, entre elas, pode-se citar o direito de fixar o domicílio da família (art. 233, III); o exercício do pátrio-poder e a prevalência de sua decisão no caso da divergência entre os genitores (art. 380, parágrafo único).

A mulher lhe devia submissão e precisava de sua autorização para exercer certos atos, como alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular; aceitar ou repudiar herança ou legado; aceitar tutela, curatela ou outro múnus público; exercer profissão; aceitar mandato (art. 242, na redação original).

A mulher no sistema codificado remete a uma "história de uma ausência, incapaz e subordinada ao pai, ao marido, à família"²³, coesa aos valores que condicionavam no Código. Luiz Edson FACHIN comenta que "A letra de lei cogente emoldura para a mulher, sem consultá-la, um modelo de vida. A mulher não é, faz

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 108-109.

²¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 21.

²² Nas palavras de José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIR, "Trata-se - como se vê - de uma concepção supra-individualista de família. Verifica-se, desse modo, que a noção de família como organismo dotado de caráter transpessoal está ligada a uma concepção hierarquizada da família". OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; e MUNIR Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 17.

²³ BARROS, Fernanda Otoni. **Do direito ao pai**. v. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 55.

parte, pertença de alguém ou algo. Não decide, pede; não sugere, obedece. Eis os seus 'lugares' na lei civil, espaços para a plena realização do nada"²⁴.

Os filhos, igualmente, relacionavam-se com os pais de forma acentuadamente hierárquica e submetiam ao chamado pátrio poder. Suas opiniões contrárias eram intoleráveis; seus casamentos, muitas vezes, eram arranjados e baseados em dote, sem existir qualquer laço afetivo; a profissão era imposta, não tendo possibilidade de escolha.

Michelle PERROT assim descreve a relação entre os membros que compõem a família tradicional:

(...) era também uma família patriarcal, dominada pela figura do pai. Da família, ele era a honra, dando-lhe seu nome, o chefe e o gerente. Encarnava e representava o grupo familiar, cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros que a compunham. Mulher e filho lhe eram rigorosamente subordinados. A esposa estava destinada ao lar, aos muros de sua casa, à fidelidade absoluta. Os filhos deviam submeter suas escolhas, profissionais e amorosas, às necessidades familiares²⁵.

A família tinha função política, econômica, religiosa, procracional; a função de realização da pessoa humana não se coadunava com os valores da época²⁶. Nas lições de Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, "O dado afetivo não ingressa no âmbito da abstração: trata-se de circunstância que não diz respeito às funções institucionais do ser transpessoal ao qual se visa a proteger"²⁷.

Nos claros dizeres de Paulo Luiz Neto LÔBO, "A família, nessa concepção de vida, deveria ser referencial necessário para a perpetuação das relações de produção existentes, inclusive e, sobretudo, mediante regras formais de sucessão de bens, de unidade em torno do chefe, de filiação certa"²⁸.

Tudo girava em torno do patrimônio. Priorizava-se assim o patrimônio e a função econômica da família, e não a pessoa humana existente cada um dos membros da família.

Segundo Michelle PERROT,

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 109.

²⁵ PERROT, Michelle (tradução de Paulo Neves). O Nó e o Ninho. p. 77-78. *In: Reflexões para o futuro*. Veja - 25 anos, Editora Abril e Fundação Emílio Odebrecht. 1993. 75-81.

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização.... Op. cit., p. 138.

²⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 22.

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização.... Op. cit., p. 152.

Naqueles tempos de capitalismo em larga medida familiar, ela [a família] assegurava o funcionamento econômico, a formação da mão-de-obra, a transmissão dos patrimônios. Célula de reprodução, fornecia as crianças que, por intermédio das mães-professoras, recebiam uma primeira socialização através da exploração rural ou do atelier artesanal, os primeiros aprendizados. A família, enfim, formava bons cidadãos e, numa época de expansão dos nacionalismos, patriotas conscientes dos valores de suas tradições ancestrais²⁹.

Daí as características, desse tempo, da indissolubilidade do casamento, da enorme subordinação da mulher ao marido, da chefia da sociedade conjugal dada ao homem, dos excessivos poderes do pátrio poder, da quase absoluta presunção de paternidade do marido, da proibição do reconhecimento de filhos adulterinos.

Nos dizeres de Gustavo TEPEDINO,

Poder-se-ia dizer que a disciplina do Código Civil, pela qual **a tutela dos filhos estava vinculada à espécie de relação pré-existente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista** bem definida. Em primeiro lugar, **os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consaguínea**, como que resguardados pelos laços de sangue. Em seguida, e em consequência, **por atrair o monopólio da proteção estatal à família, o casamento representava um valor em si**, identificava-se com a noção de família (legítima), **de sorte que a sua manutenção deveria ser preservada a todo custo, mesmo quando o preço da paz (formal) doméstica fosse o sacrifício individual dos seus membros**, em particular da mulher e dos filhos sob o pátrio poder.³⁰
(grifos não constantes no original)

Portanto, neste modelo codificado de família, a relação conjugal condicionava a relação paterno-filial, pois a existência do casamento era o que conferia a legitimidade aos filhos e a consequente proteção jurídica.

Em consequência, os filhos legítimos eram os filhos havidos do matrimônio, da família legítima. Nas simples palavras de Luiz Edson FACHIN, "Um filho legítimo é um filho de pais casados"³¹.

O art. 229 do Código Civil de 1916 dizia: "Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos" e, mais adiante, o art. 337, que "são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado ou mesmo nulo, se contraiu de boa-fé (art. 221)". Dessa maneira, o casamento - válido ou putativo - criavam o estado de filho legítimo.

²⁹ PERROT, Michelle. Op. cit., p. 77.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In: Direito de Família Contemporâneo*. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 550.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade...* Op. cit., p. 87.

Os filhos nascidos fora do casamento eram denominados de filhos ilegítimos e se subdividiam em filhos naturais e filhos espúrios³². Os naturais era aqueles que nascidos de pais não casados, mas que não tinham nenhum impedimento. Já os espúrios eram frutos de adultério ou incesto.

Ainda, existiam os filhos adotivos, que compunham a filiação civil e não gozavam dos mesmos direitos que os filhos legítimos. Compunha a segunda classe de filhos.

O Código Civil de 1916 permitia a legitimação *per subsequens matrimonium*, ou seja, que os filhos ilegítimos fossem legitimados pelo casamento de seus pais (art. 353³³) e, assim, fossem equiparados aos legítimos (art. 352³⁴).

Tinha-se, pois, um sistema de filiação plural, no sentido de que havia várias classes de filhos, sendo que apenas o filho legítimo tinha o pleno exercício dos direitos filiais. Bem explicam Silvana Maria CARBONERA e Marcos Alves da SILVA que era um "estatuto plural de filiação", no qual "o caráter da relação dos pais determinava a condição jurídica de filho e permitia, ou não, o pleno exercício dos direitos decorrentes da filiação"³⁵.

Desse modo, a situação jurídica dos pais influía no estado de filho, podendo, conforme fosse, o filho não ter seu *status* reconhecido: "Se casada a mãe, o pai dos filhos que tivesse era o seu marido (...) Se casado o pai com outra mulher que não a mãe ou tivessem os pais parentesco em grau que impedisse o casamento, vedava-se ao filho a aquisição de tal estado"³⁶.

Ora, o reconhecimento do estado de filho ficava a mercê da legitimidade do relacionamento de seus pais. Ou seja, advindos de uma relação amorosa não legitimada pelo sistema jurídico, os filhos eram cruelmente discriminados e tolhidos seus direitos mais essenciais. Não obstante sua inocência, esses filhos sofriam

³² TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina...** Op. cit., p. 554.

³³ Art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho (art. 229).

³⁴ Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.

³⁵ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Os filhos da democracia: uma reflexão acerca das transformações da filiação a partir da constituição federal de 1988. p. 347-348. *In*: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 341-360.

³⁶ BARBOSA, Heloísa Helena. O estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. p. 118. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 103-135.

inumanamente a penalidade da relação proibida de seus pais e ficavam totalmente à margem desse sistema.

Do tratamento diferente, Silvana Maria CARBONERA e Marcos Alves da SILVA observam que "o ordenamento jurídico então vigente fazia com que os filhos sentissem os efeitos dos atos dos pais, tutelando-os ou excluindo-os de proteção a depender de como os pais haviam se relacionado e dos efeitos jurídicos possíveis, ou não, daquela relação"³⁷.

Baptista de MELLO já dizia sobre o preconceito com os filhos havidos fora do casamento que

segundo nascem ou não do casamento, os filhos trazem uma etiqueta de respeitabilidade ou opprobrio, muito embora sejam irresponsáveis pela situação regular ou irregular de seu país.

E essas leis não temeram criar e consagrar um preconceito nefasto, que cada vez mais afasta da sociedade o filho nascido de uma união livre. (...) o que não nos parece justo e humano é que o ser havido de uma união ilegítima tenha de conduzir pela existência inteira o peso de seu infortúnio, relegado, senão negado, pelos próprios pais, sujeito a todos os sofrimentos morais e a todas as dificuldades penosas da vida³⁸.

A diferenciação dos filhos implicava a diferenciação de tratamento quanto ao estabelecimento da filiação e também quanto aos direitos dela decorrentes, como o limite imposto, pelo art. 1.605, §2º, CC/1916, redação original, aos filhos adotivos para herdar: "Ao filho adotivo, se concorrer com os legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um deles".

Quanto ao estabelecimento da filiação, aos filhos havidos dentro do casamento, aplicava-se a presunção *pater is est*, que atribui a paternidade do filho da mulher casada a seu marido, enquanto aos filhos havidos fora do casamento, a paternidade se estabelecia somente por sentença ou reconhecimento voluntário.

Especificamente com relação aos filhos adulterinos e incestuosos, havia proibição expressa do reconhecimento da filiação no Código Civil de 1916, no art. 358: "Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos" (texto original). Através dessa proibição, a condição de filho era negada simplesmente em favor da felicidade da família, constituída pelo casamento.

³⁷ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 347-348.

³⁸ MELLO, Baptista de. **Direitos de Bastardia**. História, legislação doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Saraiva e Cia., 1933. p. 5.

Essa vedação, como analisa Luiz Edson FACHIN, "tem exata coerência com o sistema: era, por assim, dizer uma *ouverture* estampada no Código apta a demonstrar os valores que inspiraram o legislador de então"³⁹.

Nesse sistema, inúmeros filhos oriundos de relação extramatrimoniais não tinham paternidade estabelecida e seus direitos garantidos. De acordo com Eduardo de Oliveira LEITE,

Fora do casamento, tudo dependia de um intrincado sistema de provas e exceções, mantenedor da impunidade masculina. A prova mais veemente disso é a chamada *exceptio plurium concebentium* (exceção de diversos concubinatos), ou seja: a exclusão da responsabilidade da paternidade ao fundamento de ter a mãe coabitado com outros homens no tempo presumível da concepção. Ao invés de responsabilizar-se todos pelo nascimento, a exceção legitima a mais iníqua forma de irresponsabilidade: a simples possibilidade de o filho provir de outrem criava para todos a exoneração de qualquer responsabilidade⁴⁰.

Naquele momento, a maternidade era identificada, visualmente, pela a gestação e o parto, sendo sempre certa (*semper est certa mater*). Já a paternidade da criança da mulher casada era estabelecida através do emprego de uma presunção legal: *pater est quem nuptiae demonstrant*. Isto é, o pai era o marido da mulher casada.

Esse conceito jurídico da paternidade dos filhos tidos dentro do casamento é, segundo Luiz Edson FACHIN, "um conceito aprisionado, firme no enclausuramento que a segurança jurídica se propõe a conferir às relações sociais, de um modo geral, e às relações matrimoniais, em especial. Não raro essa certeza jurídica não passa paradoxalmente de uma ficção"⁴¹.

Essa presunção da paternidade é atrelada à outra presunção legal, a de que o filho foi concebido na constância do casamento (presunção da concepção), assentada no art. 338 do Código Civil de 1916⁴². Com esteio nas disposições desse artigo, presumiam-se concebidos na constância do casamento os filhos da mulher casada nascidos em 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a sociedade

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 13.

⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 118-119.

⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 34.

⁴² Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

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

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

conjugal e os nascidos dentro 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal.

Daí que a presunção da *pater is est* apresentam um domínio de aplicação que abrange também os filhos não concebidos durante o casamento, mas nascidos na sua constância; ou concebidos durante o casamento e nascidos depois de sua dissolução⁴³.

A presunção *pater is est*, congruentemente com o sistema, protegia a estabilidade da família matrimonializada, sendo que havia regras que dificultavam o seu afastamento. Assim, era deferida ao marido a legitimidade exclusiva para contestar a paternidade do filho tido pela sua esposa (art. 344).

Segundo o Código Civil anterior, a ação de contestação, uma vez iniciada, passava aos herdeiros do marido (art. 345). Não sendo, porém, ajuizada pelo marido, ninguém poderia propô-la, presumindo-se o filho como seu, mesmo que não fosse; nem mesmo o adultério da mulher e a confissão materna afastavam a presunção (arts. 343 e 346).

Nos dizeres de Fernanda Otoni de BARROS, "Naquele tempo, o pai reinava como chefe absoluto da família. A contestação da paternidade só poderia ser proposta por ele"⁴⁴. Não contestando o marido, então, gera-se uma legitimidade do filho forçada.

Afora a legitimidade privativa do marido, admitia-se a contestação apenas em hipóteses enumeradas taxativamente pelo Código no art. 340:

Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), **só** se pode contestar, provando-se:

I - que o marido se achava **fisicamente impossibilitado de coabitar** com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho;

II - que **a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados**.
(grifos não constantes no original)

No artigo seguinte, art. 341, complementava o Código Civil, que "Não valerá o motivo do artigo antecedente, nº II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal".

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 37.

⁴⁴ BARROS, Fernanda Otoni. Op. cit., p. 58.

A presunção da paternidade fundava-se, pois, em duas outras presunções: a de ocorrência da coabitação entre marido e mulher dentro do prazo da concepção e a presunção que a coabitação era a causa da concepção. Para contestar a paternidade, então o marido deveria afastar essas duas presunções, a da coabitação e a da geração⁴⁵.

Esse modelo de causas determinadas, como bem observa Luiz Edson FACHIN, não foi capaz de corrigir a ausência de coincidência entre a paternidade jurídica e a paternidade biológica.

E, por último, o Código Civil de 1916, no art. 178, §3º e §4º, I, estabelecia que a ação para contestar a paternidade obedecia a prazos exíguos, de 2 (dois) ou 3 (três) meses, conforme o marido estivesse presente ou ausente, respectivamente⁴⁶.

Eduardo de Oliveira LEITE comenta, no tocante a desigualdade da filiação no sistema clássico, que:

A influência religiosa (legada pela Igreja), o modelo sócio-político (transplantado de Portugal) e a política legislativa importada da França (via Code Civil) geraram nosso Código Civil, de cunho acentuadamente patriarcal, tradicional, que divide as funções entre homem e mulher na família e que impõem esquemas de comportamento próprio a cada membro familiar e que, certamente, discrimina todos os filhos oriundos de relações não necessariamente vinculadas ao casamento. Ou seja, a posição do filho depende diretamente do estado dos pais.⁴⁷

Conclui-se que a tutela jurídica da família na Codificação de 1916, fruto da cultura histórica e econômica do país naquela época, tinha como objeto a paz familiar e, nessa ótica, tutelava um único modelo, fechado, excludente e discriminatório de família.

Como decorrência, somente um tipo de filho tinha legitimidade: o filho legítimo, nascido dentro do casamento civil. Apenas essa espécie de filho fazia parte da família codificada; os demais ficam à margem, em clara desconsideração à condição de pessoa humana.

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento...** Op. cit., p. 39-41.

⁴⁶ Art. 178. Prescreve:

(...)

§ 3º Em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 338 e 344).

§ 4º Em 3 (três) meses:

I - a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo;

⁴⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas...** Op. cit., p. 123.

Visto o tratamento jurídico da filiação no Código Civil de 1916, prossegue-se ao estudo das Constituições brasileiras e das leis posteriores, a fim de verificar a trajetória da filiação no sistema jurídico brasileiro.

1.2 O PERCURSO DO SISTEMA JURÍDICO.

Cabe destacar que as mudanças normativas acerca do fenômeno familiar advêm das mudanças da realidade social ou das demandas por transformações, e não o contrário, como bem anota Carlos Eduardo Pianovski RUZYK:

Em suma, o transcurso das alterações legislativas em matéria de família não deve ser visto como o conjunto de marcos que operam as transformações no fenômeno familiar, mas, sim, como **o reflexo dessas transformações**, operadas em níveis mais profundos do tempo histórico, quando aquilo que se consolida entre estrutura e conjuntura vem à tona, **marcando um dado episódico: a emergência da lei.**⁴⁸
(grifos não constantes no original)

Considerando essa anotação, passa-se a examinar as mudanças legislativas, que sobrevieram das mudanças da família ao longo do século XX e das respectivas demandas sociais.

1.2.1 As Constituições brasileiras.

As fases históricas da família no país, no trânsito do Estado Liberal para o Social, podem ser sentidas pelas Constituições brasileiras, conforme Paulo Luiz Netto LÔBO⁴⁹.

⁴⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 148-151.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização. Op. cit., p. 143.

O Estado liberal hegemônico no século XIX no mundo ocidental caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas e no poder econômico.

Já o Estado social desenvolveu-se no século XX e caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes políticos. Sua nota é a solidariedade. Explica o mencionado autor que "O intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução do *quantum* despótico dos poderes domésticos, da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para promoção da dignidade humana"⁵⁰.

Pietro PERLINGIERI aponta que

a delineada função serviente da família, assim como a de qualquer outra formação social, explica o papel da intervenção do Estado na comunidade familiar. Ela se traduz, em geral, na necessidade de que seja respeitado o valor da pessoa na vida interna da comunidade familiar. Isso não por um motivo de Estado, nem "de família", isto é, por uma razão superior ao interesse das partes, mas porque a comunidade familiar deve inspirar-se, como qualquer formação social, no princípio de democracia⁵¹.

As Constituições de 1824 e 1891 são, notadamente, liberais e individuais, não tutelando as relações familiares. A Constituição do Império de 1824, na verdade, veio tratar apenas da família imperial. E, na Constituição de 1891, havia uma única norma que dizia que "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita" (art. 72, § 4º).

Já as Constituições do Estado Social brasileiro (democrático ou autoritário), de 1934 a 1988, previram normas explícitas sobre a família. A Constituição democrática de 1934 dedicou um capítulo à família (art. 144-147), fazendo, pela primeira vez, referência expressa a regulação do Estado, o que foi repetido nas Constituições seguintes.

Art. 144 A família, **constituída pelo casamento indissolúvel**, está sob a **proteção especial** do Estado.
(grifos não constantes no original)

⁵⁰ Ibidem, p. 141.

⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 246.

Contudo, como se vê, o texto constitucional dirigia-se apenas a um modelo específico de família, a família fundada no casamento⁵². Por isso, talvez mais apropriado seria falar em regulação da família, não proteção.

Em que pese considerar tão somente a família legítima, já demonstrava uma preocupação com os filhos naturais - aqueles havidos fora do matrimônio, mas que seus pais não eram impedidos de casar -, ao afirmar no art. 147, que "O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos".

Na sequência, a Constituição autoritária de 1937 equiparou os filhos naturais, em direitos e deveres, aos filhos legítimos (art. 126⁵³). A respeito, Guilherme Calmon Nogueira GAMA⁵⁴ comenta que:

O reconhecimento jurídico da família natural a partir dos textos legislativos posteriores, ou seja, aquela resultante de parentalidade extramatrimonial (desde que não adúlterina) **não representou qualquer abalo nos alicerces da família tutelada pela Constituição, já que se manteve inalterado o controle quanto à sexualidade das uniões apenas no campo matrimonial.** É importante notar, no período anterior ao advento do texto constitucional de 1988, a proposital omissão normativo-constitucional acerca da existência de outras famílias, aquelas fundadas não no vínculo formal do casamento, mas sim no convívio diuturno, *more uxorio*, sem ferir qualquer valor ético-filosófico (ausência de impedimentos matrimoniais, como o incesto, a bigamia, a coação, v. g.)
(grifos não constantes no original)

Além disso, a Constituição de 1937 assentou que o Estado não é estranho ao dever da educação integral dos filhos, colaborando de maneira principal ou subsidiária (art. 125) e que a infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a

⁵² Segundo Guilherme Calmon Nogueira GAMA, "O tratamento dado à família pela Constituição de 1934 observava - posto que manifestada em momento diverso do Código Civil de 1916 - ainda ideologia carregada de fundo preconceituoso e conservadorista, consoante a qual o dogma da indissolubilidade do vínculo matrimonial - atrelado à paz familiar - era indiscutível e absoluto. A família era merecedora como instituição, de tutela constitucional, ao passo que seus integrantes não gozavam, como pessoas, de tal proteção, ainda que a convivência fosse altamente prejudicial ao casal, e com maior frequência, à descendência resultante de tal vínculo formal". GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 113-114.

⁵³ Art. 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

⁵⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Op. cit., p. 114.

assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades (art. 127).

A Constituição democrática de 1946 reprisa a norma de que a família é constituída pelo casamento indissolúvel e tem proteção especial do Estado (art. 163); estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, infância e adolescência (art. 164).

As Constituições de 1967 e 1969 reproduzem as disposições no tocante à família, respectivamente nos seus arts. 167 e 175, sendo que a Constituição de 1969, foi alterada pela Emenda Constitucional nº 9/77, que tornou o casamento dissolúvel através do divórcio.

É com a Constituição de 1988 que se opera a superação do modelo único, baseado no matrimônio e na filiação legítima, proclamando a pluralidade de entidades familiares (art. 226), a igualdade entre os filhos (art. 227, §6º) e a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227⁵⁵). Esse marco será estudado com mais detalhes no capítulo segundo.

Ainda quanto o percurso do sistema jurídico, importante observar as leis que sobrevieram antes e depois da Constituição de 1988 e que contribuíram de algum modo para os avanços no tema da filiação.

1.2.2 As leis ordinárias.

A proibição de reconhecimento de filhos fora do casamento foi objeto de abrandamentos aos poucos, com a promulgação de algumas leis esparsas.

Em 1941, é promulgado o Decreto-Lei nº. 3.200, que dispôs da proteção da família e determinou, no art. 14, que não se fizesse menção no registro civil sobre a

⁵⁵ 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.

circunstância de a filiação ser legítima ou ilegítima, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de decisão judicial.

Além disso, no art. 15, fixou que, se um dos cônjuges não autorizasse o filho natural reconhecido do outro residir junto com eles, o pai ou a mãe que o reconheceu deveria prestar inteira assistência fora do seu lar e alimentos iguais aos que prestar ao filho legítimo.

No ano seguinte, adveio o Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942 que tratou do reconhecimento dos filhos naturais. Composto por basicamente por um artigo, permitia que, depois do desquite, o filho nascido fora do casamento poderia ser reconhecido ou demandar que se declarasse a sua filiação (art. 1º).

Em 1949, esse Decreto-Lei foi revogado pela Lei nº 883, que dispôs sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos e abrandou o rigor do art. 358 do Código Civil de 1916⁵⁶, que impedia terminantemente tal reconhecimento. Com a aludida lei, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, qualquer dos cônjuges poderia reconhecer o filho extramatrimonial e o próprio filho poderia ingressar com ação para que fosse declarada a filiação (art. 1º). Assim, o filho havido fora do matrimônio tinha seu reconhecimento condicionado ao eventual desfazimento do casamento de seu genitor ou genitora.

Ressalte-se que o reconhecimento do filho ilegítimo não lhe colocava na mesma situação dos filhos legítimos ou legitimados. Conforme o art. 2º, em sua redação original, o filho ilegítimo tinha direito à metade da herança que recebesse o filho legítimo ou legitimado.

Somente com a alteração do art. 2º, provocada pela Lei 6.515 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), que o direito à herança foi reconhecido aos filhos ilegítimos em igualdade de condições.

A Lei nº 6.515/77 também introduziu um parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 883/49, pelo qual permitia reconhecer o filho extramatrimonial na constância do casamento, desde que fosse por testamento cerrado. Disse ainda, essa lei, que nessa parte o testamento é irrevogável.

⁵⁶ Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos. (texto original)

Depois, em 1984, sobreveio a Lei 7.250 que tornou o parágrafo único do art. 1º da Lei 883/49 em § 1º e acrescentou-lhe o § 2º, o qual autorizava o reconhecimento de filho adulterino após a separação de fato por mais de cinco anos.

Apenas cumpre iterar, nessa ordem cronológica, a superveniência da Constituição Federal de 1988, trazendo, no art. 226, §6º, a igualdade entre todos os filhos, já que se adentrará ao tema em momento específico.

Após a Constituição, sobrevieram outras leis que consolidaram a ideia de igualdade entre os filhos: a Lei 7.841/89; a Lei 8.069/90; Lei 8.560/92 e a Lei 10.406/2002 (Código Civil de 2002).

Apesar da igualdade constitucional entre os filhos, a Lei 7.841, de 1989, veio revogar expressamente o art. 358 do Código Civil de 1916, que dizia que os filhos incestuosos e adulterinos não podiam ser reconhecidos.

No ano seguinte, tem-se a promulgação da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), um microsistema que disciplina a tutela das crianças e dos adolescentes, indistintamente, albergando expressamente a doutrina proteção integral⁵⁷.

Consagrou ainda a tutela prioritária e absoluta de toda e qualquer criança e adolescente, em razão da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (arts. 4^{o58}, 5^{o59}, 15⁶⁰, 19⁶¹), sendo que "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os

⁵⁷ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

⁵⁸ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

⁵⁹ Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

⁶⁰ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (art. 6º).

Essa Lei ratificou a igualdade constitucional entre os filhos, permitindo aos filhos havidos fora do casamento sejam reconhecidos pelos pais (art. 26, *caput*⁶²).

Permitiu também ao filho investigar a paternidade e maternidade, com esteio no art. 27: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça".

Vale mencionar, a propósito, a Lei nº. 12.010/2009, a qual alargou o conceito estatutário da família, introduzindo o conceito de família extensa, no art. 25, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade".

Nota-se nesse conceito, que a família extensa é formada por parentes próximos, podendo cogitar mais amplamente em parentesco socioafetivo, considerando o art. 1.593 do Código Civil; que convivam com a criança ou adolescente; e mantenham vínculos de afinidade e afetividade.

Seguindo a principiologia da Constituição Federal de 1988, cumpre mencionar que essa Lei incluiu no art. 100, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente uma relação de princípios na aplicação de medidas de proteção da criança e do adolescente, entre eles: o princípio da condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, o da proteção integral e prioritária, o do interesse superior da criança e do adolescente, a responsabilidade parental e o princípio da prevalência da família⁶³.

⁶¹ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

⁶² Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. (...)

⁶³ Art. 100 (...) Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

Cabe comentar, porém, quanto ao "princípio do melhor interesse da criança", que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 20 de novembro de 1989, foi ratificada pelo Brasil através, do Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990, incorporando esse princípio no sistema jurídico brasileiro⁶⁴.

Ressalte-se que a recente Lei trouxe também ao Estatuto expressamente o direito ao conhecimento da origem genética, que não se confunde com o direito ao estado de filiação⁶⁵. A pessoa que foi adotada tem, após os 18 anos, o direito de conhecer a sua origem biológica e obter acesso irrestrito ao processo de adoção. E sendo criança ou adolescente, o filho também pode ter acesso, desde que a seu pedido, e para ele será assegurado a assistência jurídica e psicológica (art. 48, *caput* e parágrafo único)⁶⁶.

Em 1992, tem-se a Lei nº 8.560, que regulou o reconhecimento de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Através dela, houve facilidades

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: **crianças e adolescentes são os titulares dos direitos** previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação **de toda e qualquer norma contida nesta Lei** deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

(...)

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender **prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos** no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

(...)

IX - **responsabilidade parental**: a intervenção deve ser efetuada de modo que os **pais assumam os seus deveres** para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada **prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família** natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta; (...). (grifos não constantes no original)

⁶⁴ Vale lembrar o que dispõe o art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505-530. Ver também: VENCELAU, Rose Melo. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. *In*: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.) *et al.* **Diálogos sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 379- 399; OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do ser humano**. Um Perfil Constitucional da Bioética. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

⁶⁶ Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

no reconhecimento de filho, com a possibilidade, por exemplo, de escrito particular e de declaração expressa ao juiz ainda que o reconhecimento não fosse seu objeto único ou principal:

Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou **escrito particular, a ser arquivado em cartório**;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - **por manifestação expressa e direta perante o juiz**, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

(grifos não constantes no original)

Dirige-se, pois, essa lei à tutela dos interesses dos filhos⁶⁷. Garante, no caso de registro apenas da maternidade, a possibilidade de se proceder ao procedimento administrativo de averiguação oficiosa quanto à paternidade (art. 2º, §§ 1º a 6º). O juiz ouve a mãe sobre a paternidade alegada e notifica o suposto pai, também para ouvi-lo (art. 2º, §1º⁶⁸).

Se o pretense pai não atender a notificação em 30 dias ou negar a paternidade, o processo é remetido ao Ministério Público para verificar a existência de elementos suficientes e, existindo, propor ação de investigação de paternidade em face do alegado pai (art. 2º, §4º⁶⁹).

Por último quanto à Lei nº. 8.560/92, nos art. 5º e 6º⁷⁰, seguindo os ditames constitucionais, reafirma a proibição de designações discriminatórias dos filhos e não

⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 90 e 92.

⁶⁸ A este respeito, Luiz Edson FACHIN comenta a essa Lei põe em relevo a declaração materna, diferentemente do que fazia Código Civil de 1916 - e faz o Código Civil de 2002 -, bem como a da pessoa indicada como pai da criança: "(...) neste [Código Civil], a alegação da mãe é insuficiente para excluir a paternidade; na lei, é apta a para principiar o estabelecimento da paternidade. Depreende-se, pois, a diferença: o Código se mostra preocupado com o afastamento da presunção *pater is est*, e o faz de modo congruente com os valores que contemplou. A nova lei, por sua vez, dirige-se a tutelar os interesses da criança, voltando-se mais ao estabelecimento da paternidade. Não menos relevante é a expressão do pai, motivo pelo qual deverá comparecer em juízo para declarar-se sobre a alegada paternidade". Ibidem, p. 92-93.

⁶⁹ Art. 2º (...)

§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

⁷⁰ Art. 5º No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

Art. 6º Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.

§ 1º Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência à presente lei.

permitindo que se faça referência à natureza da filiação, ao estado civil de seus pais, à reprodução natural ou artificial.

Posteriormente ao Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei nº. 8.560/92, sobreveio o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), do qual cabe destacar o art. 1.596, que reproduz a norma constitucional da igualdade dos filhos: "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Além disso, esse Diploma assentou que o parentesco pode resultar de origem diferente da consanguinidade, no art. 1.593: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem".

Vale apontar que "A compreensão desse desenvolvimento legislativo revela um traço marcante que, centrado originalmente no Código Civil, vai paulatinamente se esvaindo a medida que **o sistema fragmenta-se na legislação esparsa**. O sistema fechado e monolítico abre-se e se reparte na **mudança dos valores de base**"⁷¹ (grifos não constantes no original). É a tendência à Descodificação e de Repersonalização do Direito Civil, que serão vistos no capítulo seguinte.

Esse percurso legislativo mostra a crescente diminuição da disparidade, no plano normativo, entre os filhos, que perdurou, saliente-se, até pouco tempo. Avança-se então ao estudo das transformações promovidas pela Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito à filiação.

2 TRANSFORMAÇÕES NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A FILIAÇÃO.

⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 85.

Como visto, as mudanças da sociedade e do Estado acabaram por refletir no desenho jurídico da família. Cumpre, nesse momento, estudar o grande marco da transformação da racionalidade jurídica no Brasil, em especial com relação aos filhos.

Diz Luiz Edson FACHIN que "Família e Constituição, no Brasil contemporâneo, ligam-se necessariamente após a promulgação de 5 de outubro de 1988, rompendo o sistema clássico que deferia ao Código Civil lugar privilegiado na disciplina jurídica do tema"⁷².

A Constituição de 1988 importou em uma enorme transformação no Direito de família, contemplando uma nova racionalidade jurídica, baseada nos princípios da igualdade entre os filhos⁷³, da igualdade entre os cônjuges⁷⁴, da liberdade⁷⁵, da solidariedade⁷⁶, da afetividade⁷⁷, do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável⁷⁸, no pluralismo das entidades familiares⁷⁹. A família atual

⁷² FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., 119.

⁷³ Art. 227. (...) § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁷⁴ Art. 226. (...) § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁷⁵ Art. 226 (...) § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

⁷⁶ Pode-se citar, além do art. 3º, I, da Constituição, a garantia de assistência a cada um dos membros da família e a solidariedade recíproca entre pais e filhos, respectivamente, estampados nos seus arts. 226, §8º, e 229: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" e "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

⁷⁷ Paulo Luiz Netto LÔBO aponta algumas referências na Constituição Federal, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, quais sejam:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º);
- b) a adoção, como escolha efetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 226, §§ 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);
- d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º).

⁷⁸ Art. 226 (...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁷⁹ Tal princípio também está albergado expressamente no art. 100, parágrafo único, IV, do Estado da Criança e do Adolescente: "interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto".

parte de princípios básicos, de conteúdo mutante, segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e afetividades. Sem eles, é impossível compreendê-la.

A família patriarcal, que nossa legislação civil tomou como modelo, ao longo do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

Como a crise é sempre perda de fundamentos, **a família atual é matrizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade**. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada⁸⁰.

Foi com a Constituição de 1988 que se deu o passo definitivo em direção à democratização da família brasileira, como assinala Maria Celina Bodin de MORAES⁸¹, "seja no que diz respeito ao estabelecimento da igualdade, seja no que tange a garantia da liberdade e à imposição da solidariedade". Como observa autora, a Constituição inclusive considera a família como a base da sociedade (art. 226, *caput*), sociedade definida como democrática (art. 1º, *caput*).

Em abandono da família-instituição, protegida em si mesmo, a família constitucionalizada se revela uma família-instrumento, "aquela que propicia um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um de seus membros"⁸².

Essa função instrumental, "função serviente" da família, de promover o desenvolvimento da personalidade, o bem estar, a dignidade das pessoas que a integram, está atrelada ao princípio democrático, pois, segundo Pietro PERLINGIERI, "ela traduz, em geral, na necessidade de que seja respeitado o valor da pessoa na vida interna da comunidade familiar. Isso não por um motivo de Estado, nem 'de família', isto é, por uma razão superior ao interesse das partes, mas porque a comunidade familiar deve inspirar-se, como qualquer formação social, no princípio de democracia"⁸³.

A Constituição Federal de 1988, na lição de Luiz Edson FACHIN, "é ímpar na extensão e no conteúdo do tratamento conferido à matéria [da família e

⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização... Op. cit., p. 137.

⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Dignidade humana**. Anais do V Congresso brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 620.

⁸² Ibidem, p. 621-622.

⁸³ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 246.

filiação]"⁸⁴, rompendo com o conjunto de princípios ancorados no Código Civil de 1916.

O constituinte dessa vez alargou a concepção de família, passando essa a não se restringir mais àquela união estruturada no matrimônio. A Constituição Federal de 1988 afirma, no art. 226, *caput*, que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", deixando de fazer referência expressa, como faziam as Constituições brasileiras anteriores, a determinado tipo de família. Não constou no texto constitucional a "família constituída pelo casamento". Não, disse apenas, o constituinte, "a família", e disso, já se infere que toda e qualquer forma de família tem proteção estatal⁸⁵.

Expressamente a Carta Maior protege outras formas de constituição de família, quais sejam a união estável e a família monoparental, como se pode conferir:

Art. 226 (...)

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

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

Além dessas entidades familiares expressamente mencionadas na Constituição, há outras defensáveis juridicamente, ainda que haja divergências, como a união homoafetiva, a família simultânea, a família mosaica ou recomposta e a família solidária⁸⁶. A hermenêutica mais adequada parece ser aquela que entende que o rol de entidades familiares previstas na Constituição não é taxativo. Como bem analisa Paulo Luiz Netto LÔBO:

O **caput do art. 226** é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

A regra do **§ 4º do art. 226** integra-se à cláusula de inclusão, sendo esse o sentido do termo 'também' nela contido. 'Também' tem o significado de igualmente, de mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que **melhor responda à realização da**

⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento...** Op. cit., p. 58-59.

⁸⁵ O entendimento ora empossado já foi concluído por Paulo Luiz Netto LÔBO em: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clusus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Cidadania**. O Novo CCB e *Vacation Legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 91.

⁸⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" Entidades Familiares. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org). **A Construção de Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 16-32.

dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.

(...) As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do **conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.**⁸⁷

(grifos não constantes no original)

Cumpre mencionar que na legislação infraconstitucional igualmente se verifica que não há uma definição de modelo de família. O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º, Lei nº. 8.069/90⁸⁸), a Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família (art. 1º, Lei nº. 8.009/90⁸⁹), o Estatuto do Idoso (art. 3º, Lei nº. 10.741/2003⁹⁰), a Lei Maria da Penha (art. 3º, §2º⁹¹) reportam-se a apenas a "família".

Com efeito, pode-se dizer que se tem reconhecida uma família plural. Sempre existiu a diversidade de arranjos familiares, mas é atualmente que tem o seu reconhecimento jurídico.

Nesse sentido, também, Carlos Eduardo Pianovski RUZYK destaca que se "(...) impõe, nessa esteira, a compreensão de que a pluralidade constitucional acerca da família é aberta, abrangendo não apenas modelos expressos, mas, também, arranjos familiares que não se apresentam, de antemão, predefinidos conceitualmente na regra positivada. Sua inserção no sistema se realiza por meio da porosidade do princípio da família plural"⁹².

A Constituição de 1988, conclui Carlos Eduardo Pianovski RUZYK,

rompe com a perspectiva conceitualista que restringe a apreensão jurídica de um fenômeno concreto a sua exata subsunção a um priori definido no texto positivado. Exime-se o direito da secular pretensão de definir família por meio de um modelo abstrato e excludente de

⁸⁷ Ibidem, p. 94-95.

⁸⁸ Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

⁸⁹ Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

⁹⁰ Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

⁹¹ Art. 3º (...) § 2º. Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

⁹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 36.

arranjos sociais que a ele não se subsumem - e, por conseguinte, das pessoas que os compõem⁹³.

A pluralidade de entidades familiares mostra caracteres comuns, como o afeto, a solidariedade, o companheirismo, a liberdade, o respeito, o que revela que a família deve ser vista como um ninho, longe de modelos normativos rígidos, cheios de nós⁹⁴. É apropriada a observação de Michelle PERROT:

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. **O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor⁹⁵.**
(grifos não constantes no original)

O reconhecimento da pluralidade da constituição de família decorre especialmente da atenção à felicidade, bem-estar, desenvolvimento, liberdade da pessoa humana, que pode ser aferida na primeira parte do §8º do art. 226 da Constituição Federal:

Art. 226 (...)

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Destarte, a Constituição confere proteção à família na pessoa de cada um dos que a integra, alterando o foco da instituição para a pessoa. Contudo, o mencionado dispositivo deve ser lido em conjunto como o princípio da solidariedade, que importa num sentido ético de respeito ao outro, merecendo ser ponderada em concreto a felicidade de cada um dos membros familiares envolvidos. A respeito, lembra Carlos Eduardo Pianovski RUZYK que

Ao contrário do que se poderia supor em um olhar apressado sobre a matéria, a busca da felicidade por meio da família não se confunde com o sentido hedonista de um

⁹³ Ibidem, p. 36-37.

⁹⁴ PERROT, Michelle. Op. cit., p. 81.

⁹⁵ Idem.

ultraindividualismo: a felicidade do 'eu' recebe chancela jurídica na medida que se coaduna com o sentido ético de proteção da mesma pretensão legítima de felicidade que reside no 'outro'. A equação não é, como se vê, de fácil solução, não sendo passível de formulações a priori⁹⁶.

Essa virada na consideração da família-instituição para família-instrumento, é bem reconhecida por Pietro PERLINGIERI: "Esta não é pessoa jurídica, nem pode ser concebida como um sujeito com direitos autônomos: ela é formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes"⁹⁷.

Ao mesmo tempo que se tem liberdade individual para escolher o(a) parceiro(a), a forma de família, o regime de bens em geral, fazer o planejamento familiar, há a necessidade da existência e manutenção de projetos comuns, o que é bem averiguado por Maria Celina Bodin de MORAES⁹⁸:

A passagem da família como instituição, protegida em si mesma, à família-instrumento, isto é, aquela que propicia um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um de seus membros, suscitou, indiscutivelmente, uma forte individualização e, em consequência, uma maior liberdade, ensejando, em contrapartida, o confronto de duas forças claramente paradoxais: de um lado, a autonomia e a possibilidade de crescimento individual e, de outro, a imprescindibilidade de compartilhamento de projetos comuns.

No que toca à liberdade na família, a Constituição Federal explicitou a possibilidade de divórcio, no art. 226, §6º. Cumpre realçar a recente alteração dessa norma, promovida pela Emenda Constitucional nº. 66, de 13 de julho de 2010, que suprimiu o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos: "Art. 226. (...) §6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Essa família plural, menos hierárquica, mais igualitária, livre, volvida à dignidade de um de seus membros, tem reflexos diretos na filiação, que inclusive ganhou, em decorrência desse processo de transformação da família, a posição central, em lugar da conjugalidade, agora instável⁹⁹.

⁹⁶ Ibidem, p. 29.

⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 178-179.

⁹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática... Op. cit., p. 621-622.

⁹⁹ Ibidem, p. 622.

Com relação à filiação, a Constituição superou a distinção entre os filhos legítimos, ilegítimos e adotivos. Assim, dispõe o seu art. 227, §6º:

Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações relativas à filiação.

Com a Constituição Federal de 1988, ocorre uma transformação de "valores", como observa Luiz Edson FACHIN: "Quando se conta a história da formação da grande família do começo do século, evoluindo para a família pós-nuclear do final deste século, conta-se a história de mudanças dos valores que inspiravam o sistema codificado. Havia um 'código' do contrato, como havia um 'código' do patrimônio, prontos e acabados no Código Civil"¹⁰⁰.

O estado de filiação, no "código" da família, era restrito; já hoje, ele se estende, com fulcro na dignidade humana e igualdade, para todos os filhos, qualquer que seja sua origem. Dessa mudança paradigmática, foi abandonado o estatuto plural da filiação, constituído de categorias de filhos, para se adotar um estatuto único, em que os filhos são denominados sem adjetivações discriminatórias e têm constitucionalmente os mesmos *status* e direitos.

Silvana Maria CARBONERA e Marcos Alves da SILVA destacam que a alteração constitucional que consagrou o princípio da unidade da filiação constitui um momento especial de longa trajetória e que somente a nova ordem constitucional é que promoveu efetivamente mudança paradigmática em relação ao estatuto da filiação¹⁰¹. No mesmo sentido, Gustavo TEPEDINO¹⁰².

No "estatuto da unidade"¹⁰³, todos os filhos têm igual dignidade, pois não há classes de filhos. Consequentemente, a ausência de direitos, menos direitos, as denominações ultrajantes e inumanas (como ilegítimo, espúrio, incestuoso) de outrora não cabem mais aos filhos não havidos da união matrimonial.

Luiz Edson FACHIN arremata que "O princípio da inocência, embutido no princípio da igualdade, fez desaparecer qualquer tratamento discriminatório em face da situação jurídica dos autores da descendência. Legítimo ou adúltero: o estigma

¹⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria...** Op. cit., p. 207-208.

¹⁰¹ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 342-345.

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina...** Op. cit., p. 549.

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 43.

é extirpado. Filhos são todos, iguais e por inteiro"¹⁰⁴. No mesmo sentido, Carlos Eduardo Pianovski RUZYK declara que: "trata-se de contemplar a óbvia 'inocência' dos filhos, que, por esse motivo, não podem ser tratados de modo diferenciado quanto a atribuição e exercício de direitos, bem como não podem receber designações discriminatórias"¹⁰⁵.

Nos dizeres de Eduardo de Oliveira LEITE, "todo ser que nasce é simplesmente filho"¹⁰⁶, ficando as qualificações ilegítimo, adulterino, espúrio, incestuoso, definitivamente repelidas, em consonância com o texto constitucional.

Mas, mais do que a isonomia dos filhos proclamada pela Constituição trouxe, segundo Gustavo TEPEDINO¹⁰⁷, uma "nova tábua axiológica", com eficácia imediata para todo o ordenamento. As normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, por força do art. 5º, §1º, da Constituição Federal¹⁰⁸.

Significa isso que essas normas não dependem de norma infraconstitucional para se tornarem auto-aplicáveis. Trata-se de eficácia jurídica, que se distingue da eficácia social, também denominada de efetividade. Essa "representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social"¹⁰⁹. O desafio hoje se mostra exatamente na eficácia social ou efetividade dos dispositivos constitucionais, tornando os filhos efetivamente iguais.

Com a Constituição Federal, seus princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, informando toda a disciplina familiar, a nova tábua de valores faz nascer três marcas características em matéria de filiação, quais sejam: "1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A desapatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores"¹¹⁰. (grifos não constantes no original)

¹⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 94.

¹⁰⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 178.

¹⁰⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas...** Op. cit., p. 100.

¹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina... Op. cit., p. 549.

¹⁰⁸ Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82-83.

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina...** Op. cit., p. 549.p. 551.

O princípio da igualdade entre os filhos importa no direito de eles serem declarada a sua "verdadeira" paternidade e maternidade¹¹¹. Para a filiação havida fora de casamento, as barreiras são derrubadas em relação ao reconhecimento e à investigação da paternidade. Para a filiação havida de dentro do casamento, o funcionamento da regra *pater is est* ganha nova configuração¹¹².

Além da igualdade entre os filhos, a Constituição Federal de 1988 consagrou a emergência de novos sujeitos de direitos na relação familiar: a criança e o adolescente¹¹³. Esses ganharam uma tutela especial, integral e prioritária, em face sua condição peculiar de pessoa em formação. Com isto, "efetivou-se seu reconhecimento como sujeito de direito concreto, titular de situações jurídicas na qual está inserido, e não mais objeto de decisões jurídicas"¹¹⁴, conforme Silvana Maria CARBONERA.

Saliente-se que a Emenda Constitucional nº. 65, de 13 de julho de 2010 incluiu uma pessoa na denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição, passando a ser "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso"; e modificou o seu art. 227 para cuidar dos interesses da juventude. O jovem¹¹⁵ passa, como as crianças e os adolescentes, a gozar de absoluta prioridade na proteção de seus direitos fundamentais (art. 227, *caput*).

O constituinte abrigou implicitamente a doutrina proteção integral, convocando, simultaneamente, a família, a sociedade e o Estado a desincumbirem-se do empreendimento da concretização dos direitos fundamentais conferidos a crianças, adolescentes e, agora também, aos jovens, de modo prioritário:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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

¹¹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 30.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ O Estatuto da Criança e do Adolescente definiu, no art. 2º, criança a pessoa de até 12 (doze) anos de idade incompletos; e adolescente, aquela com idade entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos (incompletos).

¹¹⁴ CARBONERA, Silvana Maria. **A família...** Op. cit., p. 161.

¹¹⁵ Pode-se dizer apenas que se trata de pessoa maior de 18 anos, tendo em vista a faixa etária do adolescente. A definição etária do jovem será provavelmente estabelecida no futuro Estatuto da Juventude, conforme o novo § 8º do art. 227 da Constituição Federal:

"A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas".

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, explicitou no seu art. 1º, doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente. Saliente-se que esse Estatuto aplica-se, indistintamente, a todas as crianças e adolescentes, independentemente de sua situação jurídica (ao contrário do Código do Menor, que somente era aplicável aos “menores em situação irregular”).

Numa dimensão subjetiva, a concepção da proteção integral reconhece às crianças e adolescentes um conjunto de direitos, alguns comuns a todas as pessoas e outros próprios da sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento; e, numa dimensão objetiva, ao proclamar a co-atuação da família, sociedade e Estado, faz descortinar a percepção de que todos os esforços devem ser empregados em busca da realização do superior interesse daqueles sujeitos¹¹⁶.

Importante chamar atenção que o princípio do melhor interesse¹¹⁷ não denota o interesse econômico para a criança¹¹⁸; multifatores é que atende o superior interesse da criança e do adolescente, em especial a afetividade e afinidade¹¹⁹. De fato, o princípio aludido apresenta uma baixa objetividade técnica, exigindo dos operadores do Direito um exercício de valoração rente ao caso concreto.

Remetendo-se ao princípio "*the best interest of the child*", Luiz Edson FACHIN elucida que foi "consagrada para ser um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da

¹¹⁶ KUKINA, Sérgio Luiz. Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil à luz dos Direitos Humanos. In: GRILO, Valéria Teixeira de Meiroz; DIGIÁCONO, Murillo José; SILVA, Cristina Maria Suter Correia da (Coords.). **Revista Igualdade**. Revista trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Curitiba, v. 10, n. 36, p. 1-89, jul./set., 2002. p. 52.

¹¹⁷ Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, ratificada pelo Brasil, através do Decreto 99.710/90. Saliente-se que na tradução brasileira foi utilizada a expressão "maior interesse da criança" (item 3.1), mas a tradução mais adequada é "melhor interesse", tendo em vista o texto original em inglês "the best interests of the child shall be a primary consideration".

¹¹⁸ Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 23, *caput*, preconiza que "A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar". Conforme o parágrafo único desse artigo, a criança ou o adolescente deve ser mantido na família de origem, e essa deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

¹¹⁹ O Estatuto da Criança e do Adolescente exige a existência de afinidade e afetividade como requisitos para divorciados e separados judicialmente e ex-companheiros adotarem uma criança ou adolescente (art. 42, §4º), como critérios a serem levados em conta para colocação em família substituta (art. 42, §3º) e como requisitos para deferir a adoção excepcionalmente a pessoas não cadastradas (art. 50, §13º), por exemplo.

diversidade, **tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais** e não mais apenas a instituição familiar em si mesma"¹²⁰. (grifos não constantes no original)

Uma vez os filhos sujeitos de direito, o pátrio poder transmuda-se para o poder-dever familiar, exercido por ambos os pais, de modo igualitário, e "posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades existenciais"¹²¹.

O Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil anterior, utilizou-se da expressão "poder familiar", no lugar de "pátrio poder", e, apenas recentemente, a Lei nº. 12.010 de 3 de agosto de 2009, através do seu art. 3º, veio alterar a denominação de "pátrio poder", que ainda existia nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente para, "poder familiar".

Na substituição da expressão em foco, foi retirado o termo "pátrio", que se remetia a autoridade paterna, mas se manteve o "poder", o que é, de certa forma, criticável, uma vez que, contemporaneamente, se entende que, na verdade, trata-se de também de um dever dos pais com relação aos filhos.

Vale comentar que também se encontra na doutrina o termo "autoridade parental". Marcos Alves da SILVA, por exemplo, prefere essa terminologia, explicando que a palavra "autoridade" pressupõe necessariamente uma relação intersubjetiva, enquanto poder não, podendo se referir a objeto¹²². Isto é, a autoridade é exercida com relação às pessoas, adequada, portanto, à filiação, um conceito relacional. O adjetivo "parental", por sua vez, segundo o mencionado autor, remete à ideia de pai e mãe, e não de qualquer familiar, como sugere o vocábulo "familiar".

Os pais têm poder, autoridade sobre seus filhos, na medida do dever, da responsabilidade de protegê-los. Segundo Francisco José Ferreira MUNIZ, "as relações entre pais e filhos menores está centrada na ideia de proteção"¹²³. Assim, por exemplo, o pai ou a mãe não teriam o direito de visitação, mas direito dever de

¹²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 125.

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família... Op. cit., p. 630.

¹²² SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental.** Repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7-10.

¹²³ MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Direito de Família na solução dos litígios. In: _____. **Textos de Direito Civil.** Curitiba: Juruá, 1998. p. 94.

visitação, em razão do direito da criança à convivência familiar com ambos os genitores.

Na perspectiva da Constituição Federal de 1988, a relação dos pais com seus filhos só poderia ser mais igualitária e solidária¹²⁴, em que "a cooperação substitui a hierarquia e se acentua o objetivo primordial que é desenvolver a comunhão entre pai, mãe e filhos. Os pais devem-se mutuamente ajuda, consideração e respeito"¹²⁵. Diz a norma constitucional prevista no art. 229 que "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

A Carta Magna, outrossim, erige a paternidade responsável como princípio norteador do Direito de Família, no art. 226, § 7º: "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

Esclarece Eduardo de Oliveira LEITE, fazendo uma diferenciação entre a noção própria da paternidade e as responsabilidades da paternidade, que

O novo texto constitucional não obriga, quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Isto seria mesmo impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a **própria ideia de paternidade, assim entendida como intensa relação amorosa, autodoação, gratuidade, engajamento íntimo, independente de imposição coativa**. Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é.

Mas o que o novo texto constitucional não pode aceitar - e nisto deu mostras de intenso realismo, mesmo sacrificando noções tradicionais do direito de família brasileiro - é que o ato irresponsável de pôr um novo ser no mundo possa, sob alegação legal (como ocorria até então) furtar-se das responsabilidades daí decorrentes¹²⁶.
(grifos não constantes no original)

Mais adiante, arremata o autor que "a antiga hipocrisia, mantida sob o peso das aparências, cede passo à excelência da realidade e garante a supremacia, extraordinariamente imantada de efeitos, da paternidade responsável"¹²⁷. Aqui, a paternidade é usada em sentido genérico, abarcando também a maternidade responsável.

¹²⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas**. Op. cit., p. 101.

¹²⁷ Idem.

Como sintetiza Luiz Edson FACHIN, "Da família matrimonializada por contrato chegou-se à família informal, precisamente porque afeto não é um dever e a coabitação uma opção, um ato de liberdade. Da margem ao centro: os interesses dos filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, restam prioritariamente considerados"¹²⁸.

Dessa maneira, a Constituição de 1988 inaugura uma nova fase para o filho, concebendo-o como "filho-indivíduo"¹²⁹ e promulgando o estabelecimento de uma relação paterno-materno-filial mais igual, livre, solidária, afetiva, responsável, democrática.

Verificada as diretrizes da Constituição, mais especificamente com relação aos filhos, impõe transitar pela perspectiva constitucional do Direito Civil, como demarcação teórica do presente estudo. Para tanto, serão abordadas, num primeiro momento, as tendências de constitucionalização e descodificação desse ramo do Direito e, depois, de sua repersonalização e despatrimonialização.

2.2 A DESCODIFICAÇÃO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.

O Direito Constitucional e o Direito Civil se aproximam, hoje, de modo jamais visto. A interpenetração entre eles é marca da sociedade contemporânea, não se podendo divisá-los com precisão. A relação entre o público e o privado é alterada gradativamente, e o conjunto das alterações se dá a partir da Constituição, razão pela qual se entende por constitucionalização "o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil"¹³⁰.

No Brasil, a constitucionalização do Direito¹³¹ é fenômeno recente: foi a partir da Constituição de 1988¹³² e principalmente na última década, que se teve

¹²⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 98.

¹²⁹ PERROT, Michelle. Op. cit., p. 76.

¹³⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria.** Op. cit., p. 74.

¹³¹ Riccardo GUASTINI propõe entender por constitucionalização do ordenamento jurídico: "un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente),

reconhecida, além da supremacia formal, a supremacia material e axiológica da Constituição, pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com isso, a ordem jurídica passa a ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores e princípios nela consubstanciados, processo esse chamado de filtragem constitucional¹³³.

Considerando que a expressão constitucionalização do Direito pode apresentar diferentes significados, cabe esclarecer que a presente pesquisa se refere, portanto, "ao efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, para todo o ordenamento"¹³⁴.

Como já asseverado, esse processo de constitucionalização é recente. Segundo o ensinamento de Luís Roberto BARROSO¹³⁵, as relações entre o Direito Civil e o Direito Constitucional atravessaram, nos dois últimos séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa, culminando na constitucionalização do Direito Civil.

A primeira fase desse percurso tem como termo inicial a Revolução Francesa e marca-se pela separação entre o Direito Constitucional e o Direito Civil. O Direito Civil¹³⁶ era identificado com o próprio Código Civil, que regulava as

capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales". Tradução livre da autora: "um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente impregnado por normas constitucionais. Um ordenamento constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, capaz de condicionar o legislador, a jurisprudência, a doutrina, os atores políticos e as relações sociais". GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p.49.

¹³² Cumpre salientar que não só o Direito Civil, mas todos os ramos do Direito, o Direito Processo Civil, Direito Penal, Direito Tributário, Direito do Trabalho, todos vivem o processo de constitucionalização, motivo pelo qual Daniel SARMENTO afirma que a Constituição se tornou ubíqua, onipresente. Ainda, o citado autor menciona que não somente no Brasil, mas também em outros países, em maior ou menor escala, acontece ou já aconteceu esse processo, por exemplo, a Alemanha, sob a vigência da atual Lei Fundamental, de 1949; a Itália, sob a vigência da Constituição de 1947; a França, na década de 70; a Espanha, sob a vigência da Constituição de 1978; e Portugal, após a Constituição de 1976. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. p. 113-148. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 113-114.

¹³³ Ver J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA; e Paulo Ricardo SCHIER. Filtragem Constitucional.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 351.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 511.

¹³⁶ "Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou das leis civis as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no Code e que, em

relações entre as pessoas privadas, predominantemente patrimoniais, e o Direito Constitucional, com a "Carta Política", que disciplinava a organização do Estado e proferia meras intenções, sem caráter normativo vinculante. Nesse viés, o direito público "não interferia na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas"¹³⁷.

Paulo Luiz Netto LÔBO, ao tratar do tema, discorre que

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, como tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal¹³⁸.

A estabilidade e segurança dos Códigos Civis, contida no Código Civil brasileiro de 1916, entra em declínio na Europa, na segunda metade do século XIX, com reflexos a partir dos anos 20 do século XX na legislação brasileira¹³⁹. As transformações sociais, políticas, econômicas iniciadas pela 1ª Primeira Guerra Mundial, tornaram inevitável a necessidade de intervenção estatal na economia e de modo geral na vida civil¹⁴⁰, com o fim de "reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade"¹⁴¹.

Com percepção da desigualdade material entre os indivíduos, então, o Estado começa a intervir nas relações entre particulares, mediante incremento das normas de ordem pública, com o fim de proteger o pólo mais fraco da relação. É o que se denomina de publicização do Direito Privado. Oportuno ressaltar a diferenciá-la da constitucionalização do Direito Civil realizada por Paulo Luiz Netto LÔBO:

A denominada publicização **compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo**, característica do Estado Social do Século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais

seguida, viria a ser adotado pelas codificações do Séc. XIX". MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. In: Revista Estado, Direito e Sociedade, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ, v. I, 1991. p. 22.

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas... Op. cit., p. 3.

¹³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 14 de março 2003.

¹³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas... Op. cit., p. 4.

¹⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho... p. 23.

¹⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas... Op. cit., p. 4.

fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito de habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor (...). A publicização deve ser entendida como o processo de **intervenção legislativa infraconstitucional**, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos¹⁴².
(grifos não constantes no original)

Diante a necessidade de intervenção na sociedade, especialmente na economia, o Estado interveio mediante leis extracodificadas, inicialmente, com as chamadas de leis "excepcionais" ou "de emergência", para atender às demandas contingentes e conjunturais, consoante Gustavo TEPEDINO¹⁴³. Tal designação justificava-se pelo fato de essas leis oporem-se aos princípios dominantes da Codificação apenas excepcionalmente, mantendo-se o Código Civil como ordenador único das relações privadas. Conforme o citado autor,

a legislação de emergência pretendia-se episódica, casuísta, fugaz, não sendo capaz de abalar os alicerces da dogmática do direito civil. Delineia-se assim o cenário dessa primeira fase intervencionista do Estado, que tem início logo após a promulgação do Código Civil de 1916, sem que fosse alterada substancialmente a sua centralidade e exclusividade na disciplina das relações de Direito Privado¹⁴⁴.

Aos poucos essa situação foi mudando, de modo que a partir da década de 30 somavam-se uma enorme quantidade de leis extravagantes, que não tinham caráter emergencial, conjuntural, e que tratavam de matérias não previstas pelo Código Civil. Essas leis formavam um direito especial, paralelo ao Código, tornando-se esse o direito comum. Nesse segundo momento, o Código Civil perde, pois, sua exclusividade na regulação das relações privadas¹⁴⁵. Perde, o Código, a pretensão de regular a sociedade em seu conjunto, o que era sua finalidade precípua¹⁴⁶.

A intensificação desse processo intervencionista acaba por subtrair matérias inteiras do Código Civil, disciplinando-as integralmente, e não regulando mais apenas aspectos especiais¹⁴⁷. Além disso, os novos diplomas setoriais não se limitam a ditar normas apenas de direito material-civil, mas também normas de

¹⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização...** Op. cit.

¹⁴³ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas...* Op. cit., p. 4.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 5.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 5-6.

¹⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas...* Op. cit, p. 8.

direito processual, de direito administrativo, de direito penal, e passam a ser conhecidos como "estatutos"¹⁴⁸. Esses estatutos funcionam com inteira independência temática¹⁴⁹, de modo que o Código Civil passa a ter uma função residual e perde definitivamente sua centralidade.

Paulo Luiz Netto LÔBO afirma que, enquanto perduraram as condições de sobrevivência do Estado liberal, principalmente no século XIX, sendo no Brasil, até a Constituição Social de 1934, os Códigos Civis desempenharam funções relevantes que os mantiveram como o núcleo do direito positivo¹⁵⁰. Desaparecendo essas funções, os Códigos tornaram-se obsoletos. A complexidade da vida contemporânea também não se afinava com a rigidez de suas regras, surgindo a necessidade de leis multidisciplinares. Assim menciona o autor:

A revolução industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica, construíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de imersão de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada (...) Proliferam na década de setenta deste Século, e daí em diante, as legislações sobre relações originariamente civis **caracterizadas pela multidisciplinaridade**, rompendo a peculiar concentração legal de matérias comuns e de mesma natureza dos códigos. **Nelas, ocorre o oposto: a conjunção de vários ramos do direito, no mesmo diploma legal, para disciplinar matéria específica, não se podendo integrar a determinado código monotemático**¹⁵¹.
(grifos não constantes no original)

¹⁴⁸ Como características desses Estatutos, Gustavo TEPEDINO destaca que essas leis definem objetivos, como programas e políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente; tem uma linguagem jurídica mais setorial, propõem incentivos (poderia ser citado aqui a guarda subsidiada do Estatuto da Criança e do Adolescente), não se limita à disciplina das relações patrimoniais e tem em mira a realização da personalidade e dignidade da pessoa humana. *Ibidem*, p. 9-10.

¹⁴⁹ Inúmeros são os exemplos de leis que vieram regulamentar determinado assunto Código Brasileiro das Telecomunicações (Lei nº. 4.117/62), Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), Estatuto da Terra (Lei nº. 4.504/64), Lei de Alimentos (Lei nº. 5.478/68), Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515/77), Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº. 6.766/79), Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/81), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069, 13.7.1990), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), Lei de Locação de Imóveis Urbanos (Lei nº. 8.245/91, alterada pela Lei nº. 12.112/2009), Lei de Investigação da Paternidade (Lei nº. 8.560/92), Leis que disciplinaram a união estável (Lei nº. 8.971/94 e Lei nº. 9.278/96), Código de Propriedade Industrial (Lei nº. 9.279/96), Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº. 9.503/97), Lei dos Direitos Autorais (Lei nº. 9.610/98), Lei Pelé (Lei nº. 9.615/98), Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/2003), Lei sobre Violência doméstica e familiar contra a Mulher (Lei nº. 11.340/2006), Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº. 11.804/2008).

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização...** Op. cit.

¹⁵¹ *Idem*.

O Código Civil não dava, e não dá conta de disciplinar sozinho todos esses temas e, menos ainda, de modo interdisciplinar, não se sustentando mais a reconstrução do Direito Privado brasileiro em torno da codificação.

Essa passagem do monossistema jurídico, ancorado na centralidade do Código Civil, para um polissistema, constituído por microssistemas veio a ser denominado de descodificação do Direito Civil¹⁵². O citado processo, nos dizeres de Ricardo Luis LORENZETTI, "é, em grande medida, uma horizontalização do Código, que retira caracteres de generalidade e de norma hierarquicamente superior"¹⁵³.

Francisco AMARAL, por sua vez, define esse processo como "um fenômeno contemporâneo que consiste na fragmentação do sistema unitário do Código Civil, com a proliferação de leis civis especiais que reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados 'microssistemas jurídicos'¹⁵⁴.

Gustavo TEPEDINO¹⁵⁵ adverte que a fragmentação do sistema, em que haveria "a convivência de universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão" não pode ser admitida diante da realidade constitucional, posto "o cuidado do constituinte em definir os princípios e valores bastante específicos no que concerne às relações de direito civil".

Ante a pluralidade de fontes legislativas autônomas e a perda da centralidade do Código Civil, é preciso reunificar o sistema jurídico. De acordo com Gustavo TEPEDINO, isso é possível com o deslocamento do ponto de referência antes localizado no Código para a tábua axiológica da Constituição, pois: "o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recuperar-se-ia, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema"¹⁵⁶.

¹⁵² Para mais detalhes ver L'età et à della decodificazione, de Natalino Irti.

¹⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Op cit., p. 424.

¹⁵⁴ AMARAL, Francisco. **Transformação dos Sistemas Positivos a Descodificação do Direito Civil Brasileiro.** Disponível em: http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=376:imported_366&catid=17:artigos&Itemid=12

¹⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas... Op. cit., p. 5.

¹⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas. Op. cit., p. 13-14.

No mesmo sentido, Pietro PERLINGIERI lembra que se deve ter em conta a unidade do sistema jurídico:

O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas¹⁵⁷.

Maria Celina Bodin de MORAES, por sua vez, declara que "é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição"¹⁵⁸. Prossegue a autora que:

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público - direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um "mondo in frammenti", logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário.

Vale citar que Maria Celina Bodin de MORAES aponta ser questionável que a tamanha mutação da relação entre o Direito Privado e o Público tenha advindo exclusivamente da publicização do Direito Privado. Para ela, talvez tenha ocorrido uma mudança interna na própria estrutura do Direito Civil, sendo o intervencionismo estatal um elemento interagente e não razão primordial das mudanças no Direito Privado:

Em primeiro lugar, como se sabe, os códigos civis perderam a posição central que desfrutavam no sistema, verdadeiras constituições em que se configuravam, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade, institutos-chave do liberalismo. Além disso, a concepção de proteção da vida individual – construção em que subjaz a autonomia individual em sentido absoluto – deu lugar à noção de integração do homem na sociedade, substituindo-se, por força da industrialização, à figura do indivíduo isolado aquela da associação. A evolução do direito civil também se explica, pois, como efeito da influência das grandes correntes do pensamento, em particular, da marcada tendência a

¹⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 5-6.

¹⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho. Op. cit. p. 33.

uma justiça social em maior proporção, decorrente, principalmente, do alastramento do trabalho subordinado¹⁵⁹.

O centro do sistema jurídico passa a ser, então, a Constituição. Daí a Constitucionalização do Direito. Antes, o Código Civil era "a fonte", única e centralizadora, hoje é "uma fonte", interpretado e aplicado conforme os valores e princípios da Constituição. Explicita Luís Roberto BARROSO que "a fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil"¹⁶⁰.

A junção do Direito Civil e do Direito Constitucional leva a uma diferente hermenêutica, que Paulo Luiz Neto LÔBO comenta: "Antes havia a disjunção, hoje a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é radical: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)"¹⁶¹.

Mais adiante persevera o autor que o Direito Civil "agora ladeia os demais [ramos do Direito] na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Daí a necessidade que sentem os civilistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado"¹⁶².

Cumpra esclarecer que a constitucionalização do Direito Civil, no que se refere ao Poder Judiciário, não significa apenas a leitura a partir da Constituição, mas, importa três posturas, conforme Luís Roberto BARROSO¹⁶³: o reconhecimento da revogação expressa ou implícita das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis¹⁶⁴; a declaração de inconstitucionalidade

¹⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho... Op. cit. p. 33.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 505-518. p. 512.

¹⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização...** Op. cit.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ Ibidem, p. 364

¹⁶⁴ Observa-se que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, co-existiram dois disciplinamentos diversos: a Constituição e o Código Civil de 1916, como visto, impregnado de valores opostos. Sobre o episódio ocorrido de modo semelhante no ordenamento italiano, Pietro PERLINGIERI comenta que a solução para cada controvérsia deve ser encontrada à luz do inteiro ordenamento jurídico e, particularmente, à luz dos princípios fundamentais: "A questão da aplicabilidade simultânea de leis inspiradas em valores diversos (o Código Civil italiano, lembre-se, é de 1942: pertencia, portanto, ao ordenamento fascista; a Constituição, ao contrário, entrou em vigor

de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição quando com ela incompatíveis; e a uma interpretação conforme Constituição¹⁶⁵.

Nesse sentido também, Paulo Luiz Netto LÔBO assinala que "Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição"¹⁶⁶.

O Direito, como lembra Pietro PERLINGIERI, "é uma ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção"¹⁶⁷. Coerente se mostra, então, um sistema aberto de regras e princípios¹⁶⁸, para uma adequada releitura da ordem jurídica às novas realidades sociais.

Sobre a nova arquitetura do Direito Privado, Ricardo Luis LORENZETTI identifica normas fundamentais, compostas de regras, princípios e valores, que cumprem uma "função fundante", o que significa que servem para dar origem a normas delas derivadas, dentro do ordenamento; têm uma função interpretativa; constituem-se em limites a atuação legislativa, judicial e negocial; cumprem função de integração, sendo instrumentos para preencher uma lacuna; e têm uma função de integração sistemática¹⁶⁹.

em 1948) resolve-se somente tendo consciência de que o ordenamento jurídico é unitário. A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece conte-la e resolve-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam". PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 5.

¹⁶⁵ "1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou a outras possibilidades interpretativas que o preceito admira; 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição; 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal". BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 188-191.

¹⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 14 de março 2010.

¹⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002. p. 1.

¹⁶⁸ SCHIER, Paulo. Ricardo. **Filragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 106.

¹⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 280-281.

Luís Roberto BARROSO afirma "Toda interpretação jurídica é interpretação constitucional"¹⁷⁰.

Para explicar os caminhos da construção do Direito Privado contemporâneo à luz do Direito Civil Constitucional, Luiz Edson FACHIN propõe dois catálogos: a tríplice configuração espaço-temporal do Direito Civil Constitucional nos planos da existência, da validade e da eficácia; e a tríplice dimensão da Constitucionalização do Direito Civil¹⁷¹.

Como método e significado, o Direito Civil Constitucional passa pelos planos da existência, validade e eficácia. No primeiro plano, se triparte; no conhecimento objetivo do fenômeno, cuja origem está no texto da Constituição, mas a ele não se subsume; na autoridade que a denominação inculcou na produção jurídica nacional; e na resistência que o contexto sofre, demonstrando, *a contrario sensu*, a substância do que se refuta. No plano da validade, o aferir da validade do Direito Civil contemporâneo revela a coerência da construção que recolhe a força criadora dos fatos por meio da porosidade constitucional, atestado pelo princípio democrático e a dimensão material do texto constitucional. E, no plano da eficácia, as normas constitucionais têm inegável eficácia direta e imediata nas relações pertinentes ao Direito Civil.

Referente à filiação socioafetiva, pode-se dizer que ela é existente, válida e eficaz dentro dessa ideia do Direito Civil Constitucional.

Em outro tripé, Luiz Edson FACHIN organiza os sentidos da constitucionalização, formal, substancial e prospectiva, e defende essa última para que a "permanência constitucional" torne-se um "estado constitucional", e não mera promessa¹⁷².

Na dimensão formal, a Constituição Federal brasileira é apreendida apenas ao texto positivado. É um passo necessário, mas insuficiente. O sentido material complementa-o, inserindo na ideia de constitucionalização os princípios implícitos e aqueles decorrentes de princípios ou regras constitucionais expressas. As duas referidas dimensões formam a percepção intra-sistemática do ordenamento¹⁷³.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito... Op. cit., p. 511.

¹⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 16.

¹⁷² Ibidem, p. 17-18.

¹⁷³ Ibidem, p. 18.

No entanto, o desafio, para Luiz Edson FACHIN, é apreender o sentido extra-sistemático da constitucionalização: o sentido prospectivo. Isto é, "apreender o sentido da constitucionalização como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio das quais os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem prejuízos apriorísticos de exclusão"¹⁷⁴. Articulando essa ideia com a filiação socioafetiva, essa pode ser apreendida pelo Direito diante da relação paterno ou materno-filial concreta, na sociedade, fazendo com que os significados do estado de filiação sejam reconstruídos constantemente com a força dos fatos sociais.

Nesse contexto, convém no próximo tópico tratar de outros dois movimentos que o Direito Civil começou atravessar: a repersonalização e a despatrimonialização.

2.3 A REPERSONALIZAÇÃO E A DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.

A repersonalização, que "significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia. (...) Esse movimento coloca no centro as pessoas e as suas necessidades fundamentais"¹⁷⁵, provocando uma profunda alteração, já que o Código Civil brasileiro tinha em seu núcleo a noção do patrimônio.

A Constituição Federal de 1988, ao erigir como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, no art. 1º, III, colocou a pessoa no centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o ordenamento há de se voltar para sua proteção, considerando a Constituição como sua orientação e fundamento. Centradas nessa perspectiva, as normas constitucionais (princípios e regras), conferem unidade sistemática a todo o ordenamento¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria...** Op. cit., p. 74-75.

¹⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Questões...** Op. cit., p. 6.

Assinala Maria Celina Bodin de MORAES que "Ao invés da lógica proprietária da lógica produtivista, empresarial (era uma palavra, patrimonial), **são os valores existenciais que, porque privilegiados pela Constituição, se tornam prioritários no âmbito do direito civil**"¹⁷⁷.(grifos não constantes no original)

Com isso, se vê que acontece uma inversão das preocupações do Direito, como descreve Luiz Edson FACHIN:

Operou-se, pois, com relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações, fazendo que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa como instrumento para seu pleno desenvolvimento. (...) Não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação¹⁷⁸.

Orlando de CARVALHO defende que "se julga oportuna a repersonalização do direito civil - seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha - isto é, a acentuação de sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos. Sem essa raiz um tal direito é ininteligível (...) "¹⁷⁹, ressaltando que não é de um vago humanismo que cuida, mas de um humanismo mais concreto.

Mais adiante, pronuncia:

É essa valorização do poder jurisdicional do homem comum - sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, **como no direito de família, a sua afetividade se estrutura**, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potenciam -, **é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz o direito civil o foyer da pessoa**, do cidadão mediano, **do cidadão puro e simples**¹⁸⁰.
(grifos não constantes no original)

A repersonalização significa recolocar a pessoa, concreta e não abstrata, no centro das preocupações jurídicas. Bem afirma Jussara MEIRELLES que "A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais

¹⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho... Op. cit.

¹⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Questões...** Op. cit., 6.

¹⁷⁹ CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. Seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 90-91.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 92-93.

voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava como simples pólo de relação jurídica¹⁸¹.

Se, no sistema codificado, se tutelava um "sujeito virtual", abstrato, e o que interessava era o patrimônio, busca-se, contemporaneamente, aproximar-se da pessoa real e concreta, e considerá-la na sua essência e dignidade. É possível falar que, antes, o mais importante era o ter e não o ser¹⁸², agora, não mais.

É justamente a restauração da primazia da pessoa nas relações familiares, garantindo a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, a condição primeira de adequação do Direito à realidade, segundo Paulo Luiz Netto LÔBO¹⁸³.

Anteriormente, o sistema jurídico liberal, enraizado num racionalismo-individualismo, induzia à lógica, à generalidade e à abstração e, assim, primava pela razão, em detrimento à experiência, levando "a prisão do jurista à busca do sentido do direito exclusivamente no texto legal e, ao positivismo, chegando a Kelsen e sua teoria pura, divorciada da realidade"¹⁸⁴. Atualmente, suplantar a distância da realidade é uma busca incessante.

Pietro PERLINGIERI aponta para outra direção da dignidade humana no sistema jurídico: despatrimonialização do Direito Civil, deixando os interesses patrimoniais à serviço e em razão da pessoa. Por despatrimonialização "se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre o personalismo (**superação do individualismo**) e patrimonialismo (**superação da patrimonialidade fim a si mesma**, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)"¹⁸⁵ (grifos não constante no original).

Não se retira nem se reduz quantitativamente o conteúdo patrimonial no sistema jurídico pois "o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável", consoante o citado autor¹⁸⁶. A diferença, segundo ele, é a disponibilidade de encontrar na exigência de tutela do homem, um aspecto

¹⁸¹ MEIRELLES, Jussara. O ser. Op. cit., p. 111.

¹⁸² PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002. p. 4.

¹⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização... Op. cit., p. 152.

¹⁸⁴ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

¹⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., 2002. p. 33.

¹⁸⁶ Idem.

idôneo, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Os institutos patrimoniais são

inclinados a adequar-se aos novos 'valores', na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma **mais atenta aos valores existenciais**. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades **exteriores**, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e portanto sobre sua natureza (...) é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil **não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais**, mas com uma **tutela qualitativamente diversa**¹⁸⁷.
(grifos não constantes no original)

Como efeito do novo olhar constitucional sobre o Direito Civil, encaminha-se para as ideias apresentadas de repersonalização e despatrimonialização desse ramo do direito, fazendo-se uma releitura dos institutos civis da propriedade, posse, contrato, família. A família atual, marcada por interesses de cunho pessoal, humano, afetivo, conduz ao fenômeno da repersonalização das relações jurídicas de família, um processo em que se avança na revalorização da dignidade da pessoa humana, colocando a pessoa no centro da tutela jurídica¹⁸⁸.

Cumprir a advertência, feita pelo aludido Paulo Luiz Netto LÔBO, que a preocupação com a pessoa humana não é uma retomada do individualismo liberal. Aqui, tem-se em mente um humanismo ligado à solidariedade. Assim, quanto à família, bem adverte que:

A repersonalização, postas nestes termos, não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da dignidade de seus membros como pessoas humanas concretas, em suma, do humanismo que só se constrói na solidariedade, com o outro.¹⁸⁹

No mesmo sentido, mas quanto à filiação, anota Gustavo TEPEDINO:

O processo evolutivo acima enfocado, demarcado pela funcionalização, despatrimonialização e despenalização das relações de filiação, expressão de uma mutação axiológica que não escapou à percepção e à argúcia de alguns civilistas nacionais, não há de se confundir com o que poderia parecer um retorno ao individualismo. Neste prevalecia a vontade individual, o voluntarismo, ao qual se curvava a tábua de valores do ordenamento. No sistema civil-constitucional, ao reverso, sobreleva a dignidade da pessoa humana, a cujo respeito irrestrito deve-se subordinar a vontade privada¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 33-34.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização... Op. cit., p. 156.

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 553-554.

Maria Celina Boldin da MORAES bem abaliza a transformação experimentada pelo Direito Civil: "Em conseqüência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada"¹⁹¹.

Por este motivo, a criança e o adolescente devem receber tratamento digno, como pessoas, sujeitos da relação filial, ainda mais pela condição de pessoas em desenvolvimento¹⁹². Silvana Maria CARBONERA e Marcos Alves DA SILVA também comentam a valorização das pessoas humanas na relação paterno-filial, que decorre da tendência de repersonalização: "Os sujeitos da relação paterno-filial passaram por um processo de valorização, de modo que os papéis de pai e de filho foram reescritos à luz dos princípios constitucionais da dignidade e da igualdade"¹⁹³.

Concernente ao superior interesse da criança e à interpretação judicial, José da Costa PIMENTA faz uma diferenciação entre os interesses abstracto e concreto dos filhos. Aquele é o interesse geral, feito pelo legislador; esse, o interesse individual, realizado pelo juiz.

Já, todavia, relativamente aos efeitos da filiação atende-se ao interesse concreto dos filhos. Há de proceder-se a uma **individualização judiciária** dos casos que couberam na hipótese legal, **sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais do filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso**¹⁹⁴.
(grifos não constantes no original)

Portanto, todo o Direito Civil, na contemporaneidade, passa a voltar-se, sempre e mais, à proteção da pessoa humana, na sua essência e dignidade, com embasamento na Constituição Federal de 1988. As relações paterno-materno-filiais não fogem dessa transformação: as pessoas envolvidas, pais, mães e filhos,

¹⁹¹ MORAES, Maria Celina Boldin de. A caminho... Op. cit.

¹⁹² O art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

¹⁹³ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 350.

¹⁹⁴ PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986. p. 27.

sobretudo esses últimos, tornam-se o foco da atenção jurídica, sobrepondo-se aos interesses patrimoniais, sendo inaceitável atualmente a atitude contrária.

No tópico que segue, são abordadas as normas sobre a filiação previstas no Código Civil de 2002 e a edificação de uma hermenêutica adequada, tendo em vista a necessidade de constitucionalizar e repersonalizar o Direito Civil.

2.4 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

Na apreciação e aplicação do Código Civil de 2002 é preciso levar em conta, como adverte Luiz Edson FACHIN, que "um Código Civil (e por isso, o 'novo' Código Civil brasileiro) é uma operação ideológica e cultural que deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, reconstitucionalizando o conjunto de regras que integre esse corpo de discurso normativo"¹⁹⁵. Somente assim se terá uma interpretação do preceito normativo mais volvida às necessidades humanas da sociedade contemporâneas.

Hodiernamente, ainda que clara seja a norma, que não haja dúvida, é preciso desenvolver uma interpretação sistemática e harmônica com os valores e princípios constitucionais. Nessa ordem de ideia, Pietro PERLINGIERI aduz, sobre a interpretação axiológica como superação da interpretação literal, que a norma não está sozinha, ilhada, mas está inserida num ordenamento, e muda conforme a dinâmica desse:

a interpretação é, por definição, lógico-sistemática e teleológico-axiológica, isto é, finalizada à atuação dos novos valores constitucionais (...) Ele [o brocardo "In claris non fit interpretatio"] não responde, aliás, às novas técnicas legislativas que se caracterizam por uma proliferação e estratificação de leis com objetivos nem sempre homogêneos, por um abuso da ab-rogação tácita (ou por incompatibilidade) prevista pela maior parte das leis, por um uso sempre maior de cláusulas gerais que esperam ser preenchidas de um conteúdo específico, por uma hierarquia das fontes na qual as normas constitucionais exigem a prevalência, mesmo em presença de uma norma específica do caso, pela escolha feita pelo constituinte de conformar-se às normas de direito internacional universalmente reconhecidas¹⁹⁶.

¹⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Questões...** Op. cit., p. 12.

¹⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 72-73.

O projeto de lei do Código Civil de 2002 data o ano de 1975 e continha normas ultrapassadas com relação aos ditames normativos e axiológicos da Constituição Federal de 1988. Durante seu longo trâmite, várias modificações foram introduzidas no projeto, quando analisado pelo Senado Federal, com o fim de compatibilizá-lo com a Carta Maior. Ainda assim, o Novo Código foi aprovado e sancionado¹⁹⁷, contendo velhos estigmas do sistema codificado, o que revela "a índole não linear da cultura jurídica"¹⁹⁸.

Ao lado de emitir críticas e de propor alterações no Código Civil, é fundamental considerar que ele não é a única fonte do sistema jurídico, como foi visto, e construir uma interpretação sistemática e conforme os valores e princípios constitucionais, condizentes à realidade social contemporânea.

Como frisa Maria Celina Bodin de MOARES, "Negar tal atitude hermenêutica significaria admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a tecido axiológico próprio, desprovido da unidade normativa, traduzindo-se em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional"¹⁹⁹.

Os juristas contemporâneos podem exercitar uma postura mais voltada ao viés clássico ou não, promovendo ou não a mudança prática dos rumos. Por isso, quanto o Código Civil de 2002 ser ou não democrático, Maria Celina Bodin de MOARES bem conclui que:

Na realidade, **somente a interpretação conforme a Constituição da República, na perspectiva civil-constitucional, permitirá o pleno desenvolvimento daquele diploma legal**, do ponto de vista da consagração de relações familiares, conjugais e parentais, **ungidas pelos ideais democráticos constitucionalmente estabelecidos e pela cláusula geral da tutela da pessoa humana**²⁰⁰.
(grifos não constantes no original)

¹⁹⁷ O projeto foi aprovado em 2001 pelo Congresso Nacional e sancionado em 10 de janeiro de 2002 pelo Presidente da República, entrando em vigor 1 (um) ano depois, conforme prescrito no art. 2.044 do Código.

¹⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 10.

¹⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho... Op. cit., p. .

²⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. p. 639. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Dignidade humana**. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 613-640.

Tal intelecção mostra que, se o Código Civil de 2002 apresenta algumas normas com caráter prevalentemente patrimoniais, discriminatórios, ou que não albergue algum fato social, é o jurista que deve democratizá-lo, através de uma interpretação, produzida da incidência da Constituição Federal sobre ele.

Ademais, uma hermenêutica adequada do Código Civil de 2002, com base nos valores e diretrizes constitucionais promulgados em 1988, é justamente importante para a efetivação das normas constitucionais, de modo a vencer o desafio da distância entre as boas intenções e a realidade.

Carlos Eduardo PIANOVSKI comenta sobre a construção de uma hermenêutica do novo Código Civil:

O grande desafio é superar um velho problema, a clivagem abissal entre a proclamação discursiva das boas intenções e efetivação da experiência. Esse dilema, simploriamente reduzido ao fosso entre teoria e a prática, convive diuturnamente na educação jurídica. Compreendê-lo corresponde a fazer de uma lei instrumento de cidadania na formação para o Direito, nas salas de aulas e de audiências, no acesso democrático ao Judiciário, e nos espaços públicos e privados que reclamam por justiça, igualdade e solidariedade. Naquilo que apresenta de positivo, ainda que não seja tudo o que se almejava para a nova lei, queira a hermenêutica construtiva do novo Código Civil contribuir para que no Brasil se aproxime a realidade do sonho²⁰¹.

Nessa toada, algumas normas do Código Civil, na leitura à luz da Constituição, ganham outra denotação, o qual cabe ao intérprete abstrair. Paulo Luiz Netto LÔBO, a esse respeito, discorre que "As palavras utilizadas pelo legislador de 1916, reaproveitadas pelo legislador do novo Código, são apenas signos, cujos conteúdos deverão ser hauridos dos princípios e regras estabelecidos pela Constituição"²⁰².

Ao examinar, numa perspectiva qualitativa (além de quantitativa), das normas do Código Civil de 2002, Paulo Luiz Netto LÔBO²⁰³ averigua que é resistente o paradigma patrimonializante individualista-liberal na legislação, dando alguns exemplos disso, entre eles, a imprescritibilidade da contestação da paternidade e a primazia da filiação biológica (art. 1.601), tomadas numa interpretação inadequada.

²⁰¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p.

²⁰² LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 40-41.

²⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização...** Op. cit., p. 148; LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil**. Famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

O princípio da dignidade da pessoa humana, promulgado na Constituição Federal de 1988, passa a incidir diretamente no Código Civil e ser a condição de sua aplicação. Com efeito, deve-se buscar incessantemente a concreção dos interesses existenciais da pessoa, ainda que o novo Código, em suas normas, albergue interesses patrimoniais.

No que se refere ao ele, Luiz Edson FACHIN já escreveu que "nela [Lei nº. 10.406/2002] não pode ter mais lugar o *upgrade* plutocrático dos bens e coisas, e sim, nela há de haver, a minimalização do patrimônio e a maximização da afetividade"²⁰⁴.

Diante disso, impõe-se ao operador do Direito exercitar uma interpretação sistemática e conforme com a Constituição, uma leitura prospectiva à luz do caso em concreto, como maneiras imprescindíveis à interpretação e aplicação das regras do Código Civil. Segundo Ricardo Luis LORENZETTI, "A ideia é apresentar um juízo prático sistemático, no sentido de apreciar o Direito como ciência da solução de problemas, com uma constelação sistemática e consequencialista"²⁰⁵. Nesse sentido, também Francisco AMARAL: "É o tempo da razão prática e do sistema aberto"²⁰⁶.

Feitas considerações iniciais sobre a interpretação devida das normas do Código Civil, impende caminhar ao estudo do estabelecimento do vínculo jurídico da filiação.

2.4.1 Estabelecimento da filiação dos filhos matrimoniais.

O Código Civil de 2002, ao tratar das normas gerais do parentesco, mantém, de um modo geral, as disposições do Código Civil anterior, com algumas alterações. No art. 1.593, não faz menção à legitimidade do parentesco, harmonizando se com a

²⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. A filha das estrelas em busca do artigo perdido. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 372.

²⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. cit., p. 79 e 422.

²⁰⁶ AMARAL, Francisco. **Transformação...** Op. cit.

Constituição Federal de 1988, bem como estabelece que o parentesco pode resultar da consanguinidade ou outra origem qualquer, e não apenas na adoção, como fazia o art. 332 do Código anterior²⁰⁷.

Além disso, os termos "ilegítimos", "ilegitimidade" foram extirpados de todo o Código Civil. Assim acontece com o capítulo que disciplina, especificamente, a filiação, que passou a intitulado simplesmente "Da filiação", em substituição aos capítulos "Da filiação legítima" e "Da legitimação" do Código de Civil de 1916.

Contudo, é de vigor destacar que a divisão de filhos havidos dentro do casamento e os havidos fora dele não é discriminatória, apenas divide-se em razão do diferente modo de estabelecimento da filiação nas famílias matrimonial ou não matrimonial. O estabelecimento da filiação de pessoas concebidas fora do casamento se dá pelo reconhecimento voluntário ou judicial do pai e da mãe. Já no casamento, há a presunção da *mater semper certa est*²⁰⁸ e a presunção de que o pai da mulher casada é seu marido (*pater is est quem nuptia demonstrant*)²⁰⁹.

A respeito, Luiz Edson FACHIN aclara que "ao serem compreendidas no amplo conceito de família as relações matrimonializadas e as não matrimonializadas, mantém-se, por isso, sem que disso resulte ofensa ao princípio da igualdade, a distinção entre filhos matrimoniais e filhos não matrimoniais"²¹⁰.

No art. 1.596, o Código Civil de 2002 reproduz a igualdade constitucional entre os filhos, dispondo "Os filhos, **havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção**, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". (grifos não constantes no original)

É justamente em razão da igualdade entre os filhos que o vínculo biológico não decide a existência da filiação. Paulo Luiz Netto LÔBO assinala que "Se os filhos biológicos e adotados são juridicamente iguais, não pode a origem genética ser determinante para a filiação. A relação de afeto que se constrói na convivência

²⁰⁷ Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção.

²⁰⁸ Ainda que a manipulação genética coloque em cheque a presunção.

²⁰⁹ Na situação matrimonial, não é necessário o reconhecimento, pois se opera a presunção *pater is est*, mas pode haver, e geralmente assim ocorre, o reconhecimento pelo pai após o nascimento do filho e a necessidade do repouso da esposa.

²¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento...** Op. cit., p. 28.

entre pais e filhos, sejam eles biológicos ou não, é o que importa para o direito brasileiro, na atualidade²¹¹.

Também comenta Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL, ligando a ideia de convivência familiar, que "o estado de filiação seja compreendido como aquele que é construído com o passar do tempo, dia após dia, seja a origem biológica ou socioafetiva, de maneira que aquela pessoa que gerou (no corpo e no sentimento) exerça efetivamente o papel de pai ou mãe (construção cultural) e todas as suas funções parentais, para o melhor interesse do filho"²¹².

Adentrando no estabelecimento jurídico da filiação dos filhos não matrimoniais, a presunção da concepção na constância do casamento encontra-se no art. 1.597, repisando a norma do art. 338 o Código anterior, mas acrescentando mais três presunções para os casos de reprodução humana assistida:

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

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

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

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

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

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

A presunção da paternidade, inscrita no citado artigo legal, é relativa (*juris tantum*), admitindo prova em contrário²¹³.

É conveniente fazer a observação de que não se cogita mais sobre a legitimidade de filho: presume-se a paternidade em razão do estado de filiação, independentemente de sua origem. Assim, afirma Paulo Luiz Netto LÔBO:

Todavia, sob o ponto de vista da família socioafetiva prezada pela Constituição, que relativiza a origem biológica, essa presunção não é determinante da paternidade ou da filiação, pois, independentemente da fidelidade da mulher, **pai é o marido ou o companheiro que aceita a paternidade do filho, ainda que nascido antes do prazo de 180 dias do início de convivência, sem questionar a origem genética, consolidando-se**

²¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código**. Op. cit., p. 40-41.

²¹² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos, 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2010. p. 81-150. p. 95.

²¹³ Com relação à presunção que recai sobre a reprodução humana assistida heteróloga, sua discussão foge dos limites do presente capítulo.

o estado de filiação. Não se deve esquecer que a origem dessa presunção, e sua própria razão de ser, antes da Constituição, era a atribuição da legitimidade ou ilegitimidade da filiação.²¹⁴
(grifos não constantes no original)

O art. 1.598 traz uma novidade, estabelecendo também uma presunção relativa da paternidade quanto à viúva e à mulher que teve o seu casamento nulo ou anulado contraírem um segundo matrimônio e tiverem filho: "Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523²¹⁵, 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 e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597²¹⁶".

Com relação à contestação da paternidade decorrente de presunção referente ao homem casado, o art. 1.601 do Novo Código Civil afirma que incumbe ao marido, retirando o vocábulo "privativamente" constante no art. 344 do Código Civil de 1916. Diz a atual norma que "Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível".

Sob a ótica constitucional, Rose Melo VENCESLAU defende que a legitimidade ativa para a propositura da ação negatória de paternidade não é privativa do marido, sendo legítimos também, o filho, em função da unidade da filiação, já que o filho havido fora do casamento tem direito de impugnar o reconhecimento, e o pai biológico²¹⁷.

A reconfiguração da presunção *pater is est* é bem delineada por Paulo Luiz Netto LÔBO, quando afirma: "Antes, presumia-se **pai biológico** o marido da mãe. (...) Hoje, presume-se **pai** o marido da mãe **que age e se apresenta como pai,**

²¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código**. Op. cit., p. 45.

²¹⁵ Art. 1.523. Não devem casar:

(...)

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

²¹⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

²¹⁷ VENCESLAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica e, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Op. cit., p. 150 e 174.

independentemente de ter sido ou não o genitor biológico²¹⁸. (grifos não constantes no original)

No contexto contemporâneo, as normas têm a finalidade de reforçar a presunção *pater is est*, em sua nova configuração, assentando-se no estado de filiação. Por esta razão deve-se tomar cuidado com a contestação arbitrária da paternidade, pelo marido da mãe, em prejuízo do filho.

O Código Civil de 2002 não dispôs sobre a matéria de prova cabível na ação negatória da paternidade, como fazia o art. 340 do Código Civil de 1916, nem teria sentido em fazê-lo, diante do exame de DNA e demais provas de direito admitidas para averiguar o estado de filiação, qualquer que seja ele, de uma pessoa. Mas profere, no art. 1.599, que "A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade", trazendo uma *impotentia generandi* (impotência para gerar), que pode afastar a presunção.

Os artigos 1.600 e 1.602 são outros dispositivos legais que encerram sentido diferente daquele que havia na época do Código Civil de 1916 quanto aos seus arts. 343 e 346, merecendo interpretação apropriada aos novos tempos. Dizem as contemporâneas normas, respectivamente, "Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade" e "Não basta a confissão materna para excluir a paternidade".

Como visto no primeiro capítulo da presente dissertação, os antigos arts. 343 e 346 do Código Civil de 1916 tinham por fim reduzir o questionamento sobre a legitimidade do filho havido dentro do casamento. O Código anterior privilegiava a "verdade" jurídica (a presunção da paternidade) à "verdade" real biológica. O foco muda-se para atender o estado de filiação e sua preservação, o interesse do filho, conquanto haja adultério e confissão materna.

Contemporaneamente, o art. 1.600 ganha outro sentido por três razões, segundo Paulo Luiz Netto LÔBO:

A primeira remete ao contexto de sua aplicação, tendo por pano de fundo a família pluralizada e não apenas a matrimonializada; e a segunda diz com a mudança de paradigmas, para além da mudança de redação, abandonando-se o fim de atribuição de legitimidade ou ilegitimidade da prole para a de paternidade, independentemente de sua

²¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código**. Op. cit., p. 75.

origem; a terceira é referente ao abandono, tanto da sociedade quanto da legislação, da repressão legal ao adultério²¹⁹.

Quanto ao prazo da propositura da ação para contestar a paternidade, dispõe o art. 1.601 do Código Civil de 2002 que a ação é imprescritível. Se antes os prazos para o marido contestar a paternidade eram escassos e favoreciam, por vezes, o desenvolvimento de "uma mentira jurídica", em nome da estabilidade da família, a norma atual apóia-se em outro extremo, tornando a ação imprescritível: a qualquer tempo, pode o pai negar a paternidade.

Com a imprescritibilidade da ação, surge a preocupação com o embate jurídico da demanda se resumir a verificação do exame de DNA, sem considerar a peculiaridade de cada caso concreto e o interesse do filho, titular do direito ao estado de filiação.

A propósito, impende distinguir as ações positivas e as negativas, bem como verificar quem é o seu titular, como assenta Rose Melo VENCELAU²²⁰. A ação negatória da paternidade é uma ação negativa, visa desconstituir o *status* de filho de outra pessoa - diferentemente da ação de investigação de paternidade, que é ação positiva, promovida pelo filho, titular do direito de filiação, e, por isso, imprescritível.

Daí porque defende que a negatória de paternidade pelo pai não deveria ser imprescritível, tal como previsto no art. 1.601, pois seria afirmar que o vínculo paterno-filial é exclusivamente biológico e aceitar o determinismo biológico da filiação²²¹. Propõe a autora, a unidade da filiação, a prevalência do interesse do filho, a observação do comportamento do pai, a ocorrência de vício para o reconhecimento (formal ou tácito), operado pelo pai presumido²²². Mas, ao final, assenta que na hipótese de conflito de interesses entre pai presumido e filho, o deste deve prevalecer²²³.

Oportuno citar, por exemplo, que mesmo na situação em que o marido da mãe registra e cria a criança como seu filho fosse, desconhecendo que não é seu filho biológico, não se deve descurar da proteção do filho, especialmente se se tratar

²¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código**. Op. cit., p. 45.

²²⁰ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido...** Op. cit., p. 157.

²²¹ *Ibidem*, p. 162.

²²² *Ibidem*, p. 164-166.

²²³ *Ibidem*, p. 168-169.

de criança ou adolescente. Ao revés, há decisões²²⁴ que admitem a negatória da paternidade e anulação do registro civil de nascimento, desde apenas que o pai registral tenha sido induzido a erro ao registrar a criança. Mas não é isso que se deve priorizar, mas se a desconstituição de um estado de filiação não viola o interesse daquele filho.

Não pode a decisão se basear, unicamente, numa vertente e acabar, de repente, desprezando o melhor interesse do filho naquele caso. Agir assim é trocar um dogma por outro.

Verificar se a negatória tem sentido, dentro da perspectiva civil constitucional, passa pela análise das três noções da filiação - jurídica, biológica e socioafetiva - no caso em concreto e pela ponderação da proteção da pessoa humana do filho.

Oportuno citar, que, na IV Jornada de Direito Civil (2006), foi aprovado o Enunciado 339, segundo qual: "A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho"²²⁵.

O que se defende aqui é que a ação, imprescritível, não pode ficar à mercê do sentimento e vontade do pai, por exemplo, sem a consideração do estado de filiação socioafetiva instalado durante anos, sem priorizar o interesse do filho. Pode alegar a inexistência de elo biológico e instruir os autos com a prova mais segura disso, mas querer desconstituir o estado de filho em razão de interesses outros que

²²⁴ Por exemplo, a jurisprudência:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA.

- Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico.

- A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.

- A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade.

- Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.

- E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 878954/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 339)

²²⁵ AGUIAR JR, Ruy Rosado de (Org.). Op. cit., p. 71.

não sejam o bem estar e dignidade do filho, não tem sustentação no sistema constitucional vigente.

Como anota Rose Melo VENCESLAU, importante verificar se o comportamento do pai não é eventualmente contraditório, se "o pai reconheceu, cuidou e amou o filho por tempo suficiente para criar no filho uma história de vida que passou a integrar a sua própria identidade, de modo que a retirada do *status* de filiação lhe acarretaria irreparável ofensa à dignidade humana"²²⁶.

A propósito, impende mencionar o princípio do *venire contra factum proprium*, decorrente do princípio da boa-fé, pelo qual o autor da declaração falsa vindica a invalidade do registro do nascimento, conscientemente assumida. Tal princípio está inscrito no art. 1.604 do Código Civil de 2002 e aplica-se tanto à paternidade estabelecida por presunção como à paternidade estabelecida pelo reconhecimento voluntário: "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro".

Em alguns julgamentos do Superior Tribunal de Justiça já se atenta a eventual existência de um estado de filiação socioafetiva consolidado. No Recurso Especial nº 440.394 - RS (2002/0067683-0), verificou-se a existência eventual do estado de filiação socioafetiva, mas esse não configurou no caso. Vale destacar um trecho do acórdão, elaborado pelo Min. Relator Ruy Rosado de Aguiar:

Levo em boa consideração o que foi dito nos autos sobre a paternidade sócioafetiva, com transcrição da doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira ("Direito de Família - Uma abordagem psicanalítica", Del Rey, p. 131), tema que também tem sido objeto da preocupação da il. Dra. Cláudia Marques, il. Subprocuradora-Geral da República, que conduz à preservação do estado familiar. Talvez mais importante do que esclarecer a verdade biológica da paternidade seja manter a legitimidade da pessoa que exerce a função social de pai. No caso dos autos, porém, segundo reconhecido nas instâncias ordinárias, isso não acontece porque há muito os laços entre as partes estão rompidos²²⁷.

Considerando que a ação negatória de paternidade visa desconstituir o estado de filho, busca o fim de um *status*, parece que a desconstituição pode ofender a personalidade e dignidade da pessoa, mesmo nos casos em que um

²²⁶ VENCESLAU, Rose Melo. Op. cit., p. 162-163.

²²⁷ AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. União estável. Decadência. Não se reconhece a decadência do art. 178, § 3º, do CCivil para o companheiro propor a ação negatória de paternidade de filho nascido durante a união estável. Precedentes. Inexistência dos pressupostos que justificariam a preservação dos laços que decorrem da paternidade sócioafetiva. Recurso conhecido e provido. (REsp 440.394/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/2002, DJ 10/02/2003 p. 221)

adulto apenas transmitiu o sobrenome e foi considerado o pai no seio social (escolar, familiar, do bairro, da cidade). Em outras palavras, ainda que não tenha existido afeto, o nome (*nomen*) e o estado de filho identificado no meio público (*fama*) podem ter se incorporado, de tal maneira, na formação da personalidade do indivíduo, que a desconstituição pode não atender o interesse maior do filho, a proteção da pessoa humana. A posse de estado de filho consolidaria o vínculo jurídico e poderia atender o interesse existencial da pessoa.

O *status* em discussão é o do filho, como observa Rose Melo VENCESLAU: "a filiação é direito personalíssimo do filho (...) embora a paternidade constitua a outra face da filiação, as ações de estado devem ser analisadas sob a ótica preferencial do filho, não do pai"²²⁸.

É nesse momento que se faz necessário mais que uma subsunção dos casos à lei; é preciso uma interpretação adequada ao dispositivo legal, em conformidade com as diretrizes constitucionais, de modo que a ação negatória da paternidade pelo marido, mesmo que seja imprescritível, em tese, deve ser cotejada sempre com a tutela da pessoa humana e, nesse ínterim, com a verificação ou não da existência de convivência familiar.

Uma vez que o Direito não consegue prever todos os casos concretos possíveis, Rose Melo VENCESLAU salienta que "A solução do caso concreto deve ser cuidadosa para que não se transforme em fórmula matemática, sempre considerando o pai como o genitor. Os critérios biológico e afetivo devem ser ponderados, para que se decida de acordo com o melhor interesse da criança"²²⁹.

Tendo em vista os postulados da Constituição e uma interpretação sistemática do Código Civil, Paulo Luiz Netto LÔBO faz esse alerta, defendendo que, "ainda que imprescritível, a pretensão de impugnação não poderá ser exercida se fundada apenas na origem genética, em aberto conflito com o estado de filiação"²³⁰.

Nos dizeres do autor:

A Constituição rompeu com os fundamentos da filiação na origem biológica e na legitimidade, quando igualou os filhos de qualquer origem, inclusive os gerados por outros pais. **Do mesmo modo, o Código Civil de 2002 girou completamente da legitimidade e de sua presunção, em torno da qual a legislação anterior estabeleceu os requisitos da filiação, para a paternidade de qualquer origem, não a radicando mais e exclusivamente na**

²²⁸ VENCESLAU, Rose Melo. **O elo perdido...** Op. cit., p. 164-165.

²²⁹ Ibidem, p. 153.

²³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código.** Op. cit., p. 76.

origem genética. **Portanto, a origem genética, por si só, não é suficiente para atribuir ou negar a paternidade, por força da interpretação sistemática do Código Civil e de sua conformidade com a Constituição**²³¹.
(grifos não constantes no original)

Assim sendo, "pelos fundamentos jurídicos que informam o atual regime brasileiro da paternidade, o exercício imprescritível da impugnação pelo marido da mãe depende da demonstração, além da inexistência da origem biológica, de que nunca tenha sido construído o estado de filiação"²³². Segundo o autor, portanto, outro critério há de ser cotejado na apreciação da imprescritibilidade da contestação da paternidade: a construção do estado de filiação.

Márcio Antonio BOSCARO também destaca que a paternidade não pode ser impugnada ilimitadamente no tempo:

Por outro lado, não pode ser considerada ilimitada a possibilidade de que uma relação de paternidade seja livremente impugnada, a qualquer tempo, fato que demonstra que o legislador brasileiro não ignora as modernas noções de caráter socioafetivo das relações entre pais e filhos, notadamente porque também não inclui, no texto do novo Código Civil, norma possibilitando que uma terceira pessoa, alegando eventual legítimo interesse, venha postular a anulação de uma relação de paternidade já estabelecida, contra a vontade expressa das pessoas que desfrutam dessa relação.²³³

Cabe apontar que o art. 1.603 do Código Civil deve ser lido juntamente com o art. 1.609, que reproduziu os meios de prova da filiação da Lei nº. 8.560/92. Aquele pronuncia que "A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil", podendo assim retratar uma filiação biológica ou não.

À propósito, na I Jornada de Direito Civil, sucedida em 2002, foi elaborado o Enunciado 108, que estabeleceu que "No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a sócio-afetiva". A prova da filiação é feita pelo termo de nascimento, mas são admitidos, na sua falta ou defeito, os meios de prova, conforme o art. 1.605:

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

²³¹ Idem.

²³² Ibidem, 76-77.

²³³ BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 163.

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

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

(grifos não constantes no original)

Ou seja, pode a filiação estar demonstrada por "veementes presunções resultantes de fatos já certos", dicção da qual se desnuda a posse de estado de filho, possível de ser verificada entre o marido da mãe e o filho não biológico.

Ultrapassada o estabelecimento da filiação dos filhos nascidos dentro do casamento, passa-se ao estudo do estabelecimento da filiação dos filhos nascidos fora dele.

2.4.2 Reconhecimentos voluntário e judicial.

Como foi visto no primeiro Capítulo os filhos eram pelo Código Civil de 1916 divididos em duas grandes classes: os legítimos e ilegítimos, segundo se fossem havidos ou não do matrimônio, posto o modelo matrimonial de família instituído.

Os filhos havidos fora do casamento, denominados de filhos ilegítimos, se subdividiam em filhos naturais e filhos espúrios. Os naturais era aqueles que nascidos de pais não casados, mas que não tinham nenhum impedimento para casar. Já os espúrios eram frutos de adultério ou incesto e não poderiam ser reconhecidos.

Com o preceito da igualdade entre os filhos, estampado no art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, todos podem ser reconhecidos. O *status* de filho passou a ser um direito de todo e qualquer filho. O reconhecimento voluntário e judicial justamente tem o fim de assegurar a todos os filhos o direito ao pai e à mãe²³⁴.

Procurando adaptar-se à realidade constitucional, o legislador do Código Civil de 2002 denominou o Capítulo do Código anterior intitulado "Reconhecimento de filhos ilegítimos" de apenas "Do reconhecimento dos filhos".

²³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil... Op. cit., p. 251.

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento pode se dar de modo voluntário e judicial (denominado também de compulsório ou forçado). No procedimento de averiguação oficiosa, o reconhecimento pode ser voluntário ou judicial.

O ato de reconhecimento é, como já foi dito, um ato declaratório da existência de filho, pois o reconhecimento não cria a paternidade ou maternidade, é o Direito que deflui consequências do fato preexistente²³⁵. Em virtude da natureza declaratória, produz efeito *ex tunc* (efeito retroativo).

Cabe destacar que o reconhecimento voluntário de uma pessoa cabe, no sistema vigente, apenas quando ela não tem os pais ou um deles reconhecido. Quando já consta o nome do pai e da mãe no registro de nascimento, não se pode fazer outro reconhecimento do filho. É preciso antes desconstituir a paternidade ou a maternidade jurídica existente, para instituir outra.

O reconhecimento voluntário pode ser feito pelos pais, conjunta ou separadamente, nos termos do art. 1.607. Se feito separadamente, somente produz efeito a aquele que se declarou pai ou mãe (ato individual). Contudo, sendo o pai o declarante e trazendo consigo declaração de maternidade emitida pelo hospital, é estabelecida também a maternidade.

Além disso, o reconhecimento voluntário de filho somente pode ser realizado pelos próprios pais; por isso, se diz ser um ato pessoal e intransmissível²³⁶.

Quanto a sua forma, o reconhecimento voluntário deve obedecer à forma prescrita em lei (ato formal). Primeiramente o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 26²³⁷, ampliou o rol de formas que poderia ser feito o reconhecimento, em relação ao Código Civil de 1916, com acréscimo do reconhecimento por qualquer documento público, facilitando assim a declaração do estado de filiação;

²³⁵ FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade... Op. cit., p. 94-95.

²³⁶ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. ÓBITO. SUPOSTO PAI. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO. HERDEIROS. DESCABIMENTO. I - O direito de reconhecer voluntariamente a prole é personalíssimo e, portanto, intransmissível aos herdeiros, não existindo no direito positivo pátrio norma que atribua efeitos jurídicos ao ato pelo qual aqueles reconhecem a condição de irmão, se o pai não o fez em vida. II - Falecido o suposto genitor sem manifestação expressa acerca da existência de filho extra matrimonium, a pretensão de inclusão do seu nome no registro de nascimento poderá ser deduzida apenas na via judicial, por meio de ação investigatória de paternidade. Recurso não conhecido. (REsp 832.330/PR, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 02/04/2007, p. 270)

²³⁷ Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

posteriormente, a Lei nº. 8.450/92 alargou mais ainda o rol de formas de reconhecimento, instituindo que:

Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

O Código Civil de 2002, no seu art. 1.609²³⁸, reproduziu os meios de reconhecimento da filiação da Lei nº. 8.560/92.

Também se caracteriza o reconhecimento como um ato puro e simples (incondicionalidade), pois "são ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho (art. 1.613)". Daí porque o reconhecimento voluntário é um ato jurídico em sentido estrito; seus efeitos estão previsto em leis²³⁹.

O reconhecimento voluntário de filho tem também como caractere a irrevogabilidade (art. 1º, *caput*, Lei nº. 8.450/92, arts. 1.609, *caput*, e 1.610, Código Civil), que significa que, uma vez realizado, nas formas fixadas em lei, não poderá ser desfeito pelo arrependimento do declarante²⁴⁰.

Ainda no caso de testamento (que, por ser um ato de eficácia *post mortem*, pode ser revogado a qualquer momento até sua morte, desde que goze de plena saúde mental), a sua revogação não implica a revogação do reconhecimento da paternidade ou maternidade. Esse continua eficaz. Assim, dispõe o art. 1.610 do Código Civil atual: "O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento".

Somente quando provada a falsidade ou erro pode vindicar estado diverso do registro, como permite a ressalva do já mencionado art. 1.604 do Código Civil,

²³⁸ Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente 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.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

²³⁹ Para mais detalhes, ver FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Conseqüências práticas. Curitiba: EDUCA, 1988.

²⁴⁰ VENCESLAU, Rose Melo. **O elo perdido...** Op. cit., p. 186.

que assenta que "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro".

Conforme pondera Paulo LÔBO, esse preceito constava no Código Civil anterior, mas tinha o escopo de proteger a família legítima, que poderia ser perturbada com dúvidas sobre a paternidade atribuída ao marido da mãe. Já no contexto da Constituição Federal de 1988, segundo esse autor, esse dispositivo do Código de 2002 contempla a preservação do estado de filiação, qualquer que seja ela, retratada no registro²⁴¹.

No art. 1.608, o Código prescreve que "Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas". A interpretação dessa norma deve igualmente se voltar a maternidade de qualquer origem²⁴².

A impugnação do registro pode se fundar, consoante as normas aludidas (arts. 1.604 e 1.608), na falsidade ou no erro. A falsidade pode ser instrumental ou ideológica. A primeira alude à forma, atacando a forma do reconhecimento; e a segunda, refere-se a uma declaração falsa.

Nessa última situação, é próprio o pai ou a mãe ou ambos que criam um registro falso. Tendo em conta isso, Rose Melo VENCELAU²⁴³ pontua que se deve aplicar o princípio da proibição do *venire contra factum proprium* também para restringir o exercício de um direito do perfilhante de impugnar o registro inverídico, se ele sabia que não era o pai ou a mãe biológico do perfilhado no momento do reconhecimento.

Como afirma a autora, "entender que a revogabilidade do reconhecimento da paternidade fica ao livre alvedrio do pai registral com base apenas no exame de DNA é uma afronta à estabilidade das relações de filiação (...)"²⁴⁴. Segundo a citada outra, o interesse do filho e a conservação das relações familiares devem ser considerados critérios objetivos na definição do melhor interesse da criança.

Quanto à hipótese de existência de vício de vontade, isto é, quando o pai registral não tinha conhecimento da inexistência de vínculo biológico, o princípio do *non venire contra factum proprium*, não se aplica. Entretanto, no caso de o

²⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil. Op. cit., p.231.

²⁴² Ibidem, p. 245.

²⁴³ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido...** Op. cit., p. 201-202.

²⁴⁴ Idem.

declarante reconhecer como filho quem não biologicamente, desconhecendo tal fato, vislumbra-se que a anulação do registro pode não ser a mais acertada solução ao caso em concreto. O interesse protetivo do filho, a proteção da pessoa humana titular do estado de filiação, deve ser o critério primeiro a ser considerado em cada caso particular.

A revelação feita pela mãe de que não é o pai biológico, corroborada com o exame de DNA, pode desconstituir uma ideia - a de que não é o genitor natural -, mas desconstituir o convívio paterno-filial criado e estabelecido deve ser bem avaliado em cada caso.

Na desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade sob o argumento principal de existência de erro quanto ao vínculo biológico, o Judiciário deve estar volvido à satisfação da proteção da pessoa humana e, no caso específico, principalmente do filho. Esse deve ser o fundamento primeiro e não secundário para a desconstituição do estado de filiação, por terceiros ou pelo pai registral de longos anos e, muitas vezes, socioafetivo da pessoa²⁴⁵. Daí ser necessário um estudo psicossocial do caso concreto. Deveras, o registro de nascimento deve espelhar não o vínculo biológico, mas a estado de filiação que cada pessoa tem.

Quanto ao momento admissível do reconhecimento voluntário, pode ser a qualquer tempo, inclusive pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes, na dicção do art. 1.609, parágrafo único, do Código Civil, e do art. 26, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para o reconhecimento de filho maior de idade, é necessário o seu consentimento, em cumprimento do art. 1.614, primeira parte, do Código Civil de 2002²⁴⁶ e art. 4º da Lei nº. 8.560/92²⁴⁷. Já o filho menor pode impugnar o reconhecimento voluntário no prazo de 4 anos que se seguirem à maioridade, de acordo com o art. 1.614, segunda parte, do Código Civil.

²⁴⁵ Como é visto no capítulo 3, a posse de estado de filho não precisa ser atual.

²⁴⁶ O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

²⁴⁷ Art. 4º O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.

Com relação à necessidade do consentimento do filho, Rose Melo VENCELAU assinala o interesse maior da filiação imprimido da norma, tecendo o seguinte comentário:

Não se trata de apurar a nulidade ou anulabilidade da declaração, mas de simples conveniência do filho. Dito diversamente, basta que ele não queira ser reconhecido. Não importa que haja vínculo biológico entre o perflhante e perflhado, pois **enquanto a consanguinidade obriga o pai ao vínculo jurídico, não o faz em relação ao filho. É mais uma demonstração de que em matéria de filiação é o interesse do filho que prepondera**, pois se não lhe convém a relação paterno-filial, pode convir ao perflhante, mas é o interesse daquele que será preferencialmente tutelado²⁴⁸.
(grifos não constantes no original)

O art. 1.614 repete o art. 362 do Código anterior, afirmando que "O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação". Segundo Paulo LÔBO, o art. 1.614, ainda que reproduzido do Código anterior, harmoniza-se com o modelo de família e de filiação tutelado pela Constituição Federal e 1988, pois realiza o princípio da liberdade de ter também o pai afetivo e não o determinado pela biologia, conforme sua realidade²⁴⁹.

Com relação especificamente à segunda parte da norma em tela, o filho, após a maioridade, pode impugnar o reconhecimento realizado, o que nada mais é que "o exercício de direito a ter ou não como pai ou mãe quem reconheceu o titular como filho"²⁵⁰, aclarando que a filiação é um direito e não um estado de sujeição.

É oportuno apontar um resquício discriminatório previsto no art. 1.611, que diz que "o filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro". Deveras, esqueceu que a criança e o adolescente detêm proteção integral e prioridade absoluta. Eles

não devem ficar subjugados aos interesses dos adultos, em prejuízo de seus direitos fundamentais. Não é admissível, portanto, condicionar a convivência familiar do filho (art. 227 da CF/88) ao desejo do outro (cônjuge ou companheiro) e afastar a possibilidade deste filho reconhecido residir com o genitor. Esta norma pode levar à absurda colocação de um menor de 18 anos sob a guarda de outros familiares ou terceiros, por mero capricho ou ciúme daquele com quem convive o genitor que o reconheceu²⁵¹.

²⁴⁸ VENCELAU, Rose Melo, Op. cit., p. 194.

²⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil. Op. cit., p. 268.

²⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. (Coord. Álvaro Villaça Azevedo). Código. Op. cit., p. 130.

²⁵¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. Op. cit, p.. 84-85.

A leitura do art. 1.611 deve ser conjugada com o art. 1.612, que pronuncia "O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor".

Ora, o requisito do consentimento do outro cônjuge ou companheiro não pode impedir a fixação da guarda que atenda ao melhor interesse da criança e do adolescente. O instituto da guarda deve atender ao princípio constitucional da convivência familiar, podendo ser dispensável o consentimento do outro cônjuge ou companheiro para que a criança ou o adolescente resida no lar conjugal. Nessa toada, leciona Paulo Luiz Netto LÔBO: "se a convivência com o pai ou mãe não casados é impossível ou desaconselhável, a prioridade será a convivência com o que seja casado, independentemente do consentimento de seu cônjuge"²⁵².

Por derradeiro, vale mencionar a norma do art. 1.617, que prescreve que "A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo". Fazia sentido na época do Código Civil de 1916 (art. 367); hoje é dispensável, já que o reconhecimento de um filho não depende mais da existência de casamento de seus pais.

Transposto o reconhecimento voluntário de filho, prossegue-se ao reconhecimento judicial. Diz o art. 1.616 do Código Civil de 2002 prevê que "a sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade".

O tratamento constitucional igualitário entre os filhos reflete no reconhecimento judicial, pois todos os filhos podem buscar seu reconhecimento como tal, não importando que seus pais sejam casados com outras pessoas, solteiras ou irmãos.

Não estando estabelecida a filiação ou querendo afastar o vínculo filial jurídico existente, o filho pode demandar o estado de filiação, através da ação de investigação da paternidade ou maternidade.

É o estado de filiação que se busca, não se reduzindo a uma paternidade/maternidade biológica. Logo, é admissível fundamentar uma

²⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil...** Op. cit., 118-119.

investigação de paternidade ou maternidade na posse de estado de filho, buscando o reconhecimento do estado de filiação real da pessoa. A respeito, Paulo Luiz Netto LÔBO explana: "A ação não tem mais como finalidade atribuir a paternidade ou maternidade ao genitor biológico. Esse é apenas um elemento a ser levado em conta, mas deixou de ser determinante. O que se investiga é o 'estado de filiação', que pode ou não decorrer da origem biológica"²⁵³.

Em razão disso, o exame de DNA pode ser insuficiente em alguns casos para retratar o real estado de filiação que uma pessoa detém. Mostram-se oportunos os claros dizeres de Paulo Luiz Netto LÔBO: "do exame [de DNA] não sai o pai ou a mãe, mas o genitor biológico"²⁵⁴.

Além do filho, cabe fazer a ressalva de que o Ministério Público pode propor ação investigatória (legitimidade extraordinária), mas somente quando o registro de menor tem apenas a maternidade reconhecida e o suposto pai, após a averiguação oficiosa da paternidade, não responde à notificação no prazo de 30 dias ou nega a paternidade, com arrimo no art. 2º, §4º, da Lei 8.560/92²⁵⁵.

Já quanto à contestação da ação de investigação de paternidade ou maternidade, qualquer pessoa que justo interesse tenha pode propô-la, como por exemplo, o pai biológico, o pai registrado, o pai afetivo, a cônjuge ou companheira do suposto pai e os herdeiros desse, nos termos do art. 1.615.

A propósito, não se pode esquecer da distinção entre as ações positivas e as negativas, e de verificar quem é o seu titular, como assenta Rose Melo VENCELAU²⁵⁶. Segundo a autora, as ações positivas visam à declaração afirmativa de um estado, mesmo que para tanto um estado anterior tenha de ser negado; e as ações negativas negam o estado de uma pessoa.

As primeiras, quando ajuizadas pelo titular do estado, são imprescritíveis. Já as segundas devem prescrever quando o legitimado ativo não é o titular do estado. Tais distinções, justifica a autora, deve se dar porque o estado de filiação é direito

²⁵³ Ibidem, p. 137.

²⁵⁴ Ibidem, p. 138.

²⁵⁵ Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.(...)

§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

²⁵⁶ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido...** Op. cit., p. 224-225.

personalíssimo do filho, "intimamente ligado a sua identidade, de modo que se é ele quem vindica sua alteração, na verdade busca a realização da sua própria dignidade".

Ainda, nesse passo, vale destacar que nem a presunção *pater is est* nem o reconhecimento voluntário já existente impede o filho de investigar a paternidade. O vínculo jurídico de filiação existente é cancelado se a ação de investigação for julgada procedente, como consequência lógica do reconhecimento judicial.

O reconhecimento forçado também produz efeito declarativo do estado de filiação que já existia antes dele, tendo, portanto, efeito retroativo à data de nascimento do filho (efeito *ex tunc*)²⁵⁷.

Desse modo, a reflexão e a interpretação das normas do Código Civil de 2002 atinentes ao estabelecimento da filiação, devem estar estribadas fundamentalmente nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, da liberdade, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente, de modo a possibilitar contemporaneamente sua aplicação satisfatória nos casos concretos, propiciando o desenvolvimento e bem estar dos participantes da relação filial, em especial do filho.

Situadas as transformações constitucionais e enfrentado o estabelecimento jurídico da filiação, dirige-se ao estudo da construção da filiação socioafetiva, apresentando, primeiramente as três dimensões da filiação reconhecidas atualmente.

²⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Op. cit., p. 265.

3 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM CONSTRUÇÃO.

3.1 AS VERTENTES DA FILIAÇÃO: JURÍDICA, BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA.

Do princípio que institui a igualdade entre os filhos, emana o direito de todos eles serem declarada a sua "verdadeira" paternidade e maternidade, o que demanda, algumas vezes, uma grande e complexa empreitada.

A filiação pode ser considerada de modo simples e amplo como "a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos"²⁵⁸, sendo denominada, do ponto de vista do pai e da mãe, respectivamente, de paternidade e maternidade. Tecnicamente se trata de uma relação de parentesco em linha reta, de 1º grau, por consanguinidade ou outra origem (art. 1.591²⁵⁹ c.c art. 1.593²⁶⁰ do Código Civil de 2002).

Essa relação entre pais e filhos pode se assentar nas diversas vertentes: jurídica, biológica ou socioafetiva. Maria Cristina de ALMEIDA aduz que

o tema da paternidade ou da filiação no Direito de Família contemporâneo implica, necessariamente, enfocar os três momentos que hoje se interligam na relação paterno-filial: a paternidade jurídica ou presumida (dado legal - imposto pela ordem jurídica), a paternidade científica, biológica ou genética (dado revelado ou conquistado pela medicina genética) e a paternidade socioafetiva (dado cultural ou histórico, construído em conformidade à ordem axiológica de uma determinada época)²⁶¹.

No meio jurídico, as filiações jurídica e biológica já estão consagradas. A filiação afetiva, a seu turno, é uma teoria jurídica inovadora, desenvolvida pela jurisprudência e pela doutrina, sem previsão expressa na legislação brasileira,

²⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina...** Op. cit., p. 549.

²⁵⁹ Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

²⁶⁰ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

²⁶¹ ALMEIDA, Maria Christina de. **A paternidade socioafetiva e a formação da personalidade.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=54>. Acesso: 15.3.2010.

diferentemente de outros países que já a reconhecem legalmente, como França e Portugal²⁶².

Em linhas gerais, a vertente jurídica da paternidade é aquela que o ordenamento determina - através de presunções e do reconhecimento voluntário ou forçado. A biológica é aquela que deriva do liame genético de pai e filho. E a filiação socioafetiva, a que se forma pelos laços de afeto típicos de pai e filho, construídos no dia a dia da convivência familiar.

A vertente jurídica da filiação diz respeito àquela que o ordenamento determina: quanto aos filhos advindos na constância do matrimônio, o Código Civil atual, como visto, prevê várias formas de presunção da paternidade quanto ao marido da mãe (art. 1.597).

A presunção *pater is est* estava vinculada ao modelo matrimonializado de família, da Codificação de 1916, em que a paz familiar sobrepunha-se à felicidade de cada um dos membros da família e à verdade biológica. Era praticamente absoluta, já que a contestação da presunção da paternidade era deferida apenas ao marido (art. 344), em tempo curtíssimo (art. 178, §3º e §4º, I) e em hipóteses restritas (art. 340 c.c. art. 341).

Tinha-se, muitas vezes, uma mentira jurídica, porque o sistema da época não permitia aberturas para desestabilizar a família matrimonial. Quando não coincidia o dado biológico com a presunção jurídica, o sistema jurídico dava prevalência a essa, afastando-se da realidade. Assim acontecia na hipótese de filho adúlterino *a matre* em que o marido não tenha contestado a paternidade.

Nos dizeres de Maria Cristina de ALMEIDA, "com tal consagração legislativa, a paternidade legalmente esculpida distancia-se da sua base ou origem biológica para atender a interesses da própria família codificada, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica"²⁶³.

Com o abandono do modelo único de família, do modelo matrimonial, o exame de DNA, a previsão do melhor e superior interesse da criança, a mudança axiológica do Direito Civil, a força da presunção *pater is est* é abrandada²⁶⁴. Como é

²⁶² Conforme estudo realizado por Luiz Edson FACHIN. FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 63.

²⁶³ ALMEIDA, Maria Christina. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 451-452.

²⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento...** Op. cit., p. 41.

sabido, o marido da mãe nem sempre é o pai da criança, podendo negar a paternidade, com mais facilidade, em comparação à época de vigência do Código Civil anterior.

Atualmente, a contestação da presunção da paternidade do marido é imprescritível, nos termos do art. 1.601, diferentemente do que acontecia no Código Civil de 1916, em que a ação para contestar era de 2 (dois) ou 3 (três) meses conforme a presença ou não do marido. Ou seja, a qualquer momento, a princípio, o pai ou o outro legitimado pode negar a paternidade.

Houve uma mudança para outro extremo, também impróprio, pois se permite a propositura da negatória da paternidade indefinidamente no tempo, como visto no capítulo anterior, correndo-se o risco de a discussão se resumir à análise do exame de DNA e de não se averiguar a existência de filiação socioafetiva.

A verificação da razoabilidade da negatória da paternidade pressupõe a análise das três noções no caso em concreto. Não pode a decisão se basear apenas numa vertente e trocar um dogma por outro. Nenhuma delas é absoluta.

Quanto à vertente jurídica, por fim, cabe frisar que, embora não corresponda em alguns casos à realidade, não pode ser desconsiderada por completo, a ponto de ser retirada do ordenamento, já que ela facilita a determinação da paternidade de filhos de pais casados. Do mesmo modo o reconhecimento voluntário de filho, instaura uma relação de filiação jurídica, que passa a formar a personalidade de uma pessoa.

Já a vertente biológica, inicialmente, era uma "verdade proibida"²⁶⁵, pois filhos eram apenas aqueles concebidos na forma jurídica, ficando a descendência genética de fora da tutela do sistema quando não coincidia com a concepção jurídica de filiação.

Não fosse só isso, mas a prova do liame biológico era, anteriormente, bastante precária e rudimentar. O exame de DNA é um avanço recente, porquanto floresceu na década de 80; e inicialmente, era para poucos, devido seu elevado custo, tornando-se hoje mais acessível e podendo ser, em alguns Estados, custeado pela justiça gratuita.

²⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 20.

Anteriormente, fazia-se, por exemplo, caricaturas do pretenso pai e da criança, procurando encontrar semelhanças fisionômicas entre eles, cujo resultado poderia ser refutado já que praticamente infinito o número de elementos fisionômicos²⁶⁶. Ou então, trazia-se elementos relacionados à existência ou não de relacionamento sexual, como notícia da última menstruação, duração da gestação, ecografias, esterilidade, data do parto.

Depois, houve os exames laboratoriais de tipagem sanguínea, mas esses funcionavam apenas como métodos de exclusão, não oferecendo segurança na determinação da paternidade. A criança poderia apresentar o mesmo tipo sanguíneo (A, B, O, AB), determinações de caracteres M, N e MN ou ainda o mesmo fator RH que o suposto pai²⁶⁷, mas não significa que existia entre eles uma relação de paternidade biológica. Ao contrário, sendo o resultado do exame excludente, prestavam-se para a exclusão da paternidade.

Com os progressos nas técnicas médicas, mais especificamente com o exame de DNA, atualmente, a revelação biológica ganhou suma reverência²⁶⁸ no estabelecimento da filiação. O pai pode agora reconhecer seu filho biológico, pode ser demandado para o reconhecimento da paternidade e, até mesmo, impugnar a paternidade que lhe foi atribuída, sem impedimentos legais, e com base em um dado científico muito mais seguro.

O teste de DNA (ácido desoxirribonucléico) proporciona um resultado comprovado de probabilidade de paternidade de 99,9999% e exclusão de 100%²⁶⁹. De uma presunção (*pater is est*) ou de uma convicção judicial baseado numa certeza moral e relativa passa-se a ter a possibilidade de uma certeza científica do DNA nas decisões. A presunção da paternidade acabou por ceder, paulatinamente, lugar à "certeza" das provas científicas da filiação biológica (e também ao fato social e ao afeto da filiação socioafetiva).

Maria Christina de ALMEIDA afirma que "A alteração de rota do direito brasileiro, em particular da jurisprudência, foi determinada pelos avanços científicos em matéria de engenharia genética, em particular a descoberta do exame pericial

²⁶⁶ RASKIN, Salmo. **Investigação de Paternidade**. Manual Prático do DNA. Um guia para saber quando e como questionar o teste de paternidade em DNA. Curitiba: Juruá, 1999. p. 15.

²⁶⁷ Ibidem, p. 16-17.

²⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 20.

²⁶⁹ RASKIN, Salmo. Op. cit., p. 8.

em DNA, pelo qual se reputa determinada a paternidade com a confiabilidade absoluta"²⁷⁰.

Impõe destacar a importância deste avanço biotecnológico, principalmente para aqueles que não tinham nenhum pai. Saliente-se que o abandono material não é o principal dano ao filho; "o mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não-presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, a segurança e a proteção"²⁷¹.

Transparece facilmente um dano à personalidade dos filhos, já que, com o reconhecimento da filiação, ocorre, de um modo em geral, um salto no rendimento escolar dessas crianças e/ou adolescentes. É o que revelam os trabalhos das escolas, realizados com o apoio do Poder Público, desenvolvidos para ter as crianças reconhecidas²⁷².

A vertente biológica rompe com a vertente jurídica enraizada no Código Civil brasileiro. Elucidam Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva que

com a tecnologia dando amplas condições para uma determinação mais precisa de resultados, a vinculação entre genitores e gerado passa a ser uma verdade passível de conhecimento. A esfera jurídica se apropria desse conhecimento antes desconhecido, e o laudo passa a informar a possibilidade jurídica da criação de uma relação paterno-filial.²⁷³

Tornou-se, assim, o exame de DNA, um grande meio de prova na busca da paternidade ou maternidade (biológica) ou apenas do conhecimento da ascendência genética, trazendo benefícios à pessoa dos filhos²⁷⁴. Contudo, acompanha-o um grande problema: a sua sacralização.

²⁷⁰ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade**. Aspectos Polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 53.

²⁷¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? *In*: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise**. Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 225.

²⁷² Como revela o Projeto Paternidade Responsável, realizado no Estado de São Paulo, pelo Tribunal de Justiça estadual, em parceria com a Secretaria Estadual da Educação, a Defensoria Pública do Estado e a Arpen (Associação Nacional de Registradores de Pessoas Naturais) em 2007. Tal Programa teve início em 2006, com um projeto piloto em duas escolas da zona leste de São Paulo. Conselho Nacional de Justiça. **Programa de Reconhecimento de Paternidade é caso de sucesso do TJ-SP**. Disponível em: http://monoceros.cnj.gov.br/portal.php?option=com_content&view=article&catid=1%3Anotas&id=2931%3Aprograma-de-reconhecimento-de-paternidade-aso-de-sucesso-do-tj-sp&Itemid=675&lang=pt Acesso em: 1/6/2010.

²⁷³ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 356.

²⁷⁴ Como bem afirma Andrew BAINHAM: "(...) the question will not be whether to prefer the genetic or social parent but now to accommodate both on the assumption that they both have distinctive contributions to make to the life of the child". Tradução livre da autora: "(...) a questão não

De acordo com Leila Maria Torraca de BRITO, "um aspecto é reconhecer que o progresso da genética traz fim à idéia de pai desconhecido, outro é utilizar o resultado desses exames para negar filiações constituídas, reconhecidas socialmente, firmadas publicamente por vontade"²⁷⁵.

Atingiu-se à suprema veneração da descoberta do pai de sangue, em que se vê o exame de DNA como único meio de prova para definir a paternidade, como se ela fosse apenas biologicamente definida. Conseqüentemente, nessa situação, coloca-se a vertente biológica em patamar mais elevado.

Leila Maria Torraca de BRITO observa que as provas genéticas vem ocupando o lugar da legitimidade, explanando ao final o perigo, segunda ela, mais cruel:

se anteriormente a legitimidade era vinculada à existência de casamento entre os pais da criança, hoje a legitimidade passa a ser aferida pela similaridade genética. No entanto, um resultado negativo do exame de DNA não conduz à interpretação de filiação ilegítima, mas de modo mais cruel, à inexistência do substantivo. Perde-se parentes não só pela morte destes, mas pelo resultado do exame de DNA, visto como prova que rapidamente - poupando tempo, indagações ou novas avaliações - aponta resultado visto como preciso, irrefutável²⁷⁶.

A biologização da filiação alcança o extremismo, já que a busca pela paternidade começou a se resumir a feitura do exame de DNA. Em tributo a esse extremismo, Luiz Edson FACHIN²⁷⁷ refere-se aos "filhos do laudo", em que o laudo ou exclui a paternidade ou afirma a paternidade. Se o médico-perito diz que a criança é o(a) filho(a), o juiz decreta o suposto pai como o pai.

Chega-se ao ponto, de se juntar o exame citado e pretender dispensa da instrução probatória e do inerente contraditório, como se a revelação do teste do DNA fosse o bastante para descortinar a "verdadeira" paternidade. Mas muito pelo contrário, o exame de DNA não é único instrumento para avistar a relação paterno-materno-filial. Nos dizeres de Jussara Maria Leal de MEIRELLES, "o dado genético faz definir a ascendência biológica. Mas o liame entre o ascendente e o descendente

será preferir pais genéticos ou pais sociais, mas como acomodar ambos na suposição de que eles têm distintas contribuições a promover à vida do filho". BAINHAM, Andrew. Parentage, Parenthood and Parental Responsibility. *In*: BAINHAM, Andrew; SCLATER, Shelley Day; RICHARDS, Martin. **What is a Parent? A Socio-Legal Analysis**. Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing, 1999. p. 25-46.

²⁷⁵ BRITO, Leila Maria Torraca. **Paternidades contestadas**: a definição da paternidade como um impasse contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 108.

²⁷⁶ Ibidem, p. 108-109.

²⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 74.

pode parar por aí. A paternidade é muito mais do que qualidade posta, previamente definida"²⁷⁸.

Além dessa limitação do exame de DNA, Maria Christina de ALMEIDA adverte também para a confiabilidade cega nos laudos desses e nos respectivos laboratórios, que devem ser regulados e fiscalizados; e salienta ser fundamental importância do diálogo interdisciplinar entre o Direito e a Engenharia Genética na apuração da verdade do vínculo biológico almejada pelas ações de investigação de paternidade²⁷⁹.

Zeno VELOSO bem lembra que:

temos que alertar sobre os grandes riscos e perigos que se corre com esta confiança cega, irrestrita, absoluta, nos testes genéticos. A veneração, a sacralização, a divinização do DNA (e sem, mesmo, ter-se conhecimento de quem faz, ou de como foi feito o exame) é atitude desarrazoada, que tem causado transtornos e desvios. A questão ainda está envolvida de muita incerteza e insegurança. Em países muito mais desenvolvidos do que o nosso, os próprios cientistas têm sugerido que se tenha cuidado com a supervalorização dos testes de DNA.²⁸⁰

Junto com o progresso científico do DNA, surgiram novos dilemas. A busca da "verdadeira" filiação enfrenta ainda os avanços tecnológicos na reprodução humana, surgindo questões sobre as possibilidades e os limites da nova filiação²⁸¹. Jacqueline NOGUEIRA defende que "a realidade das procriações artificiais revelou aos juristas que o vínculo genético a tudo não justifica, que a base do real

²⁷⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Reprodução Assistida e Exame de DNA: Implicações Jurídicas**. Curitiba: Genesis Editora, 2004.

²⁷⁹ ALMEIDA, Maria Christina. **Investigação...** Op. cit., p. 145-148.

²⁸⁰ VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 379-390.

²⁸¹ Com relação também à reprodução humana assistida, também se deve discutir a fiscalização sobre os serviços atinentes prestados. No ano passado, foram noticiadas sérias acusações, que apontavam irregularidades de ordem ética-médicas, contra a maior clínica de fecundação artificial do Brasil e seu proprietário, o que deve chamar atenção para uma zelosa fiscalização dessas clínicas. AZEVEDO, Graziela. *Jornal Nacional*. **Relatório revela crimes cometidos em clínica de SP**. Disponível em: <http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL1295610-10406,00-RELATORIO+REVELA+CRIMES+COMETIDOS+EM+CLINICA+DE+SP.html> Acesso em: 2/6/2010; Agência do Estado (AE), O Estado de São Paulo. **CRM aponta irregularidades em clínica de Abdelmassih**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,crm-aponta-irregularidades-em-clinica-de-abdelmassih,431159,0.htm> Acesso em: 2/6/2010.

relacionamento entre pais e filhos, acima do sangue e das leis dos homens, é mais forte e mais profundo".²⁸²

Silvana Maria CARBONERA e Marcos Alves da SILVA comentam sobre os avanços tecnológicos com reflexo nas relações filiais:

A fecundação deixou o ventre materno para passar a ser realizada também, em laboratórios; o pai deixou de ser, presumidamente, o marido da mãe; a mãe deixou de ser somente aquela que dá à luz. O que era certo passou a ser uma das possibilidades e as certezas da filiação passaram a habitar o campo das incertezas. Portanto, ao lado da verdade jurídica da filiação, representada pela existência de um vínculo jurídico devidamente estabelecido, passa a existir outra, anteriormente presumida: a verdade biológica²⁸³.

Portanto, não obstante o desenvolvimento e a reverência da "verdade" biológica, vem à tona também o questionamento de que ela traz uma visão reducionista ao esgotar o elo paterno-filial ao mero ato de geração. Sem desconsiderá-la, deve refletir se há certeza no dado biológico (99,9999% da existência de ser o progenitor) e se corresponde à certeza da "verdadeira filiação".

Por derradeiro, tem-se a vertente socioafetiva da filiação. Vale inicialmente destacar que a Assistente Social Denise Duarte BRUNO²⁸⁴ entende como mais adequado o uso da expressão parentalidade socioafetiva, em vez de paternidade socioafetiva, já que no âmbito judicial se depara não só pai socioafetivo, mas também mãe socioafetiva.

A definição da paternidade e da maternidade igualmente leva em conta conceitos reveladores de um vínculo socioafetivo, construído na convivência familiar por atos de carinho e amor, olhares, cuidados, preocupações, responsabilidades, participações diárias. Investe-se no papel de mãe ou pai aquele que pretende intimamente sê-lo e age como tal: troca as fraldas, esquentando a mamadeira, lhe dá de comer, brinca, joga bola com a criança, ensina andar de bicicleta, leva-a para a escola e para passear, cuida da lição, ensina, orienta, protege, preocupa-se quando ela está doente, leva ao médico, contribui para sua formação e identidade pessoal e social. Daí o instituto da posse de estado de filho, como instrumento para a

²⁸² NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001. p. 98.

²⁸³ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 355-356.

²⁸⁴ BRUNO, Denise Duarte. Op. cit., p. 461-471.

caracterização da filiação socioafetiva, revelando o aspecto social e afetivo da filiação germinado na convivência familiar.

Inclusive a convivência família é tida como um direito fundamental da criança e do adolescente, pessoas em formação (inserido no art. 227, da Constituição Federal de 1988, e nos arts. 4^o²⁸⁵, 16, V²⁸⁶, 19²⁸⁷, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

De acordo com Rodrigo da Cunha PEREIRA, numa visão psicanalítica das relações familiares, a definição paternidade ou maternidade está atrelada justamente à função de pai ou mãe exercida no convívio familiar: "O que é essencial para a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe"²⁸⁸.

Como vê Eduardo de Oliveira LEITE, "as transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar - nas palavras de Carbonnier - fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, certamente esvaziaram o conceito biológico da paternidade"²⁸⁹.

A "verdade" biológica também não se revela então suficiente, não podendo ser absoluta, porque a filiação não é só um dado. Entre pai ou mãe e filho, muitas vezes, não há vínculo genético, o que faz surgir "uma nova face da filiação", conforme Maria Christina de ALMEIDA, que assevera que "ser filho é algo mais que ser geneticamente herdeiro de seu genitor, porquanto a figura paterna pode não ter contribuído biologicamente para o nascimento daquele que é seu filho, porém possibilitou que o vínculo fosse construído sobre outras bases, que não genéticas"²⁹⁰.

²⁸⁵ Art. 4^o É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁸⁶ Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: (...) V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

²⁸⁷ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

²⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 62-63.

²⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas...** Op. cit., p. 119.

²⁹⁰ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA...** Op. cit, p. 179.

Pai (ou mãe) também é aquele (a) que estabelece laços de paternidade (ou maternidade) socioafetiva, que lhe dá o nome de família, que lhe trata como filho, que lhe cuida quando fica doente. Nos dizeres de Luiz Edson FACHIN, "Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o meio social"²⁹¹.

O dado biológico é importante para o estabelecimento jurídico da filiação, mas "ela não compreende a totalidade da verdade, visto que os vínculos afetivos que dão sustentação à vida quotidiana das pessoas não dependem de um laço biológico para se constituírem"²⁹². (grifos não constantes no original)

Já em 1979, dizia João Batista VILLELA que "a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural. (...) reside antes no serviço e no amor que na procriação. (...) Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir"²⁹³.

Eduardo de Oliveira LEITE aduz que, ao menos formalmente, a inserção da noção de paternidade responsável contida no art. 226, §7º, da Constituição Federal de 1988, pôs um fim a supremacia da paternidade biológica. Questiona, o autor, o que faz de alguém um pai, independente da geração biológica: "a paternidade decorre da procriação ou da circunstância de amar e servir?"²⁹⁴.

Daí a necessidade de se repensar sobre as relações filiais à luz da realidade social e dos valores introduzidos na Constituição Federal de 1988. A filiação significa muito mais que mero laço de sangue. Ela se constrói, passando a verdade afetiva a ganhar força no tema da filiação.

A filiação socioafetiva tem uma visão inovadora no Direito na medida em que prioriza os sentimentos de pai e filho sobre os laços biológicos. Silvana Maria CARBONERA e Marcos Alves da SILVA descrevem essa filiação possível:

a filiação é uma relação construída, quotidianamente, e exige de seus membros um agir positivo, um comportamento qualificado pela existência de um tratamento recíproco de pai e

²⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento...** Op. cit., p. 169.

²⁹² CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 357.

²⁹³ VILLELA, João Batista. **Desbiologização da paternidade.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/28298/27855>

²⁹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas...** Op. cit., p. 119.

filho. Em outras palavras, trata-se da construção fática da posse de estado de filho, que representa a valorização da vertente afetiva da relação, e que transcende o sentido biológico que pode, ou não ter lhe dado origem. **Contemporaneamente, o papel de pai é muito mais amplo, muito mais rico em detalhes do que o papel de genitor, visto que 'a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético'**.²⁹⁵

(grifos não constantes no original)

Compartilha dessa ideia, Zeno VELOSO, valorizando o caráter afetivo da paternidade:

Mas quem deve ser o pai? Este, ou o cidadão que acolheu e embalou a criança, que a acompanha à escola, ao estádio de futebol? Que a assiste, alimenta, corrige, educa, cria? Quem ama o filho? Com certeza absoluta, não é o laudo do biólogo molecular que resolverá o problema. Afinal, a paternidade se faz e se constrói. A paternidade é mais viva, autêntica e apreciável implica uma adoção que se renova a cada dia.²⁹⁶

O que se vê é que a ciência, com avanço do exame de DNA, pode trazer a certeza quase absoluta da ascendência genética, mas não indicar aquele que é efetivamente o pai ou a mãe, aquele que age na realidade como tal. Essa reflexão demonstra uma insuficiência do dito exame, que "(...) pode não interessar coisa alguma, porque a verdade que se busca e se quer revelar e prestigiar, nos aludidos casos, não é a verdade de sangue, mas a verdade que brota exuberante dos sentimentos, dos brados da alma e dos apelos do coração"²⁹⁷.

Há um *lide case* julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em que um casal registrou filho alheio como próprio e que, quarenta anos depois, quando a mulher faleceu, o marido tratou de negar a paternidade. O Tribunal entendeu que desconstituir o estado de filiação, em razões meramente formais, iria contra a tendência da personalização do Direito Civil e não tutelaria a personalidade e dignidade da pessoa humana, mas, ao revés, acobertaria a ocorrência falcatruas²⁹⁸.

²⁹⁵ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 357.

²⁹⁶ VELOSO, Zeno. **A sacralização...** Op. cit., p. 389.

²⁹⁷ Idem.

²⁹⁸ NEGATÓRIA DE PATERNDIDADE - "ADOÇÃO À BRASILEIRA" - CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA - TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROCEDÊNCIA - DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado no pela Súmula nº 148/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é a emanção do direito de personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada "adoção à brasileira" (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor como se fosse deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personalização do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano;

Para Eduardo de Oliveira LEITE, a verdadeira filiação "só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética"²⁹⁹. A afetividade é

é construção cultural que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando aquela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação, ou comunidade, mantida por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família³⁰⁰.

A adoção é um clássico exemplo de filiação socioafetiva e jurídica, em que não há vínculo biológico. E mais, é um exemplo em que a relação paterno-materno-filial, edificada com carinho, ternura, dedicação constante, amor, responsabilidade, ainda que ausente o vínculo biológico, oferece resultados positivos, satisfaz o bem-estar físico-psíquico da pessoa e cria uma bom relacionamento entre pais e filhos.

Elisabeth BADINTER, ao pesquisar sobre o mito do amor materno, derruba o tabu de que a mãe biológica tem naturalmente amor materno e defende que "ele [o amor materno] é adquirido ao longo dos dias passados ao lado do filho, e por ocasião dos cuidados que lhe dispensamos"³⁰¹:

Ao se percorrer a história das atitudes maternas, nasce a convicção de que o instinto materno é um mito. Não encontramos nenhuma conduta universal e necessária da mãe. Ao contrário, **constatamos a extrema variabilidade de seus sentimentos, segundo sua cultura, ambições ou frustrações**. Como, então, não chegar à conclusão, mesmo que ela pareça cruel, de que **o amor materno é apenas um sentimento e, como tal, essencialmente contingente?** Esse sentimento pode existir ou não existir; ser e desaparecer. Mostrar-se forte ou frágil. Preferir um filho ou entregar-se a todos. **Tudo depende da mãe, de sua história e da história**. Não, não há uma lei universal nessa matéria, que escape ao determinismo natural. O amor materno não é inerente às mulheres. É 'adicional'³⁰².
(grifos não constantes no original)

Destarte, atualmente se tem três possíveis vertentes da filiação, uma jurídica, uma biológica e uma socioafetiva, pondo, essa última, em cheque as

aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular "adoção à brasileira", não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado (TJPR - AC 0108.417-9 - rel. Des. Accácio Cambi - j. 12.12.2001 - DJPR 04.02.2002).

²⁹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas...** Op. cit., p. 119.

³⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades. Op. cit., p. 97.

³⁰¹ BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno** (tradução: Waltensir Dutra). São Paulo: Círculo do Livro, 1988. p. 13.

³⁰² Ibidem, p. 306.

"verdades" biológica e jurídica, tornando-as relativas, o que não significa que o vínculo afetivo cultivado afasta-as de plano. Não se está aqui defendendo a adoção única ou prevalecente da "verdade" socioafetiva sobre as demais, o que seria deixar um modelo, um paradigma para adotar outro.

3.2 OS CONTORNOS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.

A filiação socioafetiva pura não possui previsão normativa específica, contudo, identificá-la é apreender, pela porosidade do sistema jurídico aberto, um fenômeno social. A interpretação do Código Civil de 2002 à luz da Constituição Federal de 1988 e a incidência direta dos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade entre os filhos, da liberdade dos filhos, da paternidade responsável, da afetividade, do melhor interesse, permitem deduzir que a filiação socioafetiva também tem guarida jurídica³⁰³.

Do Código Civil de 2002, podem ser retirados fundamentos legais que, à luz Constituição Federal de 1988, amparam o desenvolvimento da filiação socioafetiva - e mais amplamente, o parentesco socioafetivo (como o vínculo de irmãos socioafetivos³⁰⁴). O art. 1.593 do Código Civil estabelece que o parentesco pode resultar da consanguinidade ou outra origem³⁰⁵, diferentemente do art. 332 do Código Civil de 1916, que reduzia o parentesco ao afirmar, especificamente, que resultava da consanguinidade ou adoção.

Numa simples interpretação gramatical, vê-se que a norma se serviu de uma expressão mais geral, "outra origem", de modo abranger diferentes origens, não especificando nenhuma. Antes, quando o Código Civil de 1916 usava o termo "adoção" no lugar da expressão em foco, restringia o parentesco apenas ao vínculo de consanguinidade ou à adoção. Mas mais do que isso, a interpretação à luz dos

³⁰³ FACHIN, Luiz Edson. **Questões...** Op. cit., p. 296.

³⁰⁴ Ver Capítulo 4, Vínculo parental parabiológico e irmandade socioafetiva, Parecer exarado por Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo PIANOVSKI. *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito de Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 267-296.

³⁰⁵ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade entre os filhos, da liberdade do filho ter um pai ou uma mãe socioafetiva, da afetividade, permitem esse amparo.

No que atina a esse dispositivo do Código Civil de 2002, cabe apontar que foram aprovados alguns Enunciados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, sobre sua interpretação, que reforça a ideia desenvolvida. Na I Jornada de Direito Civil, de 2002, foi aprovado o Enunciado 103, segundo o qual ficou consignado que:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, **outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção**, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental **proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga** relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, **quer da paternidade sócio-afetiva**, fundada na posse do estado de filho³⁰⁶.
(grifos não constantes no original)

Já na III Jornada de Direito Civil, de 2004, foi aprovado o Enunciado 256, que, no mesmo sentido, estabeleceu que "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil"³⁰⁷. Ou seja, se antes o parentesco se resumia a adoção, agora se inclui nele outros vínculos socioafetivos.

Vale também citar como desenvolvimento da legislação quanto a filiação socioafetiva as normas dos arts. 1.596³⁰⁸, 1.597, V³⁰⁹, 1.603³¹⁰, 1.605, II³¹¹, 1.614³¹², do Código Civil.

Por conseguinte, fica à cargo da jurisprudência verificar a sua existência, mesmo sem lei específica, considerando as particularidades dos casos concretos,

³⁰⁶ AGUIAR JR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJP, 2007. p. 29-30.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 57

³⁰⁸ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³⁰⁹ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

³¹⁰ Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

³¹¹ Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: (...)

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

³¹² Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguem à maioridade, ou à emancipação.

aplicando diretamente os princípios constitucionais de direito de família e as avaliações interprofissionais.

Toma-se, nesta pesquisa, o Direito como "um sistema aberto, constituindo-se não em um dado modelo pronto e acabado, mas sim em um modelo construído" e que "prescinde de limites tão estreitos, principiado e terminado por definições e conceitos"³¹³.

Não cabe a pretensão de apreender o fenômeno da filiação socioafetiva por meio de definições jurídicas fechadas nem a pretensão de dar um rol taxativo de dessa filiação, sob pena de se proceder a um engessamento das possibilidades de verificação do fenômeno social. O Direito não tem a tarefa de definir previamente os contornos da relação filial socioafetiva - acabando por excluir algumas relações que venham a brotar -, mas tem a tarefa de estar rente à realidade, pois são as próprias relações sociais que impõem o seu reconhecimento e seus traços. Não há um "código" pronto e acabado da filiação socioafetiva, mas um construído permanente. Ao menos, é o que se propõe, pois como adverte Luiz Edson FACHIN, "o molde deforma"³¹⁴.

Nos dizeres do citado autor, "É possível que fiquem abertas muitas portas e várias questões sem resposta singela e direta. Mas essa é uma mudança de paradigma: da segurança e rigidez conceituais a migração aponta para o horizonte que desafia a criação e a construção, sem perder, na indefinição, os referenciais e o norte desse caminhar"³¹⁵.

Qualquer conceito que se quisesse oferecer de filiação socioafetiva se tornaria excludente, mas isso não significa que se não identificará elementos estruturais flexíveis que permitam aferir a existência em concreto de uma situação de filiação socioafetiva. Um elemento estrutural é afetividade. Se na relação entre os pais e seus filhos biológicos, a afetividade é presumida, podendo se manifestar ou não, na relação filial socioafetiva, a afetividade é a sua base, força, o seu vigor. Não há o vínculo biológico, mas há forte carga de afeto "de pai e filho" que se consolida com o tempo.

³¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria...** Op. cit., p. 282.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 6.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 329.

A afetividade de pai e filho pode se mostrar através do tratamento entre duas pessoas, pela fama dessa relação na comunidade, pelo nome usado como identificação pessoal, familiar e social, enfim, pelos elementos da posse de estado de filho.

Daí se servir da posse de estado de filho como um parâmetro da existência da filiação socioafetiva. Essa noção deve ser vista como um referencial importante no reconhecimento da filiação socioafetiva, mas não como uma componente indispensável, sob pena de se apoiar em conceitos excludentes, que tanto se combate e se tenta superar no direito contemporâneo. A esse desiderato, calha transcrever a posição sustentada por Luiz Edson FACHIN e Ana Carla Harmatiuk MATOS:

Pugna-se para o reconhecimento da **concepção de filiação socioafetiva que tenha na posse de estado de filho um parâmetro e não a veja sob o prisma dos requisitos absolutamente necessários para sua configuração**. Tal noção fundamenta-se também na interpretação sistemática do atual Código Civil.³¹⁶
(grifos não constantes no original)

Assim, já se deve fazer a ressalva de que pode não estar presente algum elemento da posse de estado de filho, inclusive o *tractatus*, e a filiação socioafetiva pode estar caracterizada. E isso não invalida o que foi dito acima. Imagine-se um homem, querendo casar com uma mulher que já possui um filho, registra-o, de modo livre e consciente, como seu filho fosse (*nomen*), e esse passa a ser reconhecido na sociedade, frente à escola, ao trabalho, à igreja, ao bairro, como o seu pai (*fama*), contudo, pelas vicissitudes da vida, o tratamento fundamentalmente afetivo de pai para filho (*tractatus*) não tenha sido desenvolvido nessa relação. A criança teve um estado de filiação jurídica e socioafetiva, ainda que não tenha gozado de um cuidado amoroso, um companheiro paterno, uma presença efetiva do pai registral.

Acerca de alguns aspectos sociais para avaliar a existência da parentalidade socioafetiva, vale trazer para este estudo a pesquisa realizada por Denise Duarte BRUNO, podendo outros serem considerados também.

³¹⁶ FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.) *et al.* **Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo**: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2009. p. 271.

Um aspecto social analisado pela autora é a diferença entre ser pai e ser mãe em cada grupo social³¹⁷. As funções de pai e mãe são concebidas em cada estrato social de forma muito diferente. Nas camadas mais pobres, as crianças são de responsabilidade de toda a comunidade envolvida, e o pai e a mãe biológicos são sempre identificados e valorizados. Já nas camadas médias e altas da sociedade, ao revés, a manutenção, o cuidado e o afeto é o que mais importa. Justamente, a relevância de ter nome desse pai ou dessa mãe advém desse "estar junto", para as camadas médias e altas, segundo a autora.

Outro aspecto social é a diferença ou não entre cuidado e parentalidade³¹⁸. Há um processo social, nas camadas populares, identificado como "circulação de crianças", em que essas são cuidadas (e provavelmente amadas) por diferentes pessoas até à adolescência (ou antes), quando "voltam" para seus pais biológicos, os quais têm seus lugares guardados. Trata-se de uma prática familiar antiga, de muitas gerações.

Esses casos dificilmente chegam ao Judiciário; é instaurado um litígio judicial em que há a "circulação de crianças" apenas quando algum participante desse processo social desrespeitou uma regra. Por isso, esse processo deve ser considerado na avaliação da existência ou não da filiação socioafetiva. Quando houve a "circulação de crianças" nas camadas populares, "na qual o cuidado foi delegado e aceito por um tempo, mas a mãe biológica não foi destituída de sua maternidade, nem a 'mãe de criação' foi investida dessa posição"³¹⁹, a criança, mesmo cuidada, amada e educada por uma pessoa, não teve em relação a essa a posse de estado de filho. Sua identidade foi constituída a partir da mãe biológica. Já em outras camadas da sociedade, muito provável, segundo a autora, que haveria a posse de estado de filho com relação à "mãe de criação", pois cuidou da criança como filho e assumiu-o publicamente na escola, no bairro.

Um terceiro aspecto social destacado pela autora citada, para verificar a existência de filiação socioafetiva, é a inserção na comunidade religiosa, que remete a quem exerce a função de pai ou mãe. Denise Duarte BRUNO observa que quase a totalidade das religiões tem bem claros os papéis de pai e de mãe e, além disso, na

³¹⁷ BRUNO, Denise Duarte. Op. cit., p. 466-467.

³¹⁸ Ibidem, p. 468-469.

³¹⁹ Idem.

maioria delas, a inserção da criança na comunidade religiosa se dá através de rituais realizados ou definidos pelos pais. Disso, conclui que "em termos sociais, poderíamos dizer que para um adulto assumir a parentalidade de uma criança é também inseri-la na sua comunidade religiosa, mesmo que no cotidiano a prática religiosa não seja muito frequente"³²⁰.

Todos esses aspectos sociais mostram que a avaliação social de cada caso concreto, feita por profissionais de áreas afins, também pode subsidiar a construção dos contornos da filiação socioafetiva e a resolução de conflitos de paternidade (ou maternidade).

Sendo tema correlato aos aspectos do tratamento e fama da posse de estado de filho, vale mencionar, ainda que sucintamente, a interpretação extensiva dada pela jurisprudência brasileira quanto à regra da adoção póstuma, estampada no art. 42, §6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em benefício à pessoa humana, com base na afetividade e com apoio nesta noção (posse de estado de filho).

Adoção póstuma é aquela concedida ao adotante que vier a falecer no curso do procedimento de adoção, desde que ele tenha manifestado inequivocamente a sua vontade de adotar o adotando³²¹. Destina-se a beneficiar o adotando, quando já estão estabelecidos laços de afetividade, atendendo ao superior interesse de crianças e adolescentes³²².

A jurisprudência³²³, com a finalidade de beneficiar a pessoa do adotando, já tem concedido a adoção em situações nas quais um dos adotantes faleceu antes mesmo da propositura da ação de adoção, desde que haja demonstração inequívoca do falecido em adotar, pelo fundamento de já o ter como filho, em nítida

³²⁰ Ibidem, p. 470-471.

³²¹ § 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

³²² Nos dizeres de Galdino Augusto Coelho BORDALHO, "A adoção é ato de amor, que acontece nos corações do adotante e adotado, ocorrendo anterior e independente do ato judicial que faz produzir os efeitos jurídicos. Assim, justa e adequada a possibilidade de adoção póstuma". BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. p. 249. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 197-266.

³²³ Outras decisões podem ser citadas, como: TJRJ, Ap. Cível 2007.001.16970, 17ª C. Cível, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, julg. 13.6.2007; TJRS, EI 70025810441, 4ª G. Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarino, julg. 1.12.2008.

demonstração da posse de estado de filho. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, como se vê na ementa do julgado:

ADOÇÃO PÓSTUMA. Prova inequívoca.

- O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção.

- Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de **menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida**.

- **Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA.**

- Recurso conhecido e provido. (REsp 457.635/PB, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 17/03/2003, p. 238)
(grifos não constantes no original)

Vale apontar quanto à construção de filiação socioafetiva - mais especificamente quanto ao aspecto do nome da posse de estado de filho, mas que não deixa de estar estreitamente atrelado aos aspectos do tratamento e da fama³²⁴ -, a chamada "Lei Clodovil"³²⁵, Lei nº. 11.924, de 17 de abril de 2009, que acrescentou ao art. 57 da Lei dos Registros Públicos (Lei n.º 6.015/73) o §8º, que autoriza o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta, desde que esses aprovem.

Constou na justificativa do Projeto de Lei (PL) nº. 206, de 2007, elaborado pelo Deputado Clodovil Hernandes, que, muitas vezes, a relação entre o enteado e o padrasto é semelhante àquela que liga pai e filho e foi salientado que ele "vem em socorro daquelas centenas de casos que vemos todos os dias, de pessoas que, estando em seu segundo ou terceiro casamento, criam os filhos de sua companheira como se seus próprios filhos fossem"³²⁶.

Vale observar a redação do art. 57, §8º, da Lei de Registros Públicos: "O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja

³²⁴ A nova lei atua também sobre a fama e o tratamento da posse de estado de filho, pois altera o elemento identificador do filho na sociedade e pressupõe o tratamento parental, segundo Ana Carolina Brochado TEIXEIRA e Renata de Lima RODRIGUES. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. p. 34-60. *In: Revista brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. n. 10. jun. / jul., ano 2009. p. 53-55.

³²⁵ Tal denominado foi feita em homenagem ao Deputado Clodovil Hernandes (PR-SP), autor do projeto de lei, que faleceu um mês antes.

³²⁶ BRASIL. Projeto de Lei (PL) nº. 207, 15 de fevereiro de 2007. Autoriza o enteado a adotar o nome de família do padrasto. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=341006 Acesso em: 4.5.2010.

averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família".

Como se vê a Lei em vigor não se reduz à relação do(a) enteado(a) com o padrasto, como previa inicialmente seu Projeto, mas se estende também à relação com a madrasta.

Do dispositivo legal, extrai-se algumas condições: o requerimento ao juiz competente, a existência de motivo ponderável para adoção do sobrenome pelo enteado e a permanência dos sobrenomes que o enteado ou enteada já tenha.

A abordada Lei possibilita que se consubstancie no registro civil da pessoa o nome que corresponda exatamente a sua realidade familiar. Contudo, o vínculo jurídico estabelecido nesse caso pode ser tanto de afinidade, segundo o qual cada cônjuge é aliado aos parentes do outro, limitando-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro, nos termos do art. 1.595, "caput" e §1º, como de paternidade (ou maternidade). A Lei 11.924/2009 não fala qual o vínculo existente na situação jurídica, não havendo por hora uma definição jurídica a respeito³²⁷. É o próprio "caso concreto" que irá definir qual o vínculo jurídico que melhor retrata a situação apresentada e, talvez, seja a melhor solução.

A princípio, o vínculo jurídico estabelecido na relação entre o padrasto ou a madrasta, e o (a) enteado (a) é de afinidade, por força da norma do art. 1.595 do Código Civil, sendo que o poder familiar é exercido sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro nos termos do art. 1.636 do Código Civil³²⁸.

A reflexão sobre o vínculo que pode ser atribuído a dita relação surge quando eles desejam compartilhar o mesmo sobrenome, que reflete uma relação de afeto. Assim, segundo a percepção de Maria Goreth Macedo VALADARES, eles estão duplamente ligados: pela afinidade e pela afetividade³²⁹.

³²⁷ Euclides de OLIVEIRA, por exemplo, entende que "embora não constitua uma forma de estabelecer filiação, a adoção do nome do afim na linha reta é meio caminho para o eventual futuro pleito judicial de reconhecimento de uma filiação socio-afetiva. Haverá sinal maior do que o afeto que se configura nesse relacionamento de aparência paterno/filial?" OLIVEIRA, Euclides de. **Enteado com sobrenome do padrasto**. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 17.9.2010.

³²⁸ Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

³²⁹ VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Os meus, os seus e os nossos: As famílias mosaico e seus efeitos jurídicos**. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 17.9.2010.

Com a adoção do sobrenome, pode-se pensar na situação de que o novo marido (ou esposa) ou companheiro (a) da mãe (ou do pai) seja *também* uma pessoa muito especial para a pessoa do (a) enteado (a), mas que não ocupa o posto da paternidade ou maternidade, que é assumido pelo pai jurídico e biológico. Nesse caso, o vínculo jurídico que mais se ajusta ao seu retrato é o de afinidade, ainda que o enteado faça uso do sobrenome do padrasto ou da madrasta, em demonstração da importância desse (a) na sua vida e da convivência familiar harmoniosa, saudável e afetiva que tenham cultivado.

Sem ultimar as hipóteses de relações sociais travadas entre o padrasto (ou a madrasta) e o (a) enteado (a), pode-se vislumbrar ainda uma autêntica relação de paternidade ou maternidade entre eles, especialmente quando o (a) enteado (a) não tem o pai ou a mãe biológico (a), por qualquer razão (falecimento precoce, abandono). Ana Carolina Brochado TEIXEIRA e Renata de Lima RODRIGUES pugnam que "se várias pessoas desempenham funções parentais em sua vida, que o nome possa exteriorizar seus mais diversos estados de filiação"³³⁰.

Em outras palavras, com o acréscimo do sobrenome do padrasto ou madrasta ao nome do enteado (a), o que se tem é um vínculo de afinidade qualificado pela afetividade, capaz ou não de tornar-se, dependendo do caso em concreto, uma relação paternal ou maternal-filial. Esse acréscimo traz à relação de parentesco de afinidade entre o padrasto ou madrasta e o (a) enteado (a) um *plus*, consistente na afetividade existente, que pode ser apto a criar um laço de filiação a ser reconhecida pelo Direito. Segundo Euclides de OLIVEIRA, tornou-se possível a hipótese de alteração do nome por razões de afinidade e afetividade³³¹.

Segunda a Maria Goreth Macedo VALADARES, poder-se-ia cogitar em dizer que o padrasto ou a madrasta poderia adotar o (a) enteado (a) como filho ou ser seu guardião, ao invés de apenas lhe dar um sobrenome, mas afirma que "Pensar dessa forma e subordinar os efeitos jurídicos decorrentes das relações paterno-filiais à adoção ou à guarda dos filhos afins seria exigir muito pouco do Direito e privilegiar em demasia atos oficiais em detrimento de sentimentos e situações fáticas"³³².

³³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Op. cit., p. 53-55.

³³¹ OLIVEIRA, Euclides de. Op. cit.

³³² VALADARES, Maria Goreth Macedo. Op. cit.

A adoção do sobrenome do padrasto ou madrasta pelo (a) enteado (a) poderá gerar efeitos de paternidade ou maternidade quando identificados sentimentos, vontades, comportamentos inequívocos que a revelem (posse de estado de filho).

Conforme Augusto César Silva Santos GANDOLFO, a Lei 11.924/2009, "em larga medida deverá contribuir para ordenar e nominar 'de quem são os filhos': não só dos genitores mas também de quem os acolhe cumprindo sua função simbólica de pai e de mãe, permeados pelo amor"³³³.

Tânia da Silva Pereira, ao comentar a Lei Clodovil, assevera "Para que se caracterize a 'posse de estado de filho', é necessário que dirijam a ele os mesmos cuidados, carinho e a mesma formação que dariam se pais biológicos fossem. O direito de usar o sobrenome é a expressão máxima deste compromisso"³³⁴.

Merece atenção que a Lei Clodovil não fala em substituição do sobrenome do pai ou mãe registral já existente, ao contrário, diz claramente que é possível acrescer o sobrenome do padrasto ou madrasta "sem prejuízo de seus apelidos de família". Não se desconstitui, portanto, a paternidade ou maternidade registral, de modo que se pode dizer que a lei já começa a engatinhar no reconhecimento legal da coexistência de dois pais ou duas mães em relação a uma pessoa, bem como da filiação socioafetiva.

Deve insistir que esse acréscimo, a ser deferido ou não pelo juiz, deve passar por uma cautelosa análise, em que o(a) enteado(a) e o padrasto ou madrasta tenham real vontade de compartilhar do mesmo sobrenome e, a princípio, para sempre, porque a adoção do sobrenome não deve ser forçada nem provisória, impulsionada por motivos interesseiros, mas realizada em benefício do bem-estar da pessoa do(a) enteado(a), que é que irá portar, adotar, o sobrenome.

Defender a filiação socioafetiva não pode ser encarado como embarcar numa tese jurídica contemporânea, em que se valoriza juridicamente o afeto nas relações familiares, sem qualquer critério, cautela, embasamento idôneo. Às vezes, o novo marido ou companheiro da mãe é simplesmente o novo marido ou

³³³ GANDOLFO, Augusto César Silva Santos. **Filhos dos Outros?** Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 17.9.2010.

³³⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. **Cuidado e afeto: o direito de acréscimo do sobrenome do padrasto.** Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 17.9.2010.

companheiro da mãe, e, outras vezes, é um verdadeiro pai para seu filho. É preciso verificar a existência de uma relação de família e, nela, uma relação de filiação.

Em vista desses aspectos abordados, impõem-se aos operadores do Direito curvarem-se aos fatos sociais, sem planejar para a relação filial socioafetiva um conceito jurídico único e acabar excluindo outras relações que nele não se amoldam. Não se trata de rejeitar o sistema jurídico, mas de aproximá-lo da sociedade, onde brota os fatos sociais relevantes, como é a filiação socioafetiva.

3.3 A POSSE DE ESTADO DE FILHO.

3.3.1 Noções preliminares.

No estudo da filiação socioafetiva, cabe examinar a posse de estado de filho, como um critério para sua identificação.

A noção de "estado" remonta o direito romano, quando se distinguia o *status familiae* (estado da pessoa dentro da família), o *status libertatis* (estado de pessoa livre) e o *status civitatis* (estado de cidadão), necessários todos para o reconhecimento da personalidade jurídica romana³³⁵. O *status* representava, naquela época, uma qualificação diferenciadora, de acordo com as diferenças sociais, políticas e familiares. O estado da pessoa, obviamente, não comporta mais o mencionado sentido. Todos os indivíduos são iguais e livres.

O estado é, indubitavelmente, importante, pois é pressuposto ou fonte de direitos e deveres, bem como fator determinante da capacidade e da legitimidade do sujeito para a prática de certos atos jurídicos.

³³⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 233.

Francisco AMARAL identifica três grandes espécies de estado: o familiar, o político e o pessoal ou individual³³⁶. O estado familiar é "a situação jurídica da pessoa no âmbito da família, conforme derive do casamento, da união estável ou do parentesco"³³⁷. Dentro desse estado, está o estado de filho, que interessa a presente pesquisa.

São apontadas as seguintes características do estado de uma pessoa: indivisibilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e aquisição mediante posse. Tais características podem ser observadas, no que tange ao estado de filho, nas disposições do Código Civil.

Possuir um estado é, nas palavras de Francisco AMARAL, "comportar-se como se realmente o tivesse"³³⁸. Com relação aos termos que compõem a expressão "posse de estado", José Lamartine Correa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ analisam que

a utilização da **noção de posse, própria do Direito das Coisas**, ao lado da **noção de estado, tão desenganadamente ligada às pessoas, explica-se pela circunstância de que a chamada posse de estado seria exatamente a exteriorização, pelo gozo efetivo, e socialmente reconhecido, da aparência de uma situação que corresponda a um estado**. Nesse sentido, fala-se em 'posse de estado de filho', como se fala, em outro contexto, em 'posse de estado de casados'³³⁹.
(grifos não constantes no original)

A legislação pátria não contempla expressamente a posse de estado de filho como elemento importante na definição da filiação, como fazem outros países (França e Portugal, por exemplo). Diante do resgate da posse de estado de filho pelas Reformas legislativas estrangeiras e pelo seu aparecimento na jurisprudência pátria, primeiramente indireto, sem mencionar expressamente o instituto³⁴⁰ e contemporaneamente explícito³⁴¹, impõe aclarar a sua enorme importância.

³³⁶ Quanto ao estado político, a pessoa tem o estado de nacional ou de estrangeiro; e quanto ao estado pessoal ou individual, a pessoa é do sexo masculino ou feminino, de menor ou de maior de idade, capaz ou incapaz, etc. *Ibidem*, p. 235.

³³⁷ *Ibidem*, p. 236.

³³⁸ *Ibidem*, p. 235-238.

³³⁹ MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 51.

³⁴⁰ Conforme Luiz Edson FACHIN, se referindo a época do Código Civil de 1916, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), progressivamente, embora de modo assistemático e sem dizer expressamente, foi se distanciando do sistema jurídico de estabelecimento da filiação, com a finalidade de buscar a verdadeira paternidade, e não ficta.

O STF passou a permitir a investigação da paternidade de filho adulterino a mãe e o reconhecimento voluntário de filho de mulher casada por terceiro, sem prévia contestação do marido,

Seu apreço está na superação do sistema clássico de estabelecimento da filiação, que em nome da proteção superior da família, não permitia a busca da "verdade" biológica, muito menos da "verdade" socioafetiva, em prejuízo dos filhos. Tal superação

com fundamento na separação de fato e também, mas implicitamente, na ausência da posse de estado de filho com relação ao marido. Assim, enquanto o Código Civil de 1916 possibilitava o afastamento da presunção "pater is est" apenas pela propositura da contestação da paternidade, pelo marido, em certas hipóteses e dentro de determinado prazo, o STF permitia a investigação e o reconhecimento, desconsiderando o óbice legal da prévia contestação do marido da mãe, e priorizando a procura da verdadeira paternidade, que num primeiro momento era a paternidade biológica, mas foi além. Segundo Luiz Edson FACHIN, a separação de fato desde a concepção indicava a ausência de probabilidade da paternidade biológica, assim como a inexistência de qualquer vínculo afetivo entre o marido da mãe e os filhos dessa, e permitia mostrar a presença efetiva da relação paterno-filial entre o terceiro e os filhos da mulher casada.

A ausência de vínculo afetivo ente o marido da mãe e o filho dessa era corroborada pelo comportamento do pai jurídico, que repudiava a paternidade. Ou seja, o pai jurídico "por atos e omissões torna visível a sua não paternidade", quais sejam: a omissão do nome dos filhos no desquite; a negação da paternidade no seu depoimento judicial. Em alguns casos, a ação de investigação de paternidade era informada pelo registro de nascimento do filho sem a indicação do nome do pai. Quanto a eles, a jurisprudência entendeu que a omissão do nome do marido da mãe dispensava a contestação do ex-marido.

Nos pronunciamentos, a posse de estado de filho não recebe referência expressa, mas está presente na razão de decidir do STF. Como exemplo da orientação dominante, tem-se o Recurso Extraordinário nº. 63.220 - Guanaraba, 2ª. Turma, STF, 23.08.1971, Min. Rel. Thompson Flores. O caso tratava de investigação de paternidade proposta por filha adulterina a matre, fruto de concubinato entre a mãe e terceiro, sendo que o marido não havia contestado a paternidade. O pai natural tratava e apresentava a investigante como sua filha, porém, rompido o concubinato, passou a negá-la, requerendo inclusive o cancelamento do registro de nascimento, em que ele figurava como pai. Constavam, nos autos, prova de que ele havia representado a investigante, quando menor, numa escritura pública de compra de imóvel, e escritos dele à filha, em que assinava como papai. Nesse caso, as provas demonstram a existência dos três elementos nomen, tractatus e reputatio: o terceiro deu seu patronímico à filha, tratou como tal e agiu publicamente como seu pai. Enfim, a ausência de posse de estado de filho é deduzida da omissão do nome dos filhos por ocasião do desquite, das declarações do marido feitas em juízo; da omissão do nome do marido no registro dos filhos de mulher casada.

Ao lado da investigação de paternidade, há o estudo do reconhecimento de filho de mulher casada feito por terceiro, o qual pode gerar um conflito de paternidade entre aquela que o reconhecimento estabelece e aquela estabelecida pela presunção "pater is est". Tal reconhecimento era vedado pela lei (art. 358, Código Civil de 1916), mas, ainda sim, se procedia ao reconhecimento de filhos. Na resolução do conflito, o STF amparava-se na separação de fato e, junto a ela, na ausência de posse de estado de filho perante o marido da mãe, e declarava a ineficácia do reconhecimento enquanto durasse o casamento. Essa declaração, Segundo FACHIN, direcionava-se à proteção dos interesses da filiação e, por isso, não deixava de ser louvável, porém, era, de certa forma, criticável, na medida em que o reconhecimento daquele que estava desejoso de assumir a paternidade tinha sua eficácia condicionada no tempo. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento...** Op. cit., p. 115-133.

³⁴¹ Pode-se citar, à título de exemplos, jurisprudências de diversos Tribunais de Justiça do país: TJPR - 12ª C. Cível - AC 0407575-8 - Iporã - Rel.: Juíza Subst. 2º G. Denise Kruger Pereira - Unânime - J. 16.01.2008; TJSP - 8ª C. de Direito Privado - AC 994093490612 - Rel. Dês. Caetano Lagrasta - julg. 30.9.2009; TJMG - AC 1.0024.08.957343-0/001 - Rel. Dês. Silas Vieira, 3ª Câmara Cível, julg. 2.9.2010, publ. 23.9.2010.

leva em conta precisamente a verdade da filiação, permitindo-se perquirir a verdadeira descendência genética. Mas, além disso, expressivo movimento legislativo percebeu uma realidade marcante: a verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade socioafetiva. **Balanceando a busca da base biológica da filiação com o sentido socioafetivo da paternidade**, o legislador valeu-se da conhecida noção de posse de estado. **Não é propriamente a verdade biológica da filiação que a posse de estado de filho serve prioritariamente. Depreende-se que ela se dirige mais a valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação, posto que sua ausência pode pôr em dúvida o vínculo da filiação**³⁴².
(grifos não constantes no original)

Na seara da função da posse de estado, o valor que primeiro se sobressai é o de prova, sendo que seu valor probatório varia conforme a posse seja acompanhada ou não do título, isto é, da certidão de nascimento³⁴³. Caso esteja acompanhada, a posse pode imprimir um caráter inatacável à filiação.

A posse de estado se mostra relevante, no campo da prova, quando é ausente o título de paternidade. Contudo, Luiz Edson FACHIN³⁴⁴ demonstra que a posse de estado aparece também para consolidar a definição jurídica da paternidade:

Não se trata, apenas, de valorizar as relações socioafetivas não matrimoniais; dentro do casamento, a posse de estado ratifica o próprio título que embasa a definição jurídica da paternidade. Aí o papel deferido à posse de estado não se liga à prova, mas sim à consolidação daquilo que o próprio ato do nascimento atesta.

Mas é no alcance da "verdadeira" paternidade, em sentido amplo, que a posse de estado de filho aflora seu principal valor funcional. Nos dizeres de Jacqueline Filgueras NOGUEIRA, "É por demais relevante o conceito de 'posse de estado de filho' no estabelecimento da filiação, para que através dessa noção persiga-se a verdadeira filiação, principalmente quando a presunção da paternidade, presente nas rígidas regras jurídicas, e o tão só vínculo biológico já não explicam o verdadeiro sentido das relações paterno-filiais"³⁴⁵.

Deveras, a posse de estado de filho desvela uma relação de filiação concreta, da realidade. Essa é a sua principal função, a de fundamentar a criação do vínculo filial. Julie Cristine DELINSKI, por sua vez, declara que "não há como

³⁴² FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 70.

³⁴³ *Ibidem*, p. 66-67.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 126.

³⁴⁵ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 114.

prosseguir com a razoável aplicação do Direito ao fato concreto (...) sem valer-se da noção da 'posse de estado', não em razão de si própria, mas em razão da verdade que se revela"³⁴⁶.

O papel relevante da posse de estado de filho não o livra de enfrentar alguma crítica - se é que se pode falar em crítica -, quanto à formulação de seu conceito e à determinação de seus elementos, pois essas noções apresentam certa "flutuação". É que "não há, com efeito, definição segura de posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante de heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam", como esclarece Luiz Edson FACHIN³⁴⁷.

A diversidade de circunstâncias e situações justamente requer que a posse de estado de filho seja um instrumento jurídico capaz de absorvê-la e, para cumprir esse mister, é necessária certa fluidez em seu conceito e na verificação de seus três elementos clássicos, nome, tratamento e fama.

Conceitos fechados não têm mais lugar no direito de família contemporâneo, mas, de fato, se encontra algumas dificuldades iniciais na verificação da posse de estado de filho, como por exemplo, saber o momento inicial da posse, quanto tempo deve durar, se pode sofrer interrupção, se é preciso atualidade da posse de estado de filho, devendo essas questões serem analisadas, detidamente, pelo magistrado nos casos postos a sua apreciação.

José da Costa PIMENTA também admite que a noção de posse de estado de filho não é fácil de caracterizar nem é isenta de perigos, daí a necessidade de um estudo sobre seus elementos e caracteres, a consideração das peculiaridades de cada caso, do interesse superior da criança, de um esforço interpretativo do juiz:

Mas a apreciação, em cada caso particular, da existência ou ausência da posse de estado torna-se, então, determinante e, conseqüentemente, a responsabilidade do julgador-intérprete, que goza de uma larga margem de manobra, é considerável. O estabelecimento da filiação depende da apreciação concreta da filiação de facto, que tem a ver com a posse de estado, o que deixa, apesar da definição legal, uma grande liberdade de interpretação. O desfecho da acção pode depender do uso que se faça dessa liberdade. Por isso, também o risco de arbítrio não pode ser totalmente excluído, e realmente, considerações de pura oportunidade quanto à ligação jurídica da criança poderão infiltrar-se através da apreciação dos elementos da existência da posse de estado³⁴⁸.

³⁴⁶ DELINSKI, Julie Cristine. **O Novo Direito da Filiação**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 81.

³⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 67-68.

³⁴⁸ PIMENTA, José da Costa. Op. cit., p. 161-162.

Nesse diapasão, a apreciação da existência ou não da posse de estado reclama um novo perfil do juiz³⁴⁹, mais ativo e sensível aos fatos sociais - não mais preso à monotonia de aplicar a lei, através da subsunção. Ao juiz cabe detectar a configuração ou não da posse de estado de filho em cada caso fático, concreto, real, o que não afasta, de jeito nenhum, a importância dessa noção no estabelecimento da filiação, como defende Luiz Edson FACHIN³⁵⁰.

Guilherme de OLIVEIRA elucida que se cuida "de um conceito maleável, capaz de exprimir subtilmente a realidade da vida familiar e dos interesses que se confrontam"³⁵¹. No mesmo sentido, Luiz Edson FACHIN explica que "trata-se de um dado da existência, de um elemento de fato, e **é da tarefa difícil, senão impossível, enjaular em conceitos rígidos a realidade da vida que se mostra em constante mutação**"³⁵². (grifos não constantes no original)

Mais adiante, o autor afirma "Novos tempos, novos juizes: a família se transforma na renovação dos conceitos captados dos fatos e das mudanças sociais. O juiz da família se abre para acolher a vida e a realidade: um passo e um desafio. O futuro dirá para onde marchará o destino reservado pelos Tribunais às relações paterno-filiais calcadas no afeto e no amor"³⁵³.

Sendo assim, a flexibilidade da noção de posse de estado de filho só vem a favor de seu emprego pelo juiz em busca da proteção das pessoas envolvidas, em especial dos filhos.

Passado pelas noções preliminares, cabe enfrentar a identificação da posse de estado de filho, explorando seus elementos, suas características, seu objetivo.

3.3.2 Identificação da posse de estado de filho.

A posse de estado de filho revela os elementos sociológico e afetivo da filiação. Retrata uma relação de filiação, na qual se comportam afetivamente como

³⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 78.

³⁵⁰ Ibidem, p. 69.

³⁵¹ OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1983. p. 445.

³⁵² FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 69.

³⁵³ Ibidem, p. 78.

se fossem pai (ou mãe) e filho no âmbito privado e no meio social, durante um período razoável de convivência, e assim desejam ser.

Essa relação, importante esclarecer, não se restringe à relação de um adulto e uma criança ou adolescente. Pode ser representada por uma pessoa jovem e outra adulta ou então por duas pessoas adultas, mas desde que entre elas se revele um sentimento paterno-materno-filial³⁵⁴.

Jacqueline Filgueras NOGUEIRA entende que a posse de estado de filho é "**a relação de afeto íntimo e duradouro, exteriorizado e com reconhecimento social**, entre homem e uma criança, que **se comportam e se tratam como pai e filho**, exercitando os direitos e assumem as obrigações que essa relação paterno-filial determina"³⁵⁵. (grifos não constantes no original).

Os sentimentos psicológicos e afetivos profundos desenvolvidos entre duas pessoas, os gestos de carinho, amor, responsabilidade, proteção, instrução, próprios de um pai, uma mãe, enfim, a "criação" de uma pessoa como filho, caracterizam a existência da posse do estado de filho, da existência de uma real, autêntica relação de filiação.

Silvana Maria CARBONERA e Marcos Alves da SILVA afirmam que "trata-se da exteriorização de um comportamento (...) verificável entre aquele que se imagina pai ou mãe e o outro, que se comporta como filho"³⁵⁶. Disso, surge a necessidade do reconhecimento jurídico dessa relação de parentesco filial para que produzam efeitos respectivos.

³⁵⁴ Vale mencionar a respeito, ainda que se trate especificamente da adoção (filiação socioafetiva e jurídica), que a diferença de dezesseis anos entre o adotante e adotando exigida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 42, §3º), com o fim de espelhar a paternidade ou maternidade biológica, não é vista com tanto rigor, pois o que importa é a existência do sentimento paterno-materno-filial. Nesse sentido, Galdino Augusto Coelho BORDALHO defende que "que esta diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado não deve ser aplicada de forma rígida, de modo a prejudicar a formação da família socioafetiva, que é o ponto nodal da adoção. Há que se buscar o sentimento na formação da família socioafetiva, sendo certo que o sentimento não se encontra vinculado à idade. O sentimento paterno-filial pode existir entre pessoas com diferença etária inferior aos dezesseis anos exigidos pelo legislador. Não há nenhum empecilho que, face ao caso concreto, conceda-se a adoção em que a diferença de idade entre o adotante e adotando seja inferior aos dezesseis estipulados na legislação, desde que fique apontado, pelo estudo de caso apresentado pela equipe profissional do Juízo, que a relação afetiva entre adotante e adotando é a paterno-filial". BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. p. 197-266. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. 232-233.

³⁵⁵ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 112-113.

³⁵⁶ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 356.

José da Costa PIMENTA afirma que a "verdade" sociológica é "constituída por factores de ordem psicológica e afectiva, traduzindo-se numa prática de recíprocos sentimentos de pertença ao mesmo grupo, à mesma linhagem" e, em seguida, pondera que "os laços que a vida diária tece, a tomada a cargo material e moral do filho, o reconhecimento da família e da sociedade, são tão poderosos como os laços de sangue e às vezes mais poderosos"³⁵⁷.

Na posse de estado de filho, o que se tem é um pai (ou mãe) e um filho, de fato, uma relação real de filiação, da qual o Direito Civil não pode desconsiderar em prejuízo da pessoa humana do filho em concreto. Captando os elementos da posse de estado de filho, indicadores da real existência de relações filiais, Luiz Edson FACHIN observa que "o ordenamento jurídico se abre para acolher a verdade oriunda do afeto e do amor"³⁵⁸.

A posse de estado de filho propicia a proteção da pessoa, seja a criança, o adolescente, o jovem ou mesmo o adulto, já que se está lidando com a realidade vivida por eles e de uma realidade que manifesta uma paternidade ou maternidade querida, afetiva, proporcionando seu bem estar físico, psíquico e material.

É o que José da Costa PIMENTA comenta: "É também, aliás, o interesse do filho, que, sem o dizer expressamente, a lei se esforça em fazer prevalecer através da posse de estado. **O bem do filho é estar ligado aos que efectivamente o consideram como seu e como tal o tratam, evitando-se, assim, uma paternidade socialmente frustrada**"³⁵⁹ (grifos não constantes no original).

Luiz Edson FACHIN, igualmente, destaca que a ideia da afeição hoje informa a posse de estado de filho e trata-se de um valor jurídico que desborda da moldura do sistema clássico³⁶⁰.

Para uma melhor compreensão do que vem a ser posse de estado de filho, é importantíssimo diferenciá-la da mera aparência.

A aparência adquire relevância jurídica em alguns casos ao espelhar uma verdade exterior, como no pagamento feito ao credor putativo, que se considera

³⁵⁷ PIMENTA, José da Costa. Op., cit., p. 161.

³⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 126-127.

³⁵⁹ PIMENTA, José da Costa. Op., cit., p. 167.

³⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria.** Op. cit., p. 235.

válido; ou na alienação de bem imóvel por herdeiro aparente, também tida válida em regra. Pode até refletir um estado interior, mas não necessariamente³⁶¹.

Já a posse de estado exige, concomitantemente, um estado exterior (objetivo) e um estado interior (psicológico). A "verdade" aparente, exterior, não satisfaz a posse de estado, requer um estado, uma "verdade" interior, além daquela. É uma aparência qualificada.

Na posse de estado,

(...) as duas verdades caminham juntas: o filho que se **apresenta nas relações sociais nessa condição** espelha um **querer interno**. Isso deflui da naturalidade com que se edifica a vida em relação. Ninguém se diz filho, não o sendo. É o que normalmente se observa e até mesmo se espera. Não obstante, por exceção, é imaginável a construção fictícia, por exemplo, de uma filiação que se queira imputar a alguém. **Na aparência, o que se nota é a falta da qualidade de verdade: parece, mas não é. Na posse de estado, o que sobressai é a presença de uma relação paterno-filial: o que parece é.**³⁶²
(grifos não constantes no original)

Segundo José Bernardo Ramos BOEIRA, o estado objetivo e o subjetivo decorrem do fato de que, "na 'posse de estado', a aparência representa uma situação pessoal, íntima, traduzida numa forma de ser e de proceder pelo detentor dessa condição"³⁶³. Em outras palavras, "a aparência pode se esgotar na objetiva recognoscibilidade que se apresenta no meio social, ao passo que a posse do estado exige esse elemento psíquico e íntimo da afeição"³⁶⁴.

Cabe ilustrar essa diferenciação com o conflito de maternidade enfrentado na sentença de Salomão (Bíblia Sagrada, Livro do Reis, I, 3, 16 a 18), mencionado por Luiz Edson FACHIN³⁶⁵. O caso retratava a disputa da maternidade por duas mulheres que moravam no mesmo aposento e que uma havia dado à luz alguns dias depois da outra. Uma delas teve o filho morto, por sufocação, à noite, e trocou os filhos enquanto a outra dormia, mas essa logo percebeu que não se tratava de seu filho. Apresentada a questão ao rei, a definição da maternidade baseou-se na renúncia à maternidade feita por uma delas para que o filho não morresse cortado ao meio, e não no fato de a criança viva ser encontrada nos braços da outra mulher.

³⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 60-61.

³⁶² Idem.

³⁶³ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade:** Posse de estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 83.

³⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria...** Op. cit., p. 235.

³⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 25.

Assim, "A mãe, naquela situação, não foi considerada como tal por acordar com o suposto filho junto de seu seio; isso aparentava, mas **o que se viu foi mais do que o fato exterior**. A verdade, enfim, se revelou além do muro"³⁶⁶.

Como já foi dito, os elementos que normalmente constituem a posse de estado são: o nome (*nomen* ou *nominatio*), o tratamento (*tractatus*) e a fama (*fama*). Saliente-se que nem a doutrina e a jurisprudência brasileiras nem os legisladores estrangeiros que já cuidaram do tema listam um rol completo dos seus elementos constitutivos ou criam uma definição acabada dos fatos aptos a constituí-la.

O legislador português, por exemplo, assim opta, no art. 1.871, nº1, "a", no Código Civil português³⁶⁷, de modo a conferir flexibilidade, ausência de casuísmo e de rigor técnico, o que são necessários a sua adaptação à incalculável variedade de situações de fatos, conforme José da Costa PIMENTA, que conclui que "A posse de estado resulta da convergência dos elementos apontados, um feixe de indícios. Não era possível, nem desejável apertar com mais precisão este conceito sem cair numa inaceitável casuística"³⁶⁸.

Resume Luiz Edson FACHIN que, por posse de estado de filho, entende-se a reunião dos três elementos clássicos: "a *nominatio*, que implica a utilização pelo suposto filho do patronímico, a *tractatio*, que se revela no tratamento a ele deferido pelo pai, assegurando-lhe manutenção, educação e instrução, e a *reputatio*, representando a fama ou notoriedade social de tal filiação"³⁶⁹.

O *nomen* ou *nominatio* é o sobrenome do pai, da mãe usado pelo filho. Também chamado de patronímico ou apelido de família. Indica que alguém é filho de determinada pessoa e que faz parte da família respectiva.

³⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 29.

³⁶⁷ ARTIGO 1871º (Presunção)

1. A paternidade presume-se:

a) Quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretense pai e reputado como filho também pelo público;

b) Quando exista carta ou outro escrito no qual o pretense pai declare inequivocamente a sua paternidade;

c) Quando, durante o período legal da concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai;

d) Quando o pretense pai tenha seduzido a mãe, no período legal da concepção, se esta era virgem e menor no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento dela foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade.

e) Quando se prove que o pretense pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção.

³⁶⁸ PIMENTA, José da Costa. Op. cit., p. 162 e 167.

³⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento...** Op. cit., p. 54.

O sobrenome do pai e/ou da mãe compõe, ao lado do pré-nome, o nome do filho, um caractere essencial da pessoa, constituindo um direito da personalidade, consagrado no art. 16 do atual Código Civil.

Segundo Teófilo Marcelo de Arêa LEÃO JUNIOR, o nome, composto pelo sobrenome do pai e/ou da mãe, é o sinal pelo qual a pessoa é conhecida e identificada na sociedade durante a sua existência e mesmo após a sua morte³⁷⁰.

Ainda que se tenha o costume maior de chamar a pessoa no Brasil pelo seu prenome, e não pelo sobrenome, quando esse é existente, ele integra a identidade pessoal do filho, que, segundo Paulo OTERO³⁷¹, tem duas dimensões, quais sejam, uma dimensão individual (ou absoluta) e uma dimensão relacional (ou relativa). A primeira diz respeito à identidade definida de cada pessoa por si própria, e a segunda, à identidade de cada pessoa definida em função de uma história familiar obtida pelos seus antepassados, em especial os seus progenitores.

Cada ser humano possui, simultaneamente, uma singularidade própria e uma identidade em função da história em que se encontra a sua existência no confronto com outras pessoas. E o nome (prenome e sobrenome), justamente, traduz a individualização do sujeito, bem como sua inserção numa família³⁷².

Por conseguinte, mesmo não sendo chamado, aludido e conhecido por um grande público pelo sobrenome, esse significa sua referência paterna ou materna e é utilizado nas suas relações sociais para diversos fins (políticos, profissionais, escolares). Caio Mário da Silva PEREIRA aduz que "pelo nome [sobrenome] que, grosso modo, se verifica sua filiação pela procedência familiar"³⁷³.

Diante da importância do nome - ou melhor, o sobrenome - para a pessoa, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu favorável o acréscimo do sobrenome dos pais de criação³⁷⁴. A alteração do registro de nascimento, fazendo constar nele o

³⁷⁰ LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Área. Nome: atributo da personalidade na visão do Novo Código. *In: Em tempo*, v. 4, ago., 2002, p. 130-137.

³⁷¹ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 64.

³⁷² *Ibidem*, p. 71.

³⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 171-174.

³⁷⁴ DIREITO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO NO REGISTRO CIVIL APÓS A MAIORIDADE. ACRÉSCIMO DO SOBRENOME DOS PAIS DE CRIAÇÃO. ARTIGO 56 DA LEI Nº 6.015/73. ADMISSIBILIDADE. Não é absoluto o princípio da imutabilidade do nome de família, admitindo-se, excepcionalmente, a alteração do patronímico, desde que presentes a justa motivação e a prévia intervenção do Ministério Público. No caso dos autos, presentes os requisitos autorizadores, já que pretende a recorrente, tão-somente, prestar uma homenagem àqueles que a

nome de pais "de criação", pais "do coração", é um reflexo da realidade vivida da pessoa, fazendo alusão àquele que lhe criou, que contribuiu para sua identidade, foi um referencial paterno. Nessa situação, a adição do sobrenome veio aperfeiçoar a posse de estado de filho.

Pertinente apontar ainda quanto ao papel do sobrenome do pai ou da mãe para uma pessoa, que é possível pleitear, ao contrário, a supressão do sobrenome paterno ou materno, excepcionalmente, em razão do sofrimento, angústia, desgosto, em portar o nome do pai ou mãe jurídica e biológica que o abandonou e rejeitou³⁷⁵.

Assim, admite-se a adoção de nome de família daquele que lhe trata socialmente, na realidade, como filho, que lhe desperta a vontade de portar seu nome, bem como se admite a supressão do nome que lhe faz lembrar aquele que o rejeitou e abandonou.

Em Portugal, entende que o *nomen* refere ao chamamento pelos vocativos "filho" e "pai" e o consentimento dessa designação³⁷⁶, o que seria mais um ato de tratamento no Brasil.

Já, o *tractatus* significa o tratamento próprio entre pai e filho. É o tratamento que os pais dispensam cotidianamente aos filhos, de proteção, responsabilidade, carinho, amor, instrução, alimentação, e também o tratamento que os filhos expressam com seus pais, de respeito, de carinho.

Para José Lamartine Correa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, esse elemento "revela a existência ou não de vínculo psicológico e social entre o filho e o suposto pai, isto é, de uma relação pai-filho existencialmente vivida"³⁷⁷.

A legislação portuguesa, a propósito, considera apenas o tratamento dispensado pelo pretense pai ao filho, o tratamento "de pai para filho", numa via de

criaram, acrescentando ao seu assento de nascimento o nome de família daqueles que considera seus pais verdadeiros, nada obsta que se autorize a alteração. Recurso conhecido e provido, com as ressalvas do relator. (REsp 605.708/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJe 05/08/2008)

³⁷⁵ EMENTA: REGISTROS PÚBLICOS. ALTERAÇÃO DO NOME. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. ABANDONO PATERNO. De todo manifesto o sofrimento do filho em carregar em seu nome, de forma indelével, a identificação daquele que durante a vida lhe impingiu tanto sofrimento e desilusão. Tal circunstância denota situação excepcional e motivada a ensejar a alteração do nome, nos termos do art. 57 da Lei 6.015-73. Apelo provido, por maioria. (Apelação Cível Nº 70020347563, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 08/08/2007).

³⁷⁶ Ibidem, p. 163.

³⁷⁷ MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso...** Op., cit., p. 52.

mão única. Segundo José da Costa PIMENTA, é "um comportamento do pretense pai que exteriormente observado cria uma aparência reveladora de laços de filiação biológica. O tratamento é, para a nossa lei, concebido unilateralmente, apenas relativamente ao progenitor; o comportamento do filho para com este não requer consideração"³⁷⁸.

O tratamento é um conceito, claramente, de conteúdo aberto, variável. O modo de um pai (ou uma mãe) e filho se relacionarem pode ser diversos, conforme as pessoas e as circunstâncias. Alegar e provar que viviam juntos, por exemplo, não são necessários para sua plena configuração; "na generalidade dos casos, os pretensos pai e filho viveram separados, mantiveram contactos discretos (...), portanto, podem ser considerados como suficientes alguns gestos expressivos, praticados durante um período longo de vários anos - alguns gestos que os pais reconhecidos praticam em pouco tempo, quando vivem com os seus filhos"³⁷⁹, como se ensinam Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA.

Nesse sentido também Luiz Edson FACHIN, que retoma a diferenciação da entre a posse de estado e a mera aparência: "a **inexistência de permanente coabitação** não implica a dissolução da comunhão de vida. Por isso mesmo a **verdade socioafetiva não se reduz à apreensão ou proximidade física**. Daí porque **a posse de estado não se confunde com a mera aparência**: quem **apenas vê**, a rigor **pouco vê**"³⁸⁰. (grifos não constantes no original)

O que é importante para vislumbrar o elemento do *tractatus* são atos de assistência material e afetiva, que são bem apontados por José da Costa PIMENTA:

A contribuição deste para alimentos e visitas que ele faça podem ser indícios suficientes da existência de *tractatus*. (...) No fundo, o que o julgador tem de apurar para concluir pela existência deste elemento da posse de estado é isto: houve ou não actos de assistência (sobretudo material, mas também, eventualmente, espiritual) do pretense progenitor ao pretense filho? Ou quis ou não praticar esses actos de assistência e foi impedido por terceiros, v. g., pela mãe ou parentes, de o fazer?³⁸¹.

Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA também afirmam que "é preciso que o réu [pretense pai] tenha dispensado ao investigador actos de

³⁷⁸ PIMENTA, José da Costa. Op. cit., p. 163.

³⁷⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. V. II. Direito de Filiação. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 225.

³⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 29.

³⁸¹ PIMENTA, José da Costa. Op. cit., p. 163-164.

assistência afetiva e material, como é próprio das relações entre pais e filhos"³⁸², mas defendem, ao contrário do autor citado anteriormente, que não se deve priorizar os actos de assistência material, sob pena de a posse de estado de filho ser arredada, em razão de o investigado ser economicamente carente, quando ela realmente existente.

Ora, o dever de sustento dos pais aos filhos (e o direito à assistência material)³⁸³ compõe apenas uma parte do poder familiar, na expressão utilizada pelas Leis³⁸⁴. Os pais têm também o dever de assistência imaterial, e os filhos o respectivo direito ao afeto. Priorizar a assistência material, e não a afetiva dos pais, na caracterização do tratamento da posse de estado de filho, é desconsiderar os atos mais condizentes as funções de pai (ou mãe).

Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL bem descreve a assistência emocional, afetiva:

o papel dos pais, derradeiramente, não se limita ao aspecto patrimonial da relação paterno-filial. A assistência emocional também é uma obrigação legal dos genitores, sob o aspecto existencial, de acordo com a norma constitucional do art. 229, interpretada extensivamente. Essa regra engloba, além do sustento, a assistência imaterial concernente ao afeto, ao cuidado e ao amor. A assistência imaterial traduz-se no apoio, no cuidado, na participação na vida do filho e no respeito por seus direitos de personalidade como o direito de conviver no âmbito da familiar³⁸⁵.

A *fama*, por fim, significa o reconhecimento como filho de determinada pessoa pelo meio social, o reconhecimento público do laço filial. Trata da visualização externa da relação de filiação.

Tal elemento gera do fato de o pai ou a mãe apresentar a pessoa como filho (a); esse (a) apresentar o adulto como seu pai ou sua mãe; eles agirem como pai (mãe) e filho (a) no meio social e esse os verem como pai ou (mãe) e filho (a).

Nos dizeres de José da Costa PIMENTA, "é a reputação de que goza o dito filho, junto da generalidade das pessoas que o conhecem ou que pelo menos sabem da sua existência de ter por pai o investigado"³⁸⁶.

³⁸² COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. cit., p. 226.

³⁸³ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

³⁸⁴ Art. 22, ECA, c.c. art. 1.566, IV, 1.568 e 1.724, CC.

³⁸⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. p. 117-118. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. 81-149.

³⁸⁶ PIMENTA, José da Costa. Op. cit., p. 164.

O autor em questão comenta que o público deve ser o externo, o meio social, não incluindo necessariamente o meio familiar, posto que o afrouxamento dos laços familiares podem tornar muito aleatório ou até inexistente o reconhecimento pela família do elemento da fama³⁸⁷.

O meio externo seria a comunidade religiosa, escolar, do bairro, do trabalho, em que está inserido o (a) filho (a) e o pai (ou mãe).

Como se vê, "Apresentando-se no universo dos fatos, à posse de estado de filho **liga-se a finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social.** Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade".³⁸⁸ (grifos não constantes no original)

Uma parte da doutrina coloca esses elementos da tríade clássica numa escala de importância, enquanto outra parte acredita melhor não estabelecer hierarquia entre eles. Para aqueles³⁸⁹ que fazem uma escala de valor, o *nomen*, sendo dispensável para a determinação da posse do estado de filho, possui uma menor ou nenhuma importância. Seria dispensável e não comprometeria a configuração da posse porque, muitas vezes, os filhos não têm, o sobrenome do pai ou da mãe em seu nome³⁹⁰. Já os dois outros elementos, o *tractatus* e a *fama*, são de grande peso, especialmente o primeiro, porque, nas palavras de Jacqueline Filgueras NOGUEIRA "é o tratamento que seus pais dispensam a seu filho, assegurando-lhe manutenção, educação, instrução, enfim, contribuindo de maneira efetiva para a formação dele como ser humano"³⁹¹.

Já Martine RÈMOND, citada por José Bernardo Ramos BOEIRA, questionando se há uma hierarquia entre os elementos da tríade clássica, entende que não há, pois o *tractatus* é condição da fama e a fama evolui conforme o gosto do público³⁹².

³⁸⁷ Idem.

³⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 70.

³⁸⁹ Nesse sentido, OLIVEIRA, José Lamartine Corre de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso...** Op. cit., p. 116; BOEIRA, José Bernardo Ramos, op. cit., p. 63; DELINSKI, Julie Cristine, Op. cit., p. 4445; NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 116.

³⁹⁰ O emprego aqui foi usado no sentido técnico jurídico definido pelo Código Civil de 2002, no art. 16: "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome".

³⁹¹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 116.

³⁹² RÈMOND-GOUILLOUD, Martine. *La possession d'état d' enfant. Revue trimestrielle de droit civil.* Paris, juil-sept, 1975. n. 3, p. 466-80. *Apud* BOEIRA, José Bernardo Ramos. Op. cit., p. 64.

Outrossim, é preciso levar em conta que o *nomen* (sobrenome do pai ou mãe) pode ser uma demonstração do *tractatus* que existiu ou que existe de modo discreto, em razão de impedimentos legais e/ou morais, e ter gerado a *fama* durante toda a vida da pessoa no ambiente em que vive. Logo, prefere-se não menosprezar o elemento *nomen* nem graduar os demais, ainda que o tratamento e a fama possam refletir a existência ou não do afeto da filiação socioafetiva.

Além da tríade clássica da posse de estado de filho, também se identifica-se na doutrina³⁹³ a sua duração como fator de grande relevância para sua existência, bem como para sua força: "O fator tempo é condição de existência e força da 'posse de estado de filho', sem o qual ela não se constitui. É através do dia-a-dia que se constrói e se solidifica, ganhando consistência com o passar do tempo"³⁹⁴.

O tempo ou a duração deve ser tal que demonstre os caracteres da continuidade e estabilidade da posse de estado de filho, que não se constitui em um dia, como acontece com o reconhecimento voluntário ou forçado, mas sim da prática de atos, sentimentos, significados, construídos dia-a-dia, o que demanda tempo para sua formação e reconhecimento.

Julie Cristine DELINSKI mostra que esse elemento essencial para a posse de estado não é significativa para a aparência: "porque a aparência é por essência fugidia; o reconhecimento de uma situação jurídica sobre o seu fundamento supõe, aliás, o seu desaparecimento; o herdeiro aparente, o proprietário aparente são somente os sujeitos quando se sabe que eles não são herdeiros ou proprietários"³⁹⁵.

Deve-se verificar a existência de uma duração razoável na qual "a verdade sociológica tomaria corpo e valeria, por si, contra a discussão da realidade biológica"³⁹⁶, mas não deve pré-definir um prazo mínimo, sob pena de se dar um passo arbitrário. A verificação da continuidade também não deve ser rígida quanto à eventuais interrupções, de modo que há de se desprezar as interrupções insuficientes para constituir uma verdadeira descontinuidade da posse de estado de filho³⁹⁷.

³⁹³ DELINSKI, Julie Cristine. Op. cit., p. 48; BOEIRA, José Bernardo Ramos. Op. cit., p. 65; NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 118.

³⁹⁴ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 118.

³⁹⁵ DELINSKI, Julie Cristine. Op. cit., p. 70.

³⁹⁶ OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério...** Op. cit., p. 446.

³⁹⁷ PIMENTA, José da Costa. Op. cit., p. 165.

Também a continuidade não exige a atualidade e perpetuidade, cabendo ao juiz analisar se houve ou não a existência da posse de estado de filho em momento passado. A respeito, José da Costa PIMENTA afirma que "É certo que com o tempo a natureza e a intensidade das relações familiares se modificam: o sustento e a educação do filho pelos pais presumidos tende a desaparecer quando o filho se torna adulto. Não se pode deduzir disso que a posse de estado cessou; **continuidade não significa perpetuidade**"³⁹⁸. (grifos não constantes no original)

Luiz Edson FACHIN, a seu turno, aponta como qualidades existentes, em regra, na posse de estado de filho, a publicidade, continuidade e ausência de equívoco. Assim, afirma: "A **notoriedade** se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; **esse fato deve ser contínuo**, e essa continuidade, que **nem sempre exige atualidade**, deve apresentar **uma certa duração que revele estabilidade**. Os fatos, enfim, dos quais se extrai a existência da posse de estado não devem causar dúvida ou equívoco"³⁹⁹.

José da Costa PIMENTA ainda aborda a questão sobre a possibilidade ou não de a posse de estado de filho consolidar-se antes do nascimento da criança ou nas semanas seguintes. O autor considera que, a princípio, a posse não poderá ser constituída antes do nascimento, somente a partir dele. Contudo, destaca que os juízes podem tomar em conta os fatos verificados *antes* desse momento para apreciar a existência de uma posse de estado que se consolida *depois* do nascimento ou nesse momento, mesmo de curta duração, como por exemplo, se acode aos casos de filho que nasceu morto ou faleceu alguns dias após⁴⁰⁰.

Como se vê, a posse de estado de filho implanta a filiação vivida, cujos fatos que a sustentam devem ser provados. As provas do estado de filho podem ser produzidas por todos os meios⁴⁰¹ admitidos em direito (art. 212, CC/2002) -

³⁹⁸ Ibidem, p. 164.

³⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 70.

⁴⁰⁰ PIMENTA, José da Costa. Op. cit., p. 165.

⁴⁰¹ Nos casos de adoção judicial, adoção à brasileira ou reconhecimento judicial ou extrajudicial da paternidade ou maternidade, a prova documental é pré-constituída, mediante certidão de nascimento. Já com relação ao filho de criação, esse não terá em princípio a certidão de nascimento, podendo comprovar o estado de filiação com os seguintes documentos, citados por Belmiro Pedro WELTER: certidão de batismo; plano de saúde; inscrição no Imposto de Renda; inscrição de filho afetivo em órgão previdenciário; concessão de caderneta de poupança; aplicações financeiras; testamento em favor de filho afetivo; fotografias que revelam típica convivência familiar; escritura ou contrato de aquisição de imóvel o filho ou em condomínio com os pais e filho; bilhetes, cartas ou cartões a indicar a filiação afetiva; seguro de vida beneficiando o filho; histórico escolar, em

confissão, documento, testemunha, presunção, perícia - devendo as provas ser suficientemente hábeis a evitar a declaração de uma paternidade com base em mera e falsa presunção e a atingir a verdadeira paternidade.

Nesse sentido também, Belmiro Pedro WELTER⁴⁰² alerta que

devem ser produzidas todas as formas admitidas em direito, inclusive e principalmente de ofício, como testemunhal, pericial (assistente social, psicólogo, psiquiatra etc.), depoimento pessoal e documental, **para que seja declarada a verdadeira paternidade sociológica e não apenas a mera ficção jurídica do estado de filho**, já que a presunção da paternidade biológica e sociológica não mais habita no ordenamento jurídico pátrio.

(grifos não constantes no original)

Uma prova que se ressalta é a palavra da pessoa que têm seu estado de filiação discutido, por tratar de um *estado* da própria pessoa.

Inclusive doutrinadores explanam que a necessidade do consentimento do filho maior e a possibilidade de impugnação do reconhecimento pelo menor após sua maioridade são demonstrações de que em matéria de filiação é o interesse do filho que prevalece⁴⁰³.

Indispensável se faz escutar o filho e levar em conta sua opinião, mesmo se tratando de pessoas menores de 18 (dezoito) anos. Assim como acontece nos processos judiciais de colocação em família substituta (arts. 28, §§ 1º e 2º, 45, §2º, Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁰⁴), a pessoa menor de 18 (dezoito) anos,

que conste o nome dos pais afetivos como responsáveis; documentos das despesas de instrução e/ou médico-hospitalares; qualquer documento em que conste o tratamento de filho; pagamento de pensão alimentícia; incluso em inventário como herdeiro ou legatário; autorização para compra de mercadorias em casa comercial, em que é certificado o estado afetivo; o nome dos pais inscrito na roupa ou demais pertences do filho; o depoimento pessoal em qualquer processo, reconhecendo a filiação afetiva; o nome do filho afetivo constando da certidão de óbito dos pais; os pais como responsáveis em consulta médica e/ou baixa hospitalar. WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 162.

⁴⁰² WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit., p. 162-163.

⁴⁰³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 265-266; VENCELAU, Rose. Op. cit., p.

⁴⁰⁴ Art. 28 (...) § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

deverá ser ouvida por equipe interprofissional, respeitado o estágio de seu desenvolvimento e o grau de compreensão sobre as implicações da medida. O mesmo tratamento deve ser dado, tendo em vista que em ambas as situações o objetivo é ou o reconhecimento de uma família, de uma filiação, ou a sua desconstituição.

Tânia da Silva PEREIRA realça que "a 'fala da criança [e do adolescente]' deve ser assumida como uma das provas essenciais na instrução dos processos que envolvam seus interesses" e aponta algumas condições para contribuir ao exercício desse direito perante a Justiça, como: adaptar os procedimentos com vistas a garantir a manifestação autêntica da vontade da criança ou do adolescente; criar condições que facilitem a expressão espontânea, situações de angústia e evitando linguagens técnicas incompreensíveis; favorecer a intervenção de profissionais especializados que possam interpretar a palavra da criança e do adolescente, permitindo-lhes expressar seus interesses e conflitos com maior liberdade⁴⁰⁵.

Dessa maneira, considerando o interesse do filho, sua palavra há de ser perquirida, seja qual for sua idade, mas sempre respeitando seu desenvolvimento psicossocial.

Questão pertinente é a posse de estado de filho ser matéria de fato ou de direito, uma vez que implica o cabimento ou não da interposição do Recurso Especial para Superior Tribunal de Justiça (Súmula 7 do STJ⁴⁰⁶), e de Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (Súmula 279 do STF⁴⁰⁷).

Pode, inicialmente, parecer que se trata de matéria de fato, já que a noção de posse de estado de filho é aferida de fatos que demonstrem uma relação paterno-materno-filial. Contudo, trata-se de matéria de direito, posto que não se discutirá se os fatos estão provados ou não, no Recurso Especial ou no Extraordinário, mas sim se eles, os fatos alegados, exprimem as noções jurídicas de

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

⁴⁰⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. O "melhor interesse da criança". p. 1-101. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 30-31.

⁴⁰⁶ "A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL" (CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990 p. 6478)

⁴⁰⁷ "PARA SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO CABE RECURSO EXTRAORDINÁRIO" (Sessão Plenária de 13/12/1963).

nomen, tractatus, e fama, enfim, se eles levam à conclusão jurídica da existência do instituto da posse de estado de filho.

Esse entendimento é compartilhado por Luiz Edson FACHIN, que afirma que "decidir a existência da posse de estado é matéria de direito, pois aí se verá se os fatos que se apresentaram provam ou não a posse de estado"⁴⁰⁸. No mesmo sentido, Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA⁴⁰⁹:

Na verdade, o autor tem de alegar e de provar matéria de facto, isto é, os factos de onde se possa retirar a conclusão de que o réu reputou o investigante como seu filho, os factos que exprimam tratamento como filho e os factos de que resulte a ideia de reputação pelo público. **Os conceitos de reputação e de tratamento, e o conceito de posse de estado, são conclusões jurídicas que cabe ao tribunal tirar - são matéria de direito.** Por exemplo, o autor não alega a reputação pelo réu - alega que o réu recebia o autor em sua casa, para que esse lhe desejasse bom aniversário e bom Natal, e que se preocupou com a sua saúde, quando o autor teve um acidente; por exemplo, não alega o tratamento - mas alega que o investigado oferecia prendas de aniversário ao autor; nem alega a reputação pelo público - alega que vários familiares de ambos afirmaram, em certas ocasiões, que se trata de pai e filho, que o filho 'é a cara do pai'.
(grifos não constantes no original)

José Bernardo Ramos BOEIRA igualmente defende que se cuida de matéria de direito, "de qualificações a fazer, pelo juiz que julga a causa. Ao juiz cumprirá, face àquilo que se provou, julgar a idoneidade desses fatos para integrarem as aludidas categorias jurídicas (reputação e tratamento) (...)"⁴¹⁰.

Estudados os elementos constitutivos e as características da posse de estado de filho, se faz necessário enveredar no exame do sistema jurídico pátrio.

3.3.3 A posse de estado de filho no sistema jurídico brasileiro.

Antes de partir para a posse de estado de filho, impõe entabular pela posse de estado de casado.

A posse de estado de casado é fruto da reunião de fatos que demonstram no plano social a existência do estado de casado. Ou seja, pela colocação da posse

⁴⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento...** Op. cit., p. 120-121.

⁴⁰⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. cit., p. 226.

⁴¹⁰ BOEIRA, José Bernardo Ramos. Op. cit., p. 70-71.

de estado de casado o direito de família aceita um fato social em vez de documentos formais.

A noção de posse de estado foi acolhida explicitamente pelo Direito de Família ao tratar do casamento, já no Código Civil de 1916, nos arts. 203 e 206⁴¹¹, servindo para provar o casamento de pessoas que faleceram, em benefício de seus filhos em comum. No caso de dúvida quanto ao casamento, decidia-se pela sua existência, se comprovada a posse de estado de casado.

Seguindo a mesma linha, o Código Civil de 2002 prevê expressamente a posse de estado de casado em duas normas, nos arts. 1.545 e 1.547, considerando-a prova de o casamento ter sido celebrado e, assim, gerando uma presunção da existência do casamento.

Porém, o Código Civil vigente ampliou a regra do art. 203 do Código Civil anterior, albergando não só o casamento de pessoas que faleceram, mas também o de cônjuges que não possam manifestar sua vontade. Diz o art. 1.545 que "O casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado" e o art. 1.547, por sua vez, que "Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados".

Note-se que o Código não define o que seja a posse de estado de casado; que compreende essa noção no interesse protetivo dos filhos; e que, estando ela presente, na dúvida, julgar-se-á pelo casamento.

Com relação à posse de estado de filho, não há expressa previsão em lei, mas há indícios. O Código Civil anterior, de 1916, já fornecia, implicitamente, indícios da noção de posse de estado de filho, os quais se situavam no campo da prova, denotando seu papel subsidiário (revogado art. 349⁴¹²). Essa noção era um conceito

⁴¹¹ Art. 203. O casamento de pessoas que faleceram na posse do estado de casadas não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do registro civil, que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o matrimônio impugnado (art. 183, VI).

Art. 206. Na dúvida entre as provas pró e contra, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo matrimônio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados.

⁴¹² Art. 349. Na falta, ou defeito do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito:

à margem desse Código Civil, estava preocupado com valores outros e não permitia a penetração dos fatos no Direito.

Referente à mudança operada, Luiz Edson FACHIN observa que "A indiferença do legislador não é apenas formal, portanto: ela decorre de um juízo de desvalor a certos fatos sociais cujas portas de ingresso no mundo jurídico foram fechadas pelo Código Civil. Coube à força desses mesmos fatos sociais abrir os caminhos, quer pela atuação dos juízes, quer pelas modificações supervenientes que as transformações culturais e econômicas impuseram ao texto codificado"⁴¹³.

A posse de estado de filho ganha relevo no momento em que se tem o compromisso com a busca da revelação do vínculo biológico e, especialmente, do vínculo afetivo, motivo pelo qual não foi concebida no sistema codificado, que se preocupava com a família legítima e colocava num plano superior a "verdade" jurídica⁴¹⁴.

O atual Código Civil apenas repete esses indícios implícitos da noção da posse de estado de filho no âmbito probatório, no art. 1.605, *in verbis*:

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

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

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

Por conseguinte, a posse de estado de filho, aflorando a base sociológica e afetiva da filiação, com qual o Direito Civil contemporaneamente, na perspectiva constitucional, se preocupa, merece mais que ser concebida como mera condição de meio subsidiário de prova, merece ser alçada à condição de elemento suficiente para o estabelecimento do estado de filiação.

Se contemporaneamente volta-se atenção aos fatos sociais e proclama-se a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º. III, da Constituição Federal), é coerente que o instituto da posse de estado de filho defina juridicamente a filiação, porque ele espelha uma relação existente no mundo dos fatos, na qual traz em seu

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

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

⁴¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento...** Op. cit., p. 153.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 153-154.

bojo comportamentos, vontades, sentimentos humanos próprios de pai (ou mãe) e filho, verificados na convivência familiar.

Nesse sentido, Jacqueline Filgueras NOGUEIRA conclui, em sua obra, que a proteção da posse de estado de filho evidencia a verdadeira relação que deve estar presente entre pais e que, por isso, a "posse de estado de filho" deve receber específica previsão e proteção legal:

É necessário que o direito se adapte às transformações sociais, trazendo a realidade da vida para o ordenamento jurídico, elevando a noção para que esta possa figurar como elemento constitutivo da filiação, para que em casos de conflito de filiação, esta prevaleça, como já fizeram as legislações mais modernas. (...) Portanto é essa noção que deve prevalecer em casos de conflitos de paternidade, quando as presunções jurídicas já não bastam e não convencem, ou quando os simples laços biológicos não são suficientes para demonstrar a verdadeira relação entre pais e filhos. Não são os laços de sangue nem as presunções jurídicas que estabelecem um vínculo entre uma criança e seus pais, mas o tratamento diário de cuidados, alimentação, educação, proteção e amor, que cresce e se fortifica com o passar dos dias⁴¹⁵.

Compartilha desse entendimento Maria Claudia Crespo BRAUNER, salientando os benefícios de se servir da posse de estado de filho: "Desse modo, estar-se-ia construindo um sistema definidor dos laços de família, vinculando pessoas que desejam amar-se e cuidar-se reciprocamente. Além disso, afirmar-se-ia a noção de interesse superior da criança como critério principal e indisponível às decisões dos litígios no âmbito familiar⁴¹⁶."

Márcio Antonio BOSCARO sugere complementar, no art. 1.603, *caput*, do Código Civil de 2002, que a filiação prova-se também com a posse de estado de filho e acrescentar dois parágrafos a esse dispositivo legal, dizendo que:

"§1º A posse de estado de filho decorre de um conjunto de fatos que demonstram as relações de filiação e de parentesco entre uma pessoa e a família ou entidade familiar à qual ela diz pertencer. Referem-se esses fatos às seguintes condições:

- a) ter a pessoa sempre se apresentado o nome de quem ela diz ser filha;
- b) que esse suposto genitor sempre a tenha tratado como filha e cuidado de sua criação e manutenção;
- c) que eles sejam reconhecidos como pais e filhos perante o meio social em que vivem".

"§2º A posse de estado de filho, para valer como prova em ações judiciais, deverá ser objeto de prévia ação de justificação, nos termos dos artigos 861 a 866 do Código de Processo Civil"⁴¹⁷.

⁴¹⁵ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 113-114.

⁴¹⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: Conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 220-221.

⁴¹⁷ BOSCARO, Márcio Antonio. Op. cit., p. 83.

Frise-se, aqui novamente, que a noção da posse de estado de filho não é fechada, e a presença concomitante dos três clássicos elementos constitutivos não é obrigatória, devendo ser apreciado cada caso concreto. Mesmo faltando um dos elementos clássicos (nome, tratamento e fama), é possível estar caracterizada a posse de estado de filho.

Não obstante a ausência de previsão legal expressa, a interpretação sistemática e axiológica constitucional permite a apreensão da posse de estado de filho na realidade da vida, impondo-se a jurisprudência sua verificação na apreciação dos casos concretos. Nesse tema, se confirma novamente a assertiva de Francisco José Ferreira MUNIZ, de que os juízes "realizam, na ausência de uma legislação, com habilidade e sentido das realidades, um direito judicial dos princípios constitucionais do direito de família"⁴¹⁸.

Nesse sentido também, José Bernardo Ramos BOEIRA enuncia: "Mas caberá ao aplicador acolher essa realidade, para com base na jurisprudência, construir o caminho que levará à normatização com a integração plena e expressa da posse de estado para dentro do nosso sistema jurídico"⁴¹⁹.

Rosana Amara Girardi FACHIN, por seu turno, afirma que

A jurisprudência dever estar aberta, em seu papel construtivo, a valores culturais e sociológicos, precisamente para evitar que a concepção normativa não obste o espaço para a realização pessoal e familiar.

O exemplo citado, a título de ilustração das ideias expostas, mostra a importância de explorar toda a possibilidade dos conceitos jurídicos, cabendo, nesse horizonte, reconhecer o papel decisivo do aplicador e do hermeneuta, para construir, sem embargo das funções legislativas próprias, um Direito de Família apto a se 'reedificar' constantemente.

Tal passo poderá ser decisivo para a busca da superação da exclusão antes apontada, não se tratando mais apenas de um reconhecimento formal de direitos, mas sim de sua efetivação⁴²⁰.

Diante da realidade constitucional contemporânea, em que o constituinte teve o cuidado em definir princípios e valores bem específicos relativos às relações de Direito Civil, incluindo o Direito de Família, o intérprete tem que delinear um

⁴¹⁸ MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O Direito...** Op. cit., p. 116.

⁴¹⁹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. Op. cit., p. 70.

⁴²⁰ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da Família do Novo Milênio**. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 96.

direito civil à luz da Constituição, explica Gustavo TEPEDINO⁴²¹. Nessa ótica, elucida que os princípios constitucionais não podem ser utilizados como princípios gerais do direito, sob pena de se subverter a hierarquia normativa e prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, em detrimento dos princípios constitucionais. Os princípios gerais do direito são retirados implicitamente da legislação, pelo método indutivo, sendo utilizados na ausência de lei expressa, depois de fracassada a tentativa de dirimir o conflito com a analogia e os costumes (art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil).

Além disso, o autor⁴²² esclarece que não se pode manter apegado à necessidade de regulação casuística, pois justamente as Constituições contemporâneas e as legislações especiais utilizam cláusulas gerais, em face de sua incapacidade para regular todas as inúmeras situações. Nos seus dizeres, "as cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo cláusulas de intenção"⁴²³.

Por conseguinte, na solução do caso concreto, sendo aventado o estado de filiação socioafetivo, o juiz deve decidir guiando-se pelos princípios constitucionais do Direito de Família e os aplicando-os diretamente. Embora na lei se encontre apenas indícios da posse de estado de filho, a interpretação sistemática do Código Civil à luz da Constituição, e a aplicação direta dos princípios constitucionais, embasam o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Estudada a posse de estado de filho como um critério apto a verificar a filiação socioafetiva nos casos em concretos, passa-se, dentro do tema de conflitos de paternidades ou maternidades, ao estudo da desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

⁴²¹ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas...** Op. cit., p. 13 e 18-19.

⁴²² Ibidem, p. 19-20.

⁴²³ Ibidem, p. 20.

4 OS CONFLITOS DE PATERNIDADE (OU MATERNIDADE) E O MELHOR INTERESSE DE CADA FILHO, COMO SUJEITO DE DIREITO *EM* QUESTÃO.

Aquele conceito de família, em que o pai ou mãe de sangue é quem registra a criança e quem a cria nem sempre traduz a realidade. Por vezes, as "verdades" da filiação - jurídica, biológica e socioafetiva -, não coincidem, e aí surgem as complexidades e problemáticas.

Como afirmam Luiz Edson FACHIN e Ana Carla Harmatiuk MATOS, "A realidade (e o discurso que a explica) escapa dessa simplicidade e assume uma dimensão plural e complexa, dado que dilemas da vida e dos afetos indicam que as paternidades biológica, jurídica e socioafetiva podem ou não se focar em uma mesma pessoa"⁴²⁴.

Diante da não coincidência dessas faces da filiação, surgem algumas questões a serem enfrentadas pelo Direito, entre elas saber qual é a "verdadeira" paternidade naquele caso concreto ou quais são as "verdades" que devem prevalecer; se pode uma pessoa ter mais de um pai ou mãe; como resolver os casos em que a verdade biológica e a verdade socioafetiva não recaem numa única pessoa⁴²⁵.

⁴²⁴ FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. *In*: CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.) *et al.* **Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo**: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2009. p. 266.

⁴²⁵ Apenas para exemplificar, uma situação complexa pode brotar quando há o reconhecimento formal do pai biológico e a criança trava com o novo marido da mãe uma relação nitidamente de pai e filho, de modo que ocorre uma co-existência de figuras paternas: um pai biológico e formal e outro afetivo. Quando não há pai registral, um pai jurídico reconhecido, é possível a adoção por cônjuge. Mas existindo um pai juridicamente reconhecido, tem que se desconstituir essa paternidade, no sistema atual. Recentemente o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade do padrasto em pleitear a destituição do poder familiar (REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010). Por vezes, há um dilema de se quebrar a paternidade e os laços familiares com a avó, o avô, os tios do lado paterno. É preciso convocar e escutar todos, o pai reconhecido, a família paterna, o filho e analisar sempre o superior interesse desse último.

Pode acontecer também de o pai registral ser também o pai socioafetivo, mas não o biológico, coexistindo duas figuras, também, paternas. Essa coexistência entre dois pais ou mesmo duas mães simultaneamente pode acontecer com a formação de família reconstituída, do tempo contemporâneo, que acaba ponto em cheque o paradigma tradicional de família.

Outro caso em que é possível encontrar dois pais ou duas mães é o da união entre pessoas do mesmo sexo. Uma vez deferida a adoção por um homossexual, o seu parceiro ou a sua parceira

As respostas, abertas, estão no caso concreto a ser apreciado, no qual devem ser analisadas obrigatoriamente as três noções de filiação. Não pode a decisão se basear apenas numa vertente e trocar um dogma por outro, não sendo nenhuma delas absoluta. Em menção à sentença de Salomão sobre a disputa da maternidade, Luiz Edson FACHIN esclarece que

a verdade não pode ser partida, o que mostra um desafio à verdadeira paternidade que se explica em diferentes vertentes. **Não há contradição aí**, eis que no sentido plural **as partes integrantes de um mesmo conceito não se opõem, apenas se complementam**. A diferença está em reconhecer não mais uma verdade, monolítica, absoluta, mas sim uma **acepção plúrima do que se revela e se constrói verdadeiro**⁴²⁶.
(grifos não constantes no original)

Atualmente, tem-se várias faces da filiação e, dependendo do caso concreto, uma vertente ou outra da filiação, em atendimento ao interesse da pessoa humana, do filho, poderá ser determinante. Esse norte é dado por Luiz Edson FACHIN: “**A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos** não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos. **É uma moldura a ser preenchida**, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas **com vida, na qual pessoas espelham sentimentos**”⁴²⁷. (grifos não constantes no original) No mesmo sentido, Silvana Maria CARBONERA e Marcos Alves da SILVA:

Todavia, é preciso que se tenha em conta que **não há nenhuma sustentação jurídica definitiva para reafirmar a supremacia de um dos sentidos em relação ao outro**. O que se tem, a rigor, é a necessidade de uma análise específica em cada caso concreto, respeitando assim o sentido proposto pelo princípio da igualdade material. E assim sendo, torna-se possível, também, implementar o princípio do melhor interesse, já que, como bem observou Maria Clara Sottomaior, **'Este critério só adquire eficácia quando referido ao interesse de cada criança, pois há tantos interesses da criança como crianças**⁴²⁸.
(grifos não constantes no original)

Portanto, diante da realidade da vida e das problemáticas nas quais as noções jurídica, biológica e socioafetiva não coincidem, é preciso cautelas, reflexões

pode, de repente, estabelecer também uma relação verdadeiramente paterna ou materna, socioafetiva com o filho. A adoção pelo casal homoafetivo igualmente é possível. Outrossim, pode acontecer de o filho biológico de um homossexual ser criado como filho pelo seu parceiro. Sobre essa e outras tantas o Direito é chamado a tratar.

⁴²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade...** Op. cit., p. 29.

⁴²⁷ Idem.

⁴²⁸ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 357.

e soluções voltadas para o atendimento do filho, especialmente quando se tratar de criança e adolescente.

4.1 O ESTADO DE FILIAÇÃO CONSTITUÍDO PELO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO E A SUA POSSIBILIDADE OU NÃO DE DESCONSTITUIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Questão específica da temática filiação socioafetiva investigada em consultas à jurisprudência pátria é a possibilidade ou não de anular, com fulcro no erro ou falsidade, o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade de filho havido fora do casamento, nos termos da permissão do art. 1.604 do Código Civil de 2002⁴²⁹.

Como objetivo colocou-se verificar o(s) argumento(s) para desconstituir a paternidade ou maternidade do registro, e entre eles verificar especificamente a proteção da dignidade da pessoa do filho, qualquer que seja sua idade (criança, adolescente, jovem, adulto).

Por questão metodológica, a pesquisa é delimitada em buscas de acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no período de 2003 a 2010 (novembro de 2010). Como critérios da pesquisa, foram empregadas as seguintes palavras: reconhecimento, paternidade, maternidade, registro, erro, falsidade, adoção à brasileira, adoção, engano, vício, consentimento⁴³⁰.

A pesquisa foi feita inicialmente pela análise das ementas; depois, percorreu os relatórios e votos dos acórdãos, selecionando os julgados que tratavam do tema definido, excluindo-se os que tratavam de questões processuais (como legitimidade

⁴²⁹ Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

⁴³⁰ Considerando o período mencionado, foram encontradas com os critérios de pesquisa falsidade ideológica e registro, 25 (vinte e cinco) acórdãos; falsidade e registro, 58 (cinquenta e oito) acórdãos; "adoção à brasileira", 4 (quatro) acórdãos; socioafetiva, 6 (seis) acórdãos; sócio-afetiva, 14 (catorze); 1.604, 3 (três) acórdãos; vício, registro e nascimento, 12 (doze); vício, reconhecimento e filho, 104 (cento e quatro) acórdãos; reconhecimento e voluntário, 54 (cinquenta e quatro) acórdãos; registro e erro, 122 (cento e vinte e dois) acórdãos; erro, reconhecimento e filho, 119 (cento e dezenove).

e prescrição) e os repetidos. Ao final da triagem, restaram 13 (treze) acórdãos, sendo que em nenhum deles estava caracterizado o erro do pai no reconhecimento voluntário do filho.

Com o fim de organizar metodologicamente a apresentação da pesquisa jurisprudencial, os acórdãos que discutem a existência ou não da falsidade (8 acórdãos) e os que cuidam da existência ou não do erro para fundamentar a anulação do estado de filiação jurídica foram separados (5 acórdãos).

Atinente aos acórdãos que debateram a anulação do reconhecimento de paternidade ou maternidade de filho havido fora do casamento, pretendida com esteio na existência de falsidade perpetrada pela mãe ou pelo pai, destaca-se o recente e inédito REsp. 1000356-SP⁴³¹, no qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a maternidade socioafetiva de uma mulher, de 56 anos, que havia registrado uma filha recém-nascida de outrem como sua, em 1980, e a criado até seu falecimento em 1989 ("adoção à brasileira"), e a filha mais velha propôs a ação para anular o registro da irmã, alegando falsidade ideológica da mãe.

De início, já se nota um dado relevante: não foi a filha adotada, sem os moldes legais, nem a mãe que pretendia a desconstituição do vínculo jurídico (e socioafetivo), mas um terceiro que tinha em vista um objetivo patrimonial particular, qual seja, não ter como irmã aquela que receberia a parte disponível dos bens da falecida.

Ao julgar o caso, a Ministra Relatora Nancy ANDRIGHI afirmou:

Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a em julgamento – consideradas as especificidades de cada caso –, a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida. (grifos não constantes no original)

De fato, o reconhecimento foi expressão de vontade plenamente livre e consciente da mãe, fundada apenas na afetividade, sabedora da inexistência do vínculo biológico, como reconhecido pela Ministra Relatora, sendo irrevogável o

⁴³¹ REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010.

reconhecimento (art. 1.609, Código Civil de 2002). Além disso, e principalmente, no caso em tela, foi fundada e exercida uma maternidade de afeto, não havendo motivo para não prevalecer a preservação do estado de filiação (jurídico e socioafetivo).

A Ministra Relatora Nancy ANDRIGHI ainda salienta:

Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. **Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança** – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – **preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade**. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, **não** pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares" (grifos não constantes no original).

No final do acórdão, é ressaltado "que a garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade", sublinhando essa cautela com a "verdade" biológica nos processos que tratam de desfazer um estado de filiação.

No REsp 119346/GO⁴³², é retratado o caso de dez irmãos que ajuízaram ação de anulação ou reforma do registro civil de seus outros três irmãos, sob a alegação de que seus pais falecidos incidiram em falsidade ideológica ao declararem esses como filhos legítimos do casal, em 1957, quando eram na verdade filhos do pai com outras mulheres, em época anterior ao casamento dele com a mãe.

No voto, o Rel. Ministro Barros MONTEIRO compreendeu uma situação de fato, consolidada no seio da família e na sociedade, há mais de 40 (quarenta) anos não contraditada pelos recorrentes, que deixou claro o *status* de filho dos três irmãos, admitido não só pelo pai declarante, mas também pela falecida, que foi uma verdadeira genitora deles, e pelos próprios irmãos.

O Ministro Ruy Rosado de AGUIAR, seguindo o Relator, manifestou-se a respeito, assentando que "a maternidade que se apresenta e se consolida durante

⁴³² REsp 119346/GO, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/04/2003, DJ 23/06/2003, p. 371.

quarenta anos cria um estado afetivo, social, familiar, e mesmo jurídico que, em princípio, não deve ser desfeito".

O REsp. 1088157/PB⁴³³ trata da situação em que um homem registrou uma criança como sua filha fosse em 1965, e, após sua morte, quando passados mais de 35 (trinta e cinco) anos, sua segunda esposa e viúva pretendia desconstituir o reconhecimento, alegando a existência de falsidade ideológica e arrependimento do marido.

O Relator Ministro MASSAMI UYEDA entendeu que: "não há prova que ateste a vontade do 'de cujus' em proceder à desconstituição da adoção, pelo contrário, diante do lapso temporal de mais de 35 anos sem efetuar tal ato e dos depoimentos testemunhais, infere-se que o adotante não possuía nenhuma intenção de extinguir a adoção".

O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade efetivado por aquele que, conhecendo ausência de laço biológico, registra como seu filho, marca uma verdadeira adoção de filho, ainda que sem moldes legais, da qual descabe posteriormente a pretensão de terceiro, como a viúva, em anular o registro de nascimento.

Vale trazer o trecho do voto do Relator:

De plano, sobrepõe deixar consignado que a invalidade dos atos jurídicos que refletem no estado das pessoas não pode ser tratada da mesma maneira daquela que eventualmente pode eivar os demais atos da vida civil, isto porque aqueles geram efeitos que não se circunscrevem na esfera meramente patrimonial e, portanto, de disponibilidade das pessoas. Nesta linha de raciocínio é **inviável deixar de reconhecer que a adoção, ainda que à moda brasileira, gera para o registrado a posse do estado de filho. (...)** em última análise [desconstituir o registro civil de nascimento de S. A. T.] **significa o próprio desfazimento de um vínculo de afeto que foi criado e cultivado entre a registrada e seu "pai" com o passar do tempo.**
(grifos não constantes no original)

Quanto aos casos de "adoção à brasileira", em que há a existência de falsidade ideológica, tem-se também o REsp. 878941/DF⁴³⁴, no qual a tia pretende anular o reconhecimento da sobrinha, pelo irmão pouco antes de sua morte. No voto, a Rel. Ministra Nancy ANDRIGHI, asseverou:

⁴³³ REsp 1088157/PB, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009.

⁴³⁴ REsp 878941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267.

No ato do reconhecimento, duas "verdades", biológica e sócio-afetiva, antagonizavam-se e o *de cuius* optou por reconhecer a recorrente como se fosse sua filha, muito embora não fosse seu genitor. Tem-se aqui um pai que quis reconhecer a filha como se sua fosse e uma filha que aceitou tal filiação. **Não houve dissenso entre pai e filha que conviveram, juntamente com a mãe, até o falecimento. Ao contrário, a longa relação de criação se consolidou no reconhecimento de paternidade ora questionado em juízo.**

Assim como ocorreu na hipótese *sub judice*, a paternidade sócio-afetiva pode estar, hoje, presente em milhares de lares brasileiros. O julgador não pode fechar os olhos a esta realidade que se impõe e o direito não deve deixar de lhe atribuir efeitos.

(grifos não constantes no original)

O Ministro Castro FILHO, em seu pedido de vista, acompanhou o voto da Relatora, assim pronunciando:

É de se ter presente que o interesse manifestado pela ora recorrida, de natureza preponderantemente patrimonial, é o de ver anulado o registro, com a finalidade de retirar da recorrente a posse de um estado de filiação evidente, uma vez que o falecido, além de reconhecê-la espontaneamente como filha, mesmo sabendo não ser o pai biológico, assim a tratou desde tenra idade, **destinando-lhe todos os cuidados inerentes à paternidade, exercida até os seus últimos dias de vida.**

(grifos não constantes no original)

No REsp 509138/SP⁴³⁵, o recorrente, filho natural de um casal, alegava também a falsidade ideológica dos seus pais falecidos ao declararem que a recorrida era sua filha legítima. Ainda que o Rel. Ministro Jorge SCARTEZZINI decida fundamentalmente pela prescrição da pretensão do recorrente, não deixa de apontar a longa convivência familiar prevaleceu ao interesse patrimonial do irmão, como se vê no fragmento: "*In casu*, é evidente o interesse puramente patrimonial do recorrente, de natureza particular, em ser o único herdeiro necessário de seus genitores; interesse este que surgiu apenas em razão da abertura da sucessão hereditária. Ora, é inadmissível irmão pretender a declaração da inexistência de filiação e a desconstituição do registro de nascimento da irmã após mais de 21 (vinte e um) anos de convivência familiar".

REsp. 709608/MS⁴³⁶, cuja situação fática é de um homem que efetuou o reconhecimento do filho de sua companheira, de 8 (oito) anos, por escritura pública, em 1989, e, após sua morte, a sua filha biológica alegou falsidade ideológica.

⁴³⁵ REsp 509138/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 319.

⁴³⁶ REsp 709608/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 23/11/2009.

No julgamento pelo STJ, o Relator Ministro consignou que se cinge o pleito recursal "tão-somente em ver-se afastada a retificação do registro de nascimento, efetuado em decorrência do reconhecimento de paternidade sob vínculo socioafetivo", entendeu que não houve falsidade, mas foi feito o reconhecimento com base numa paternidade socioafetiva já existente. Assim, foi assinalado:

Portanto, **não há que se falar em erro ou falsidade** se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, **quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo** e sentimento de nobreza.
(grifos não constantes no original)

Nesses acórdãos supracitados, observa-se que são terceiros que desejam desfazer o reconhecimento da paternidade ou maternidade, em razão de um interesse patrimonial, em prejuízo do estado de filiação de uma pessoa (interesse pessoal), perdurado por anos e no qual foi enraizada claramente uma convivência socioafetiva.

Já no REsp 2348331/MG⁴³⁷ é o pai registral que ingressa com a ação, alegando a própria falsidade ideológica. Nesse caso também é desconsiderada a falsidade, diante do princípio de que a ninguém é dado beneficiar-se da invalidade a que deu causa, principalmente em lesão ao interesse do filho.

Seguindo o Relator, o MINISTRO MASSAMI UYEDA resumiu que "além da circunstância de não se poder invocar a própria torpeza, porque ele [pai registral] procura essa negatória com a invocação de uma falsidade ideológica a que ele mesmo deu causa, **cumprе ressaltar que, na espécie, há que prevalecer o interesse do menor**". (grifos não constante no original)

Desses acórdãos, apura-se que a preservação do estado de filiação jurídico, corroborada pelo vínculo socioafetivo desenvolvido, prevaleceu sobre os interesses patrimoniais de terceiros, a "verdade" biológica e, até mesmo, sobre as inobservâncias das formas legais, como as impostas à adoção regular, pois condizente com a proteção da pessoa humana do filho.

⁴³⁷ REsp 234833/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 22/10/2007, p. 276.

Já no REsp 833712/MS⁴³⁸, o *decisum* diversamente, privilegiou o liame biológico, ainda que existente a vinculação socioafetiva, em razão das peculiaridades que rodearam o falso registro (um "arranjo") e a insurgência da própria filha em buscar a sua paternidade e maternidade biológica subtraída. Tratou de uma investigação da paternidade e maternidade biológica, promovida pela filha, aos seus 50 anos de idade, quando sua mãe registral lhe revelou que não era sua mãe biológica.

Sobre o citado caso, a Ministra Relatora Nancy Andrichi destaca que, no conflito de paternidade ou maternidade, nenhuma vertente é em tese superior a outra, e que a peculiaridade do caso e o melhor interesse do filho são os determinantes da paternidade e da maternidade. Vale reproduzir trecho do versado acórdão:

Cinge-se a controvérsia a saber qual a paternidade/maternidade que deve prevalecer quando conflitantes: a biológica ou a sócio-afetiva. Tendo sido julgado procedente o pedido investigatório, foi este reformado em grau de apelação, por considerar o Tribunal Estadual que, em se tratando de 'adoção à brasileira', 'a verdade socioafetiva se sobrepõe à verdade genética' (fl. 248).

Não se pode, contudo, proceder à aludida mensuração, sem a delimitação das peculiaridades de cada hipótese, notadamente quando envolta a questão em matiz de intrincado contexto familiar de 'verdades' antagônicas.

(grifos não constantes no original)

Nota-se que é a filha que pretende ter o reconhecimento do vínculo biológico, que lhe foi escondido por mais de 50 (cinquenta) anos e, que foi decidido por esse vínculo em virtude das peculiaridades do processo:

No entanto, **embora, na superfície, seja essa a impressão inicial [uma escolha de o ter como filho], sobressai da leitura dos autos, que houve um “arranjo” ao ser a investigante enviada aos pais registrai**s, para que não fosse maculada a imagem de “bom moço” do investigado, pertencente a família de relevo na sociedade local, tendo sido a investigada, por sua vez, acuada, obrigada a entregar a filha. Nada fere mais uma alma do que se saber “enjeitada”, quer seja por motivos de egoísmo e ocultação de conduta maliciosa, quer seja por razões de necessidade e sobrevivência. Sem dúvida, pela análise do processo, depreende-se que a investigante **não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrai**s, apenas sanada, pelo que consta dos autos, quando a recorrente já contava com 50 anos de idade.

(...) Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo **sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história**, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura.

⁴³⁸ REsp 833712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347

(grifos constantes no original)

Prosseguindo, entre os acórdãos selecionados, foram encontrados aqueles nos quais havia mera dúvida quanto ao vínculo biológico, quando do reconhecimento de filho, e que isso não é suficiente para promover uma ação que desfaça o estado de filiação de uma pessoa. Ora, nessas situações o pai registral efetuou o reconhecimento de filho sabendo que poderia não ser seu filho geneticamente.

A situação apreciada no REsp 1078285-MS⁴³⁹ é de um pai que alega que incorreu em erro ao reconhecer como seu filho um jovem de 22 anos, pois teria sido coagido pela genitora e a única relação sexual que teve com ela remontava a data da concepção, embora ela convivesse com outro homem. Nos autos, foi mencionado que quando a criança tinha 8 (oito) anos, o suposto pai efetuou pagamento de pensões mensais; que quando a genitora e a criança mudaram para outra cidade, manteve contato episódico com a última; depois, que contou à sua família do suposto filho, trouxe-o para morar com sua família; que a convivência familiar ocorreu quando o filho tinha entre 14 e 15 anos e 18 a 23 anos.

Diante dos fatos, constatou-se que não existiu erro no reconhecimento voluntário da paternidade, mas mera dúvida quanto à existência do vínculo biológico. O pai registral sabia que poderia ser ou não o pai biológico, quando fez o reconhecimento.

Todavia, a questão da desconstituição do registro não pode estar focada apenas na existência cabal do erro, mas na avaliação do melhor interesse do filho (especialmente se menor). No caso, verifica-se - e esse parece ser o que melhor reflete a dignidade do filho - que foi construída uma filiação ao longo dos anos, através da convivência, ora esporádica ora diária, levando-o para morar na sua casa, que culminou no reconhecimento do jovem, que contava com 22 (vinte e dois) anos. Esse estado de filiação primeiramente socioafetivo aperfeiçoou-se ainda mais com a filiação registral. Desfazê-la certamente vulneraria a pessoa do filho.

O Relator Ministro Massami Uyda, no acórdão, acentua a filiação socioafetiva consubstanciada no caso, assim explanando:

⁴³⁹ REsp 1078285/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 18/08/2010.

o ora recorrente, após estabelecer vínculo de afetividade, durante aproximadamente vinte e dois anos, ainda que imbuído de dúvida quanto à existência de liame biológico, reconhece voluntária e juridicamente a paternidade, mediante o competente registro civil. Na realidade, **a alegada dúvida sobre a verdade biológica, ainda que não absolutamente dissipada, mostrou-se irrelevante,** desinfluyente para que o ora recorrente, incentivado, segundo relata, pela própria família, procedesse ao reconhecimento de W. G. G. H como sendo seu filho, oportunidade, repisa-se, em que o vínculo afetivo, há muito, encontrava-se estabelecido.

Não é demasiado acrescentar que, caso a verdade biológica lhe parecesse essencial, substancial para o reconhecimento da paternidade do recorrido, o ora recorrente poderia obter, **durante o prolongado período de aproximadamente vinte e dois anos, facilmente, por meio de exames de material genético, a confirmação ou não do apontado vínculo biológico.** Diante de tal argumento, **revela-se insubsistente a alegação de que a genitora do recorrido exercera, nos seus dizeres, "terrível pressão psicológica", apta a macular o seu consentimento** exarado quando da efetivação do registro civil de paternidade.

(grifos não constantes no original)

Nesse caso relatado, portanto, o pai, mesmo sabendo que poderia ou não ser seu filho biológico, o reconheceu, fundado no vínculo socioafetivo que travaram em 22 anos de convivência familiar, ainda que sobre o recorrente pairasse dúvida sobre quanto à vinculação biológica. O que se verifica é que não só inexistiu erro no reconhecimento da paternidade jurídica, mas, sobretudo, que houve uma paternidade socioafetiva iniciada anteriormente com o suposto filho, devendo manter-se o estado de filiação.

O REsp 1022763-RS⁴⁴⁰ é semelhante a medida que trata de um pai que fez o reconhecimento da paternidade, mas tinha dúvida com relação à existência do elo biológico, sendo então, pelo STJ, afastado o vício de consentimento e preservado o estado de filiação.

A Relatora Ministra Nancy ANDRIGHI, no corpo do acórdão, alude-se ao interesse maior da proteção da criança, em vista desse caso envolver um filho menor, e argumenta que não pode "a criança ser desamparada por um ser adulto que a ela não se ligou, verdadeiramente, pelos laços afetivos supostamente estabelecidos quando do reconhecimento da paternidade". Destarte, reconheceu uma filiação jurídica idônea, plantada pela vontade livre e consciente do pai recorrente, o qual já desconfiava que poderia não ser seu filho genético, mas mesmo assim deliberou registrá-lo como seu, e com isso a Relatora não permitiu que se desfizesse essa filiação, pelo simples arrependimento posterior do pai, em

⁴⁴⁰ REsp 1022763/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 03/02/2009.

detrimento da pessoa do filho. Repara-se aqui que prevaleceu a "verdade" jurídica em proteção, em tese, do filho.

No REsp. 1067438-RS⁴⁴¹ também se verifica que a existência de mera dúvida acerca do vínculo biológico, quando do reconhecimento da paternidade, é fator insuficiente para desencadear o ajuizamento de negatória de paternidade. A Relatora Ministra Nancy ANDRIGHI explica que:

Ora, o ajuizar de uma ação negatória de paternidade com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco nos autos, conforme demonstrado no acórdão impugnado, que **o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de se alegar a existência de vício de consentimento**, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito.
(grifos não constantes no original)

Nota-se, nesses dois últimos casos citados, em que foi acurada a mera dúvida, que a Relatora afirma, respectivamente nas fls. 4 e 5 dos acórdãos, que "verifica-se no processo em julgamento, que o recorrente reconheceu espontaneamente a paternidade extramatrimonial, cujo ato **somente poderia ser desfeito quando demonstrado o vício de consentimento**".

Novamente, é importante anotar que as decisões não podem priorizar a verificação da existência ou não de erro quanto ao vínculo biológico quando do reconhecimento, mas, repita-se, o interesse do filho, sujeito *em* questão. Concernente a esse cuidado, vale trazer os questionamentos de Lucia Maria Teixeira FERREIRA: "Hoje com o princípio da verdade biológica, quem é o pai pode ter a sua paternidade desconstituída sem qualquer limitação? Quem é filho pode deixar de ter um pai a qualquer tempo? E os riscos de uma ciência jurídica profundamente marcada por um novo determinismo biológico?"⁴⁴².

Já no REsp 1003628/DF⁴⁴³, traz situação em que se tem um homem que, depois casar com uma mulher com filho de 3 (três) anos, registra-o como se fosse seu também, em 1998, e, mais tarde, quando estão separados, pretende desfazer o reconhecimento da paternidade. No corpo do acórdão, a Rel. Ministra Nancy

⁴⁴¹ REsp 1067438/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 20/05/2009.

⁴⁴² FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Tutela da filiação. p. 253-308. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor Interesse da Criança**: um debate interdisciplinar. p. 258.

⁴⁴³ REsp 1003628/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 10/12/2008.

ANDRIGHI discorre sobre a preservação do estado de filiação e proteção do filho, especialmente do filho menor, como se vê:

De toda forma, tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento.

Isso porque a fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto.

Entretanto, na seqüência, decide pela inexistência de erro no reconhecimento da paternidade, quando da análise de sua verificação: "O recorrido não manifestou vontade eivada de vício. É o quanto basta para reformar o acórdão impugnado, eis que suas conclusões se deram em contrariedade ao art. 1.604 do CC/02".

O ministro MASSAMI UYEDA pronunciou-se também, na mesma direção da Relatora, aduzindo que "o que chama a atenção, neste caso, é que, segundo a própria afirmação do pai – que, agora, quer se ver livre da declaração que ele *sponte propria* fez –, ao registrar a criança como sua filha, sabia perfeitamente que não era filha biológica".

Quanto à possibilidade de o pai que se arrependeu de ter o reconhecido filho de outro como seu ingressar com ação, invocando a ausência biológica, Maria Claudia Crespo BRAUNER enfatiza que "o caráter de irrevogabilidade do reconhecimento serve para proteger o filho, e que **o status de filho atribuí à pessoa uma situação que interessa, primeiramente, ao filho** e, de um modo geral, também, a toda a sociedade"⁴⁴⁴ (grifos não constante no original). Explica a autora que

este argumento sustenta-se no sentido de proteger a pessoa mais indefesa na relação de filiação - o filho - e, de ressaltar a seriedade e a plenitude de efeitos inerentes ao ato da pessoa que reconhece um filho (...)

Se um homem, reconhecer de forma deliberada e autônoma o filho de outro como seu, deverá saber que este ato surtirá efeitos, não podendo ser desconstituído até que o filho, e exclusivamente ele, demonstre o interesse, e tome a iniciativa de desfazer o vínculo de

⁴⁴⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Op. cit., p. 211.

filiação, que não corresponde à verdade biológica (...) De outro modo, estar-se-ia admitindo que, a qualquer momento, um homem que houvesse assumido a paternidade de um filho que não fosse seu, pudesse, em separando-se da mãe, buscar exonerar-se da responsabilidade que assumiu frente à criança. E, além de cortar os laços de afeto que existiam entre ambos, **prejudicaria profundamente essa pessoa, através da rejeição moral e material** que seria imposta a **criança, ao adolescente, ou quem sabe até mesmo, ao maior de idade, de modo a ultrajar a dignidade devida a qualquer pessoa.**⁴⁴⁵
(grifos não constantes no original)

Por último, quanto a esse elenco de acórdãos que verificam a existência ou não de erro no proceder do registro civil de uma pessoa, tem-se o acórdão referente ao REsp. 932692-DF⁴⁴⁶, que ilustra um pai que deseja ser declarada a inexistência de filiação, por ter sido coagido pela genitora, sob a ameaça de enfrentar um processo judicial, embora soubesse não ser seu filho. O pai fez o reconhecimento em 5.1.2004 (logo que a criança nasceu em 29.12.2003) e, após 9 (nove) meses, em 22.10.2004, ingressou com a ação.

Novamente o julgamento prioriza a existência de vício de consentimento, o que não deixa de ser um tratamento ao filho como objeto da questão. No desenvolvimento do voto da Relatora Ministra Nancy ANDRIGHI, há consideração do melhor interesse do filho menor, afirmando que "a prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação". Contudo, esse não parece ser o principal fundamento do *decisum*, mas a caracterização da existência ou não de erro, como se pode ver:

A matéria controvertida consiste em definir se, àquele que reconhece voluntariamente a paternidade de criança em relação à qual afirma que sabe não haver vínculo biológico, assiste o direito subjetivo de propor posteriormente ação de anulação de registro de nascimento, levado a efeito sob alegada pressão psicológica e coação irresistível imposta pela mãe da criança.
(....)

Assim, sob a ótica indeclinável de proteção à criança, ao visualizar os matizes fáticos descritos no acórdão impugnado, verifica-se, no processo em julgamento, que o recorrido reconheceu espontaneamente a paternidade, cujo ato **somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento**. Isto é, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento do menor, é necessária prova robusta no sentido de que o relutante pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto, como pretende a todo custo fazer crer o recorrido.

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 211-212.

⁴⁴⁶ REsp 932692/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 12/02/2009.

Não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, como ocorreu na hipótese dos autos, em que o próprio recorrido manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menino e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho. A afirmação no sentido de que a genitora da criança ajuizaria uma ação, possivelmente investigatória de paternidade, não possui a pretensa força para caracterizar a aludida coação.

Ademais, valer-se como causa de pedir da coação irresistível, por alegado temor ao processo judicial, a embasar uma ação de anulação de registro de nascimento, **consiste, no mínimo, em utilização contraditória de interesses, para não adentrar a senda da conduta inidônea, ou, ainda, da utilização da própria torpeza para benefício próprio.** Entendimento que se aplica da mesma forma ao fato de buscar o recorrido valer-se de falsidade por ele mesmo perpetrada.
(grifos não constantes no original)

Desses julgados, observa-se que a preservação do estado de filiação (jurídico e muitos deles também socioafetivo), a proteção da pessoa do filho, especialmente se ele foi menor, prevalecem tão somente em razão da inexistência de erro no reconhecimento de filho não biológico (um requisito formal, ligado à verdade genética), e não exatamente no interesse do filho em concreto.

Quando o processo envolve uma criança ou um adolescente, seu melhor interesse é considerado abstratamente, sendo atrelado a um critério formal: ao reconhecimento voluntário que não seja eivado de vício de consentimento. Nessa linha dos acórdãos, é necessário constatar se o pai sabia que não era o pai biológico ou pelo menos sabia que poderia não sê-lo. Ao contrário, caso demonstrado que não sabia que não era o pai biológico, o reconhecimento pode ser desfeito.

Contudo, parece não ser essa a melhor solução para todos os casos concretos, de acordo com o interesse filho, o *sujeito de direito em questão*. O que se quer dizer apenas é que não se pode priorizar o erro, mas sempre avaliar o melhor interesse do filho (especialmente se menor). Relevante trazer à baila, a reflexão de Luiz Edson FACHIN, quando trata sentença de Salomão acerca da disputa da maternidade, sobre o interesse do filho, que deve ser o sujeito *em questão*:

É relevante, outrossim, observar aspecto marcante: o filho não se expressa; sobre ele recai o julgamento. Não é, a rigor, o sujeito *da* questão, mas sim o sujeito *em* questão. Não se trata apenas de dar voz ao filho, que nas circunstâncias não teria sentido. **Cuida-se**, isso sim, numa sexta chave de reflexão, **de perquirir até que ponto o julgador pode prescindir de indagar-se sobre o peso dos interesses da criança na decisão. Ao filho deve, pois, ser reconhecido o *status* de sujeito de direito, e não de objeto, que inclusive, pode ser partido ('cortai pelo meio o menino vivo') ou dado ('daí, disse ele, o menino vivo a essa mulher').**⁴⁴⁷
(grifos não constantes no original)

⁴⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade...** Op. cit., p. 25-28.

Em cada caso, devem se dar elementos de ponderação, mesmo vislumbrando um reconhecimento voluntário de filho que tenha sido contaminado com vício relativo ao vínculo genético. Ainda que haja demonstração de vício do consentimento quanto a um liame biológico, ainda sim, a proteção da pessoa humana do filho pode, conforme a situação, não recomendar que toda a história, a identificação pessoal e familiar, as práticas de afeto, sejam apagados de um dia para o outro. Cabe trazer a ponderação acerca do interesse do filho, realizada por Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio SOUZA:

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** no caso concreto⁴⁴⁸.
(grifos não constantes no original)

O mote dos casos de extinção do estado de filho em que o pai agiu em erro no reconhecimento, deve pautar-se principalmente na dignidade do filho, sem desconsiderar a dignidade do pai. Quando há "ação negativa" ajuizada por esse, há o receio de que a mágoa, o ressentimento com a mãe se estenda ao filho e por isso se litigue, mesmo contra o interesse daquele que não deu causa ao fato (princípio da inocência). A situação daquele que é ludibriado é delicada, envolve sua dignidade também, mas não pode somente se centrar na existência ou não de vício do seu reconhecimento e no interesse do pai.

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio SOUZA, igualmente, observa que não é dada atenção à situação do filho, mas escorada no interesse do pai:

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 perfilhado, que sofre a desconstituição do vínculo** (...) A solução desses problemas sempre foi vista através da ótica que protege os interesses do pai, bem ao gosto da codificação de 1916, analisando-se unilateralmente a matéria, já que os interesses deste 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

⁴⁴⁸ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. A Teoria Geral da Invalidade dos Atos Jurídicos e o Estabelecimento da Paternidade. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VIII, nº. 10, jun., 2007. p. 129-155. p. 150-151.

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 somenos importância**. Pelo contrário, a *mens constitutionis* conduziu-se inexoravelmente no sentido de proteger a prole⁴⁴⁹.
(grifos não constantes no original)

Deveras, o erro, como falsa representação da realidade, é próprio do regime jurídico negocial, conforme anota Luiz Edson FACHIN, de modo que "não sem dificuldade poderia ser transposta sua disciplina para o caso em pauta [impugnação da paternidade]"⁴⁵⁰.

Na situação de a declaração de vontade para reconhecimento de filho ter emanado de erro quanto à existência do vínculo de biológico da filiação, Maria Claudia Crespo BRAUNER, sustenta que poderia, em tese, autorizar a desconstituição do vínculo de filiação, por parte daquele que reconheceu filho de outro, acreditando que era seu, mas posiciona-se no sentido de que ofenderia a dignidade da pessoa do filho, a quem pertence o interesse de desconstituir o vínculo de filiação:

Entretanto, (...) o interesse de buscar o vínculo de filiação ou de desfazê-lo **pertence ao filho e não o do pai**, e que o sistema jurídico deve proteger situações estáveis e estabelecidas, **mesmo quando a verdade genética não corresponda ao conteúdo da declaração** no registro de nascimento.

Numa sociedade em que tantas crianças são privadas de pai, não se pode correr o risco de contribuir-se para aumentar os índices de rejeição por questões egoístas e de cunha individualista, que podem dar origem a um situação de insegurança jurídica para as pessoas que se beneficiam de uma **posse de estado de filho, corroborada pela existência de um título**.⁴⁵¹

(grifos não constantes no original)

O fato é que é preciso ter cautelas voltadas ao interesse do filho quando se discute a desconstituição da filiação, pretendida diante o conhecimento posterior da desvinculação biológica. Entre elas, se pode pensar em verificar se existe ou existiu vínculo filial socioafetivo; se é o pai ou terceiro que ajuíza a ação; quais os motivos reais do pai em desfazer a vinculação; e, sobretudo, qual é o melhor interesse daquele filho.

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 146.

⁴⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. A trílice paternidade dos filhos imaginários. In: Alvim, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 170-185. p. 183.

⁴⁵¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Op. cit., p. 213.

A propósito, parece ser cogente a realização de um estudo psíquico-social, pela equipe interprofissional do Juízo, nos processos de desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade, como indispensável subsídio ao julgamento, para se analisar o significado, para o filho, do seu estado de filiação, as consequências de sua suposta perda, enfim ponderar o melhor interesse do filho, quanto ao seu debatido estado, bem como perscrutar o sentimento do pai que ingressa com ação judicial.

Só o apoio técnico especializado pode sondar a esfera íntima, subjetiva, das pessoas, perquirir se os motivos e as consequências de resguardar ou retirar o estado de filiação se harmoniza com a dignidade da pessoa do filho real.

A desconstituição de um estado de filiação, há de volver-se ao interesse do filho, como sujeito de direito *em* questão, uma vez que pode ser desapossado de um estado fundamental a sua pessoa.

No conflito de paternidades, importante é lembrar que, diferentemente do relacionamento conjugal, que, de certa forma, é instável, podendo ser rompido, a relação filial não. Aquele que já tem um estado de filiação estabelecido não pode ter alterado seu estado, sem que lhe seja digno.

A essa questão, Leila Maria Torraca de BRITO bem frisa: "se hoje o relacionamento conjugal soa como frágil, passageiro, as relações parentais precisam ser garantidas a longo prazo (...) Entende-se que, contrapondo-se à instabilidade dos vínculos conjugais, os vínculos de filiação devem continuar assegurados e estáveis"⁴⁵².

Deveras, do mesmo modo como acontece quando o liame de pai e filho é biológico, a laço de afeto entre eles, dependendo da sua intensidade, pode ser quebrada e também reconstruída, mas, uma vez estabelecido o estado de filiação, o Direito não pode permitir a supressão desse estado, sem que se conforme ao interesse do filho, não podendo tratar a relação de paterno-filial, não biológica, como se fosse um relacionamento conjugal.

Fernanda Aparecida Corrêa OTONI igualmente salienta a conveniência (na verdade, o interesse) do filho em não ser desconstituído seu estado filial:

⁴⁵² BRITO, Leila Maria Torraca. Op. cit., p. 30.

A partir do momento em que se constitui a filiação fundada exclusivamente em laços afetivos, constituída também estará a identidade da prole. Não convém que a relação envolvendo pais e filhos, independentemente do liame biológico, se desconstitua, uma vez que a relação parental é um fator essencial no desenvolvimento do filho no que tange a formação de sua personalidade.⁴⁵³

Portanto, não há resposta pronta e única nos conflitos de paternidade e maternidade. É de se concluir que há a necessidade de analisar cada caso específico, podendo prevalecer qualquer umas das vertentes da filiação, sendo elas combinadas ou não, mas sempre atendendo o interesse do filho.

⁴⁵³ OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior.** Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em: 29/09/2010.

CONCLUSÃO

No sistema codificado, apenas a família legítima, fundada no casamento, e os filhos legítimos ou legitimados tinham proteção jurídica, a qual se dava em nome da felicidade da instituição, em razão das funções políticas, econômicas, religiosas, procracionais, que desempenhava. A pessoa humana também gozava de uma tutela abstrata, já que era tutelada apenas se se amoldava à norma, contratava, comprava, contraia núpcias. Os filhos, nesse sistema, não eram todos iguais, dependia da relação existente entre seus pais. E ao "pátrio poder", eram extremamente submissos. A palavra, o desejo, o bem estar do filho não tinham lugar, de modo que eles eram vistos como quase que objetos.

No percurso do sistema jurídico, foi verificado que se procurou amenizar as desigualdades entre os filhos, mas continuavam existindo entraves legais para o reconhecimento de filho não havido dentro do casamento e a concessão de direitos iguais.

A Constituição Federal 1988 alterou radicalmente a racionalidade jurídica, através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, da liberdade, da paternidade responsável, da proteção integral da criança e do adolescente, da solidariedade, da afetividade. A relação paterno-materno-filial apresenta-se mais igual, livre, solidária, afetiva e responsável.

Transitando pela perspectiva do direito constitucional, como demarcação teórica do presente estudo, apurou-se que os princípios fundamentais da Constituição unificam o sistema e colocam a pessoa humana no centro das preocupações jurídicas, ao erigir como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa, no art. 1º, III.

A pessoa humana passa a ser considerada concretamente, o filho passa a ser sujeito de direito, sendo assegurados, com prioridade absoluta, direitos fundamentais à criança, ao adolescente e, mais recentemente, ao jovem. Desse modo, verifica-se que as tendências de constitucionalização e repersonalização propiciam a tutela também do estado de filiação socioafetiva, já que se trata de uma

relação filial construída a favor e incorporada na formação e bem estar da pessoa humana.

Nessa linha, faz-se uma leitura constitucional tanto na presença quanto na ausência de lei. A filiação socioafetiva justamente não tem previsão legal expressa, mas pode ser reconhecida juridicamente, com base numa interpretação do Código Civil de 2002 (normas dos arts. 1.596, 1.597, V, 1.603, 1.605, II, 1.614) sistemática e harmônica com os princípios constitucionais, aplicando-os diretamente.

Diante de alguns resquícios do sistema clássico no Código Civil de 2002 e da postura codicista de alguns juízes, é preciso reforçar essa leitura, com o fim de se adequar à realidade contemporânea e buscar a eficácia social das normas constitucionais, que já têm eficácia jurídica.

Situadas as transformações constitucionais e enfrentado o estabelecimento jurídico da filiação, dirigiu-se ao estudo da construção da filiação socioafetiva, apresentando primeiramente as três dimensões da filiação reconhecidas atualmente.

Ao lado da igualdade da filiação está o princípio da busca da verdadeira paternidade ou maternidade. Definir quem é o pai ou a mãe não é tão fácil. A realidade da vida mostra que as três vertentes da paternidade ou maternidade (a jurídica, a biológica e a socioafetiva) podem não recair numa mesma pessoa, quando então surgem as complexidades.

Com a garantia da quase certeza do vínculo biológico (99,9999%) e a sua praticidade para embasar a decisão judicial, o teste de DNA é supervalorado. Ganha especial prestígio, por exemplo, quando empregado a serviço daquelas crianças que não têm pai reconhecido ou daquelas pessoas que desejam apenas conhecer a ascendência genética (direito da personalidade), sem conferir efeitos da paternidade ou maternidade, já que tem um estado de filiação estabelecido.

Contudo, saliente-se que, de um lado, o jurista deve considerar as conquistas da ciência, mas também suas interrogações e limitações, e, de outro lado, os sentimentos, os desejos e os comportamentos das pessoas envolvidas.

A filiação socioafetiva pura não possui previsão normativa específica, contudo, identificá-la é apreender, pela porosidade do sistema jurídico aberto, um fenômeno social, uma realidade vivida por uma criança, um adolescente, um jovem, um adulto, enfim uma pessoa humana. Não cabe a pretensão de apreender esse

fenômeno por meio de definições jurídicas fechadas, sob pena de se proceder a um engessamento de suas possibilidades.

A definição da paternidade e da maternidade igualmente leva em conta conceitos reveladores de um vínculo socioafetivo, construído na convivência familiar por atos de carinho e amor, olhares, cuidados, preocupações, responsabilidades, participações diárias. Investe-se no papel de mãe ou pai aquele que pretende intimamente sê-lo e age como tal: troca as fraldas, esquentando a mamadeira, lhe dá de comer, brinca, joga bola, ensina andar de bicicleta, leva para a escola e para passear, cuida da lição, ensina, orienta, protege, preocupa-se, leva ao médico, contribui para sua formação e identidade pessoal e social.

Daí o instituto da posse de estado de filho ser vista como um critério para a identificação da filiação socioafetiva, posto que revela os aspectos social e afetivo do vínculo filial. Não se confunde com a aparência, pois exige, concomitantemente, um estado exterior e um estado interior, psíquico.

Seus elementos clássicos são o *nomen*, nome de família; o *tratactus*, o tratamento próprio entre filho e pai (mãe); e a *fama*, o conhecimento público dessa relação. Não é, porém, obrigatória a presença de todos eles. A doutrina ainda acrescenta o fator tempo para caracterizar a continuidade e a estabilidade da posse, sem determinar a duração.

Definir previamente o período mínimo é dar um passo arbitrário, devendo se analisar o caso concreto. O tempo ou a duração deve ser tal que demonstre os caracteres da continuidade e estabilidade da posse de estado de filho, que não se constitui em um dia, como acontece com o reconhecimento voluntário ou forçado, mas sim da prática de atos, sentimentos, significados, construídos dia-a-dia, o que demanda tempo para sua formação e reconhecimento.

Porém, a continuidade não significa sua perpetuidade nem atualidade, cabendo ao juiz analisar se houve ou não a existência da posse de estado de filho em momento passado. Ainda, a posse só se consolida após o nascimento ou nesse momento, mesmo de curta duração, como se acode aos casos de filho que nasceu morto ou faleceu alguns dias após, o que não impede que se leve em conta, para a análise de sua existência, os fatos constatados *antes* desse momento.

A prova da posse é livre, mostrando-se importante escutar o filho e levar em conta sua opinião, mesmo se tratando de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, mas

sempre respeitando seu desenvolvimento psicossocial. A conclusão jurídica da existência do instituto é matéria de direito, posto que não se discutirá se os fatos estão provados ou não, no Recurso Especial ou no Extraordinário, mas sim se eles, os fatos alegados, exprimem as noções jurídicas de *nomen*, *tractatus*, e *fama*.

A posse de estado de filho não tem expressa previsão em lei, mas tem "indícios", que podem ser abstraídos do art. 1.065, II, CC/2002, que trata da prova substitutiva do registro de nascimento. Observa-se que essa noção merece ser alçada à condição de elemento criador do estado de filiação. Contudo, independentemente da previsão legal, a interpretação sistemática e axiológica constitucional permite a apreensão da posse de estado de filho na realidade da vida, impondo-se a jurisprudência sua verificação na apreciação dos casos concretos.

Na construção legal de filiação socioafetiva, além de algumas normas do Código Civil de 2002 (arts. 1.593, 1.596, 1.597, V, 1603, 1.605 e 1.614), tem-se já um engatinhar com a chamada "Lei Clodovil" que autoriza o(a) enteado(a) a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta, ainda que não se tenha, por hora, uma definição quanto ao vínculo jurídico estabelecido e que a definição mais adequada dependa de análise de cada caso.

Com o acréscimo do sobrenome do padrasto ou madrasta ao nome do enteado (a), o que se tem é um vínculo de afinidade qualificado pela afetividade, capaz ou não de tornar-se, dependendo da particularidade do caso, uma relação paterno ou materno-filial.

A mencionada lei ressalta que é possível essa adoção de sobrenome sem prejuízo do sobrenome do pai ou mãe jurídica existente. Isso corrobora que as faces da filiação não se opõem, mas se complementam.

Dentro do tema de conflitos de paternidades ou maternidades, pesquisou-se a desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o objetivo de verificar o(s) argumento(s) para desconstituí-lo, e entre eles verificar especificamente a proteção da dignidade da pessoa do filho, qualquer que seja sua idade (criança, adolescente, jovem, adulto).

O que se constatou é que, embora se considere a filiação jurídica e socioafetiva existente ou o melhor interesse da criança e do adolescente, o fundamento principal é a existência ou não do vício da declaração quanto ao vínculo

biológico. Segundo os julgados, é necessário constatar se o pai sabia que não era o pai biológico ou, pelo menos, sabia que poderia não sê-lo. Ao contrário, caso demonstrado que não sabia que não era o pai biológico, o reconhecimento voluntário pode ser desfeito.

Observa-se que a preservação do estado de filiação (jurídico e, muitos deles, também socioafetivo) em proteção da pessoa do filho, especialmente se ele foi menor, prevalece tão somente em razão da inexistência de erro no reconhecimento de filho não biológico, e não exatamente no interesse do filho em concreto. Tal entendimento não parece atender sempre o interesse do filho, titular do direito ao estado de filiação.

O mote dos casos de extinção do estado de filho deve pautar-se principalmente na dignidade do filho, sem desconsiderar a dignidade do pai. Quando há "ação negativa" ajuizada por esse, há o receio de que a mágoa com a mãe se estenda ao filho e por isso se litigue, mesmo contra o interesse daquele que não deu causa ao fato (princípio da inocência). A situação daquele que é ludibriado é delicada, envolve sua dignidade também, mas não pode somente se centrar na presença ou não de vício de sua declaração, em prol único de seu interesse.

O fato é que é preciso ter cautelas voltadas ao interesse do filho quando se discute a desconstituição da filiação, pretendida diante o conhecimento posterior da ausência da vinculação biológica. Entre elas, se pode pensar em verificar se existe ou existiu vínculo filial socioafetivo; se é o pai ou terceiro que ajuíza a ação; quais os motivos reais do pai em desfazer a vinculação; e, especialmente, qual é o melhor interesse daquele filho. Nessa situação, a realização de um estudo técnico psicossocial, elaborado pela equipe interprofissional do Juízo, se mostra uma grande contribuição para resolver a lide.

Conclui-se, assim, que se deve ter muita prudência com a desconstituição da paternidade ou maternidade registral, permitida pelo art. 1.604 do Código Civil. Mister avaliar as três dimensões da filiação, pois cada uma contribui diferentemente à tutela do filho, e buscar o interesse do filho em cada caso. A solução dos conflitos pode se estribar em qualquer uma das dimensões. Ou seja, não há resposta unívoca aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DO ESTADO (AE). O Estado de São Paulo. **CRM aponta irregularidades em clínica de Abdelmassih.** Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,crm-aponta-irregularidades-em-clinica-de-abdelmassih,431159,0.htm> Acesso em: 2/6/2010.

AGUIAR JR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de Direito Civil.** Brasília: CJF, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Transformação dos Sistemas Positivos a Descodificação do Direito Civil Brasileiro.** Disponível em: http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=376:imported_366&catid=17:artigos&Itemid=12

ALMEIDA, Maria Christina. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Investigação de paternidade.** Aspectos Polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A paternidade socioafetiva e a formação da personalidade.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=54>. Acesso em: 15.3.2010.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. *In:* LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade DNA como meio de prova da filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 331-364.

AZEVEDO, Graziela. Jornal Nacional. **Relatório revela crimes cometidos em clínica de SP.** Disponível em: <http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL1295610-10406,00-RELATORIO+REVELA+CRIMES+COMETIDOS+EM+CLINICA+DE+SP.html> Acesso em: 2/6/2010.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado:** o mito do amor materno (tradução: Waltensir Dutra). São Paulo: Círculo do Livro, 1988.

BAINHAM, Andrew. Parentage, Parenthood and Parental Responsibility. *In:* BAINHAM, Andrew; SCLATER, Shelley Day; RICHARDS, Martin. **What is a Parent? A Socio-Legal Analysis.** Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing, 1999. p. 25-46.

BARBOSA, Heloísa Helena. O estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor**

Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 103-135.

_____. Direito à identidade genética. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Cidadania.** O Novo CCB e a *vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 379-389.

BARROS, Fernanda Otoni. **Do direito ao pai.** v. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. *In:* **Temas de Direito Constitucional.** Tomo III. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 505-518.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In:* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente.** Aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 197-266.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 163.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988. *In:* **Vade Mecum Saraiva.** 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: www.planalto.gov.br.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. Disponível em: www.planalto.gov.br.

BRASIL. Lei nº. 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: www.planalto.gov.br.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br.

BRASIL. Lei nº. 7.250, de 14 de novembro de 1984. Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.

BRASIL. Lei nº. 7.841, de 17 de outubro de 1989. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *In: Vade Mecum Saraiva*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

BRASIL. Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. *In: Vade Mecum Saraiva*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *In: Vade Mecum Saraiva*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

BRASIL. Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. *In: Vade Mecum Saraiva*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso: 14.2.2010.

BRASIL. Projeto de Lei (PL) nº. 207, 15 de fevereiro de 2007. Autoriza o enteado a adotar o nome de família do padrasto. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=341006 Acesso em: 4.5.2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 119346/GO, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/04/2003, DJ 23/06/2003, p. 371.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1088157/PB, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 878941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 509138/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 319.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 709608/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 23/11/2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 234833/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 22/10/2007, p. 276.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 833712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1078285/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 18/08/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1022763/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 03/02/2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1067438/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 20/05/2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1003628/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 10/12/2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 932692/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 12/02/2009.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 605.708/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJe 05/08/2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 457.635/PB, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 17/03/2003, p. 238.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 7. A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL. CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990 p. 6478.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 279. PARA SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO CABE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Sessão Plenária de 13/12/1963.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - AC 0108.417-9 - rel. Des. Accácio Cambi - j. 12.12.2001 - DJPR 04.02.2002.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. 12ª C.Cível - AC 0407575-8 - Ibiporã - Rel.: Juíza Subst. 2º G. Denise Kruger Pereira - Unânime - J. 16.01.2008.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70020347563, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 08/08/2007.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. EI 70025810441, 4ª G. Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarino, julg. 1.12.2008.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Ap. Cível 2007.001.16970, 17ª C. Cível, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, julg. 13.6.2007.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 8ª C. de Direito Privado - AC 994093490612 - Rel. Dês. Caetano Lagrasta - julg. 30.9.2009.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS - AC 1.0024.08.957343-0/001 - Rel. Dês. Silas Vieira, 3ª Câmara Cível, julg. 2.9.2010, publ. 23.9.2010;

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: Conquistas médicas e o debate bioético.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Paternidades Contestadas.** A definição da paternidade como um impasse contemporâneo. Belo horizonte: Del Rey, 2008.

BRUNO, Denise Duarte. Posse de estado de filho. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Cidadania.** O Novo CCB e a *vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 461-472.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações d família. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273-313.

CARBONERA, Silvana Maria. A família e sua tutela: Aspectos relevantes para a análise da eficácia do ordenamento jurídico no plano das relações familiares. *In*: **Pensando o Direito: Reflexões em busca da afetividade.** Curitiba: Centro universitário Positivo, 2005. p. 123-169.

CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Os filhos da democracia: uma reflexão acerca das transformações da filiação a partir da constituição federal de 1988. *In*: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 341-360.

CARDOSO, Simone Tassinari. Do contrato parental à Socioafetividade. *In*: ARONNE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil - Constitucional.** v. 2. p. 19-105.

CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica.** Seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade Responsável.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. V. II. Direito de Filiação. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Conselho Nacional de Justiça. **Programa de Reconhecimento de Paternidade é caso de sucesso do TJ-SP**. Disponível em: http://monoceros.cnj.gov.br/portal.php?option=com_content&view=article&catid=1%3Anotas&id=2931%3Aprograma-de-reconhecimento-de-paternidade-aso-de-sucesso-do-tj-sp&Itemid=675&lang=pt
Acesso em: 1/6/2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Renata Raupp. Os "Novos" Direitos na Perspectiva Feminina: a Constitucionalização dos Direitos das Mulheres. *In: A Construção de Novos Direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 51-74.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In: Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito de filiação**. São Paulo: dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. A filha das estrelas em busca do artigo perdido. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 367-374.

_____. A tríplce paternidade dos filhos imaginários. *In: Alvim, Teresa Arruda (Coord.). Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 170-185.

_____. **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei n. 8.560/92**. Curitiba: Genesis, 1995.

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

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

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Estudos Jurídicos**. Curitiba, v. 2, n. 1, p. 99-107, ago.1995.

_____. **Novo conceito de ato e negócio jurídico.** Conseqüências práticas. Curitiba: EDUCA, 1988.

_____. **Questões de Direito Civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. *In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.) et al. Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico.* Curitiba: Juruá, 2009. p. 265-277.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da Família do Novo Milênio.** Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Tutela da filiação. *In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar.* p. 253-308.

FIGUEROA, Afonso García. Princípios e Direitos Fundamentais. *In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 3-33.

FREITAS, Waglância de Medonça Faustino e; COELHO, Edméia de Almeida Cardoso; SILVA, Ana Tereza Medeiros Cavalcanti da. Sentir-se pai: a vivência masculina sob o olhar de gênero. *In: Cadernos de Saúde Pública.* Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p.137-145, Jan. 2007.

GANDOLFO, Augusto César Silva Santos. **Filhos dos Outros?** Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 17.9.2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-filiação e os Efeitos Jurídicos da reprodução Assistida Heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KUKINA, Sérgio Luiz. Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil à luz dos Direitos Humanos. *In: GRILLO, Valéria Teixeira de Meiroz; DIGIÁCONO, Murillo José; SILVA, Cristina Maria Suter Correia da (Coords.). Revista Igualdade.* Revista trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Curitiba, v. 10, n. 36, p. 1-89, jul./set., 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Procriações Artificiais e o Direito.** Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Área. Nome: Atributo da personalidade na visão do Novo Código. *In: Em tempo*. v. 4, ago., 2002, p. 130-137.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clusus*. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e Cidadania. O Novo CCB e Vacation Legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 89-107.

_____. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v.6, n.24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

_____. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 14 de março 2010.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505-530.

_____. **Direito Civil**. Famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 6.10. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial**. São Paulo: Atlas, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

LOUREIRO, João Carlos. Os genes do nosso (des)contentamento. (Dignidade humana e genética: notas de um roteiro). *In: NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina (Coords.). Colectânea Bioética Hoje - V. Serviço de Bioética e Ética Médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra LDA, 2002*.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar. *In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2010. p. 67-80.

_____. Poder Familiar. *In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2010. p. 81-150.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Novas Perspectivas do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Filhos do coração. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 23, p. 22-36, abr./maio. 2004.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioativa: A filiação e a revolução da genética. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v.6, n.24 , p. 50-79, jun./jul. 2004.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" Entidades Familiares. *In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org). A Construção de Novos Direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 16-32.

_____. Filiação e Homossexualidade. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; et al. Família e Dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 69-101.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. p. 90. *In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

_____. **Gestação por outrem. Determinação da maternidade**. "Mãe de aluguel". São Paulo: Gênese, 1998.

_____. Filhos da Reprodução Assistida. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e Cidadania*. O Novo CCB e a *vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 391-402.

_____. **Reprodução Assistida e Exame de DNA: Implicações Jurídicas**. Curitiba: Genesis Editora, 2004.

MELLO, Baptista de. **Direitos de Bastardia**. História, legislação doutrina, jurisprudencia e pratica. São Paulo: Saraiva e Cia., 1933. p. 5.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e Dignidade humana*. Anais do V Congresso brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 613-640.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. *In: Revista Estado, Direito e Sociedade*, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ, v. I, 1991.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Direito de Família na solução dos litígios. *In: _____, Textos de Direito Civil*. Curitiba: Juruá, 1998. 95-116.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

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

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Do Estado de Direito Liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Pleno Juris, 1987.

OLIVEIRA, Euclides de. **Enteado com sobrenome do padrasto**. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 17.9.2010.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério Jurídico da Paternidade**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1983.

_____. **Temas de direito de família**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de Oliveira. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002.

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**. Um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Livraria Almedina. 1999.

OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior**. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em: 29/09/2010.

PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **Adoção à Brasileira**: Registro de Filho Alheio em Nome Próprio. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. (Tradução de Maria Cristina De Cicco). **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? *In*: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise**. Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 220-228.

_____. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Tânia da Silva. O Melhor interesse da criança. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor Interesse da Criança**: um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-101.

_____. **Cuidado e afeto:** o direito de acréscimo do sobrenome do padrasto. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 17.9.2010.

PERROT, Michelle (tradução de Paulo Neves). O Nó e o Ninho. *In: Reflexões para o futuro*. Veja - 25 anos, Editora Abril e Fundação Emílio Odebrecht. 1993. 75-81.

PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem Casamento:** Da Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RASKIN, Salmo. **Investigação de Paternidade**. Manual Prático do DNA. Um guia para saber quando e como questionar o teste de paternidade em DNA. Curitiba: Juruá, 1999.

REZENDE, Joubert Rodrigues de. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre, v.9, n.49, p.103-111, ago./set. 2008.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas:** da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 153-154.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. *In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 113-150.

SCHIER, Paulo. Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 106.

SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**. Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Acertos e Desacertos em torno da verdade biológica. *In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 235-259.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Paternidade socioafetiva**. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre, v. 9, n. 46, p.90-97, fev./mar. 2008.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. A Teoria Geral da Invalidez dos Atos Jurídicos e o Estabelecimento da Paternidade. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VIII, nº. 10, jun., 2007. p. 129-155.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do novo Código Civil. *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito de Família Contemporâneo*. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 547-583.

_____. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional. Brasileiro. *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25-62.

_____. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33-46.

_____. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de direito civil - constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-16._____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-23.

_____. O novo e o velho direito civil. *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como Efeito da Socioafetividade nas Famílias Recompuestas. *In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. n. 10, jun./jul., 2009, p. 34-60.

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

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Os meus, os seus e os nossos: As famílias mosaico e seus efeitos jurídicos**. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 17.9.2010.

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

_____. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 379-390.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica e, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. *In*: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.) *et al.* **Diálogos sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 379- 399.

VILLELA, João Batista. **Desbiologização da paternidade**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/28298/27855>
Acesso em: 23.2.2010.

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

WIEDEMANN, Adalgisa. Parentalidade. *In*: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.7, n.31 , p. 143-160, ago./set. 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos direitos fundamentais de uma teoria geral dos "novos direitos". *In*: Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite (Org). **Os "Novos" Direitos no Brasil**. Naturezas e perspectivas. Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas. Saraiva, 2003. p. 1-31.

ANEXOS

ANEXO 1 - Recurso Especial nº. 1000356-SP

ANEXO 2 - Recurso Especial nº. 119346-GO

ANEXO 3 - Recurso Especial nº. 1088157-PB

ANEXO 4 - Recurso Especial nº. 878941-DF

ANEXO 5 - Recurso Especial nº. 509138-SP

ANEXO 6 - Recurso Especial nº. 709608-MS

ANEXO 7 - Recurso Especial nº. 234833-MG

ANEXO 8 - Recurso Especial nº. 833712-RS

ANEXO 9 - Recurso Especial nº. 1078285-MS

ANEXO 10 - Recurso Especial nº. 1022763-RS

ANEXO 11 - Recurso Especial nº. 1067438-RS

ANEXO 12 - Recurso Especial nº. 1003628-DF

ANEXO 13 - Recurso Especial nº. 932692-DF