

## Paternidade x paternidade socioafetiva

Silas Silva Santos,  
Sônia Regina Negrão e  
Angélica Bezerra Manzano Guimarães

**SUMÁRIO:** 1. Notas introdutórias — 2. Filiação - noções gerais – 2.1. Filiação - conceito – 2.2. A filiação no direito romano – 2.3. A filiação no direito pátrio - 3. Paternidade– 4. Paternidade biológica – 5. Paternidade biológica e registrária – 6. Paternidade socioafetiva – 7. As verdades biológica e jurídica frente à paternidade socioafetiva – 8. Posse do estado de filho: conceito e características – 8.1. – A posse do estado de filho nos Tribunais Pátrios – 9. Adoção à brasileira – 9.1. Adoção à brasileira - valores alcançados e destruídos pelo direito – 9.2. Adoção à brasileira - equacionamento – 10. Conclusão.

### 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

É de todos sabido que as crianças e os adolescentes são pessoas em desenvolvimento as quais, no mais das vezes, não têm capacidade de se auto-desenvolverem nos aspectos intelectual, moral, social e afetivo, como também não têm condições de protegerem seja a própria vida, seja a integridade física ou a saúde. Não contam eles com meios próprios para atender às suas necessidades básicas. O recém-nascido, ainda que materialmente abastado, se não receber alimentação e cuidados com a sua higienização e saúde do grupo social primário a que integra ou de terceiros, perecerá, sem sombra de dúvida. A criança ou o adolescente que, v.g., não receber orientação moral e intelectual ficará, por certo, à margem da sociedade. A fragilidade desse grupo de pessoas é inegável. À vista disso, esse seguimento social necessita de atenção e cuidados especiais. Para chegar-se à essa conclusão, basta que se tome como exemplo o zelo com que os chamados, por nós, de maneira arrogante, animais irracionais tratam seus filhotes.

Em virtude dessa situação peculiar de fragilidade desse grupo de pessoas, a humanidade tem, ao longo dos anos, buscado regras especiais de proteção àqueles que integral tal grupo. Assim é que a Declaração de Genebra, em 1924, impunha proteção especial para a criança e neste aspecto ela foi repetida e confirmada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, pelo Pacto de San José da Costa Rica, datado de 22 de novembro de 1969 e, notadamente, pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança aprovada em 20 de novembro de 1989 na Assembléia Geral das Nações Unidas, na qual foi adotada a “Doutrina da Proteção Integral” em relação a esse grupo de pessoas. Essa doutrina implica em reconhecer que as crianças e os adolescentes, em situação irregular ou não, merecem proteção especial e todos os direitos a eles inerentes devem ser observados com prioridade.

Embora frágeis na sua formação e aprendizado sob todos os aspectos e necessitando, hoje mais do que nunca, proteção da comunidade e do Estado, não há que se menosprezar a inteligência das crianças e dos adolescentes que, guardadas as devidas proporções comparativamente a um adulto médio, devem ter autonomia e capacidade de entendimento; liberdade de expressão — incluindo-se nesta a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo; liberdade de associação e liberdade de pensamento, de consciência e de crença, porquanto são direitos que lhe são assegurados pela Convenção dos Direitos da Criança, em seus artigos 12, 13 e 14, “*in verbis*”:

“Art. 12

1- Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.

2- Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Art. 13

1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo o tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou de qualquer outro meio escolhido pela criança.

2. O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias:

a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou

b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas.

Art. 14

1. Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.

2. Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde com a evolução de sua capacidade.

3. *A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdade fundamentais dos demais*”.

A “Doutrina da Proteção Integral da Criança” encontra-se contemplada em nosso ordenamento jurídico, mais precipuamente no artigo 227, “caput”, da nossa Lei Fundamental que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta primazia, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (ECA), especialmente nos artigos 1º, 3º, 4º e 5º, em harmonia com a Lei Maior, reafirma a “Doutrina da Proteção Integral” para os infanto-juvenis e o primado absoluto de proteção desse grupo de pessoas, ao qual confere-se todos os direitos fundamentais universalmente reconhecidos e inerentes à pessoa humana.

Essas regras básicas devem ser observadas quando se tratar de todo e qualquer assunto ou matéria pertinente à criança e ao adolescente, inclusive no tocante à paternidade e suas diversas modalidades. A Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil) deixou de codificar assuntos atuais e importantes que fazem frente à nossa realidade. Desta forma, já há registros da posição de alguns civilistas pátrios quanto ao retrocesso da aprovação e promulgação do texto codificado não apenas sob o aspecto formal, mas essencialmente sob o enfoque material, ou seja, quanto ao conteúdo do tratamento jurídico-normativo no referido texto. Corolário lógico é que, do ponto de vista técnico, o novo texto codificado de 2002 procurou ser neutro e abstrato em sua dimensão axiológica e desconheceu as profundas alterações trazidas pela Carta de 1988, pela robusta legislação especial e, sobretudo, pela rica jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década, acabando por proporcionar a reabertura de muitas discussões e polêmicas sobre uma diversidade de temas jurídicos tais como a paternidade socioafetiva, além de outros tantos da mesma importância jurídica, como a desbiologização da paternidade, biotecnologia, guarda compartilhada, união civil de pessoas do mesmo sexo.

Há de se ressaltar, contudo, que durante a sua tramitação desde 1975, o texto recebeu inúmeras emendas que foram incorporadas ao bojo da codificação para que se permitisse as necessárias mudanças, atualizações e compatibilizações de dispositivos do projeto à legislação infraconstitucional editada no período iniciado em 1975 e principalmente à Constituição Federal de 1988. Por isso, o Novo Código, durante a sua tramitação, recebeu influência profunda da nova ordem constitucional, e, por evidente, no direito de família, onde, salvo as ressalvas feitas no parágrafo anterior, se revelam as mais significativas modificações.

É de todo salutar trazer à baila o enunciado do artigo 1596 do Código Civil, para o seguinte comentário, “*in verbis*”:

“*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.*”

O novo Código Civil brasileiro em face desse dispositivo reproduziu o inteiro teor do § 6º do art. 227 da Carta Magna de 1988, abrindo, desta forma, espaço para a matéria no terreno codificado, o que não havia sido feito ainda. O abrigo na nova codificação deve propiciar interpretações e aplicações que se aliem ao enunciado de foro constitucional.

## **2. FILIAÇÃO - NOÇÕES GERAIS**

O termo filiação deriva do latim “*filiiatio*”, traduzindo-se pela relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filho em linha reta, gerando o estado de filho.

A filiação, todavia, nem sempre decorre da consangüinidade, ou seja, de laços consangüíneos entre pai e filho. Além a filiação civil estabelecida por meio do instituto da adoção, hoje há a inseminação artificial homóloga, *v.g.*, o marido pode depositar seus espermatozoides em um banco de sêmen e, após meses ou anos e até mesmo após a sua morte, a esposa ou viúva dele, se submeter a inseminação artificial e vir a dar à luz a um bebê; a inseminação artificial heteróloga, quando ela é feita em mulher casada ou convivente, desta feita com espermatozoides de terceiros e, ainda, a fertilização “*in vitro*” ou na proveta, em que o óvulo da mãe é extraído do ovário, fecundado em tudo de ensaio com esperma de seu pai e, após algum tempo, inserido novamente no útero da mãe.

Denomina-se filiação materna quando relaciona-se à mãe e quando considerada com respeito ao pai, entende-se por filiação paterna. Contudo, a doutrina costume empregar a expressão paternidade em sentido amplo, englobando tanto a paternidade como a maternidade.

### **2.1. FILIAÇÃO - CONCEITO**

Entende-se por filiação o vínculo de parentesco que une os filhos aos pais.

Na atual sistemática do nosso ordenamento jurídico, em razão das modificações introduzidas pela legislação em vigor, principalmente após o advento da Magna Carta em 1988, não há mais que se falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, adulterinos (aqueles que tenham resultado de um ato de adultério seja pelo homem seja pela mulher) e incestuosos (aqueles nascidos da união de pessoas, para as quais, ao tempo da concepção, havia impedimento ou proibição legal entre elas). Aliás, essas duas últimas designações deixaram de existir em nosso direito, pois com o advento da CF/88, reconhecida a paternidade,

vigora o princípio da isonomia entre os filhos, não podendo haver discriminação sob qualquer aspecto. A exclusão do vocábulo 'legítimo' que qualificava a filiação em 1916, denota o reflexo do mandamento constitucional da igualdade, integralmente acolhido pela nova codificação de 2002, recebendo, assim, nesse campo, o novo Código Civil, as bases do Direito Civil constitucionalizado.

De outra sorte, o reconhecimento da paternidade pode ser voluntário — feito espontaneamente pelo próprio pai — ou judicial — declarado pelo juiz através de sentença judicial proferida em ação onde se comprova a filiação.

Observa-se, de forma cristalina, que a sociedade mudou muito nestas últimas décadas e que o desenvolvimento dos direitos da criança e a liberação sexual provocaram uma ruptura no conceito de família e a conseqüente ampliação dos direitos dos filhos dantes qualificados como "ilegítimos". Nesta linha de raciocínio, a legislação brasileira foi, de pouco a pouco, avançando na direção da igualdade. E, desta maneira, na atualidade, é do artigo 1596 da nova codificação civil, que o princípio da igualdade repercute em todas as relações jurídicas atinentes à filiação, inclusive, e por certo, em matéria de alimentos.

E é nessa esteira que caminha a jurisprudência:

*"A constituição de nova família, com nascimento de filho, por si só, não enseja motivo para a exoneração dos alimentos até então devidos, mas permite a redução dos mesmos, vez que tal circunstância vem diminuir, inevitavelmente, a capacidade financeira do alimentante, mantida, porém, igualdade de assistência entre todos os filhos menores, independente da natureza da filiação"* (TJMG – AC 126.362/3 – 3ª C. Cív. – Rel. Des. Monteiro de Barros – DJMG 5.6.1999).

O vínculo da filiação está no centro das relações familiares do parentesco. É da descendência que deriva a teia parental que mantém o laço originário e o estende na linha reta continuamente, com reflexos possíveis na linha colateral, de segundo, terceiro ou quarto grau.

Não é demais ressaltar que, sobre o tema em comento, há perfeita consonância o estatuído no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que proclamou de forma mais abrangente: *"Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjuntos ou separadamente no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação"* (art. 26); e que *"o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça"* (art. 26).

Em suma, atualmente o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio é totalmente permitido, sem que haja qualquer restrição legal. A Lei. Nº 10.406/02 nos traz esse preceito em seu art. 1.607.

## **2.2. A FILIAÇÃO NO DIREITO ROMANO**

No direito romano, os filhos eram classificados em legítimos, quando os pais eram casados entre si; ilegítimos quando oriundos de relações extraconjugais, subdividindo-se este último em espúrios e naturais. E essa diferença entre os filhos era de suma importância porquanto se saberia quem poderia ser o continuador do culto familiar.

Aliás, a principal finalidade da procriação no direito romano era a de gerar um homem que pudesse continuar o culto familiar e prosseguir com as oferendas aos antepassados.

Destarte, as famílias romanas repudiavam os filhos ilegítimos, pois entendiam que estes não poderiam desempenhar o papel de filho determinado pela religião e, portanto, não poderiam ser continuadores do culto doméstico.

O laço de sangue isolado, como acontecia com o filho ilegítimo, não o integrava à família. Esta somente era constituída se fosse fruto do casamento dos pais, só haveria laço sanguíneo reconhecido se efetivamente fosse derivado do matrimônio de seus genitores.

Com isso, se não houvesse a formalidade do casamento entre os genitores, na antiga Roma, na Grécia e na Índia, o recém-nascido ilegítimo não integrava a família e o seu nascimento se constituía tão somente em um laço físico.

Como ilegítimo, esse filho não tinha posição definida no grupo familiar, não participava dos atos sacros e não podia sequer fazer orações. Era considerado simplesmente o portador dos erros e pecados dos seus pais que violaram o sistema estatuído, gerando um filho de forma contrária à moral e à religião.

Ainda mais grave era a situação do filho ilegítimo adúlterino que nem sequer podia ser enterrado no túmulo familiar ao lado dos demais membros da família.

Os filhos ilegítimos eram subdivididos em espúrios e naturais. Os filhos ilegítimos espúrios podiam ser conceituados como aqueles advindos de pais impedidos para o casamento em razão de adultério e incesto. Já os filhos ilegítimos naturais eram aqueles nascidos de pais que viviam em relação concubinária, sem impedimentos civis para o casamento.

Durante o período em questão, a situação do filho espúrio era circunstância de absoluto desprestígio, tendo em vista que o direito romano não admitia a investigação de paternidade, impedindo o filho espúrio de buscar seu reconhecimento pelos meios judiciais.

Procurando amenizar essa situação de inferioridade dos filhos espúrios, o direito romano, por meio do instituto da adoção, passou a permitir a entrada do filho ilegítimo no seio familiar, colocando-o em condições de igualdade com os demais irmãos.

Durante o período de vigência da Lei das XII Tábuas e até a época de Constantino, os filhos havidos da

relação concubinária não detinham direitos à alimentos e à sucessão paterna. Somente vieram a conseguir ditos direitos com Justiniano, no ano de 529, permitindo-se-lhes a sucessão “ab intestato” — sem deixar testamento —, bem como se atribuiu ao genitor a obrigação de prestar alimentos. Permitiu-se, também, a possibilidade de legitimação dos filhos ilegítimos naturais, após subsequente casamento dos pais, entendendo-se que o casamento posterior dos pais normalizava as relações familiares entre marido e mulher, reabilitando-se o filho tido como ilegítimo.

Foi somente numa fase posterior da evolução do direito romano que os filhos naturais, havidos de uniões concubinárias, foram equiparados aos legítimos.

De sua vez, os filhos espúrios, ou sejam, os adúlteros e os incestuosos, não foram atingidos pelo benefício acima referido, permanecendo impedidos de suceder ao pai falecido “ab intestato”, não tendo também direito a alimentos.

Desta forma, no direito romano, os filhos espúrios não tinham juridicamente um pai, nem era possível o seu reconhecimento. No entanto, a mãe era sempre certa e tinha a obrigação de alimentá-lo.

### **2.3. A FILIAÇÃO NO DIREITO PÁTRIO**

A filiação no direito brasileiro pode ser dividida em dois períodos distintos, um anterior e outro posterior à Constituição Federal de 1988.

O Código Civil de 1916, adotando as regras do direito romano, classificava os filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos.

Os filhos legítimos, segundo a redação original do artigo 337, eram aqueles que, no momento da concepção, pai e mãe se achavam vinculados pelo casamento, ainda que posteriormente anulado ou mesmo nulo; para tanto bastava que fosse contraído de boa-fé.

Os filhos legitimados eram aqueles concebidos por pai e mãe não casados, mas que eram legitimados pelo casamento subsequente dos pais, o qual reabilitava os filhos e os equiparava aos filhos legítimos.

A legitimação era um benefício dado pela lei, concedendo a condição de legítimo ao filho originariamente ilegítimo. Mas, para que isso acontecesse, era necessário, após o nascimento da criança, que se realizasse o casamento dos pais. Ademais, se fazia necessário, também, que os genitores não fossem anteriormente casados com terceiras pessoas e que não trouxessem consigo nenhum outro tipo de impedimento. Era somente dessa forma que os genitores poderiam reparar seu erro e reabilitar o filho perante a sociedade. Não sem razão é que a legitimação era considerada uma obra solidária dos pais para com os filhos.

A finalidade da legitimação para a preclara Maria Helena Diniz (5º vol., 2003) era:

*“a) dar ao filho legitimado a mesma situação jurídica do filho legítimo, pois, pelo art. 352 do Código Civil de 1916, os filhos legitimados são, em tudo equiparados aos legítimos, no que concerne aos direitos pessoais (nome, pátrio poder) e patrimoniais, mesmo sucessórios (CC de 1916, art. 1.605, e CF/88, art. 227, § 6º), e aos deveres durante a vida ou depois da morte dos pais: b) estabelecer, ainda, o parentesco legítimo em linha reta, não só entre o filho legitimado e seus genitores, mas também com os demais parentescos dos pais”.*

Por fim existiam os filhos ilegítimos e estes se subdividiam em filhos naturais e espúrios.

Os filhos ilegítimos naturais, que não se confundem com a filiação natural consangüínea, eram aqueles nascidos de pais que, à época da concepção, não portavam nenhum tipo de impedimento matrimonial decorrente de parentesco (artigo 183, I a V, do Código Civil de 1916) ou de casamento anterior (artigo 183, VI, também do Código Civil de 1916).

Em síntese, filhos ilegítimos naturais nada mais eram do que os filhos de pais que viviam em concubinato, não apresentando nenhum impedimento para o casamento válido.

Acerca dos filhos ilegítimos naturais preleciona o eminente Orlando Gomes (2002, p.308):

*“Provindo os filhos naturais da livre união dos pais, têm condições superior à dos filhos espúrios, equiparando-se completamente, em nosso Direito, aos filhos legítimos. O filho natural adquire esse status com o reconhecimento por ambos os pais, ou por um deles. Antes de reconhecido, há simples situação de fato, que não gera qualquer direito.”*

De outra parte, os filhos ilegítimos espúrios eram aqueles oriundos da união de homem e mulher impedidos para o casamento na época da concepção da criança. Tal impedimento decorria do laço de parentesco em grau proibido ou por já serem casados, tanto um como ambos os genitores, com outra pessoa.

Com isso, surgiu uma subdivisão dos filhos espúrios em adúlteros e incestuosos.

Os filhos ilegítimos espúrios adúlteros eram os nascidos de pessoas impedidas de se casarem em virtude de já serem casadas com terceiros (artigo 183, VI, do Código Civil de 1916). A adúlteridade poderia ser bilateral ou unilateral. Em assim sendo, o filho seria adúlterino “a patre” se gerado por homem casado e mulher solteira, viúva ou divorciada, após 1977, e, da mesma forma, “a matre”, se fosse a genitora casada. Os filhos ilegítimos espúrios incestuosos seriam os nascidos de pessoas impedidas de se unirem por casamento válido em razão de haver entre elas parentesco, fosse ele natural, civil ou afim (artigo 183, incisos I a V, do Código Civil de 1916), na linha reta até o infinito e na linha colateral até o 3º grau.

É de se ressaltar que o filho incestuoso não poderia ser beneficiado pela legitimação, tendo em vista que o impedimento matrimonial subsistia a todo tempo, mas teria todos os demais direitos, proibindo-se qualquer discriminação caso fosse reconhecido.

Ensina Orlando Gomes (2002, p. 308) que o caráter incestuoso da filiação tem que se apresentar no

momento da concepção. Se o impedimento matrimonial surge depois, o filho será simplesmente natural. Essas classificações consagradas no direito brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988 eram por demais discriminatórias.

Foi somente com a Carta Constitucional de 1988, especificamente, em seu artigo 227, § 6º, já mencionado alhures, que se exauriu a diferença entre os filhos, proibindo-se definitivamente quaisquer designações discriminatórias com relação à situação dos filhos, reconhecendo-se-lhes a ampla igualdade, quer sejam filhos biológicos, havidos na relação de casamento ou não, quer os não-biológicos, que integram a categoria dos adotivos.

Assim, não mais subsiste a distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos. O artigo 332 do Código Civil de 1916, que dispunha a respeito, não foi recepcionado pela Constituição.

As legislações que secundaram a Constituição já abordavam a nova visão do direito brasileiro em relação aos filhos, em especial a Lei 8069/90, em seu artigo 26 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e, principalmente, a Lei 8560/92, que permite o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio. Não foi recepcionado também o artigo 358 do mesmo Código prefalado, o qual estabelecia referidas discriminações.

Há que se acrescentar, apenas para fins didáticos, a classificação dos filhos em matrimoniais e extramatrimoniais.

Os filhos matrimoniais são os concebidos na constância do casamento, ainda que nulo ou anulado e os extramatrimoniais concebidos fora do matrimônio.

Desse modo, para que a filiação seja considerada matrimonial, o casamento dos pais deve ser anterior não só ao nascimento do filho como também à sua concepção, pois o momento determinante da classificação é justamente o momento da concepção da criança.

Ocorre, porém, que o filho pode vir a ser concebido antes do casamento e nascer após a regularização da situação matrimonial. Neste caso, a filiação será considerada matrimonial, mormente porque se presume a concepção do filho durante a constância do casamento, desde que nascido até 180 dias após a convivência ou dentro de 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal.

Em síntese, a filiação será matrimonial se o filho nasceu após a dissolução ou anulação do casamento, desde que tenha sido concebido na constância deste, seja ele válido, nulo ou anulável. Será matrimonial, também, se foi concebido antes da celebração do ato nupcial e nascido na vigência deste.

Por outro lado, a filiação não-matrimonial, diferentemente, decorre das relações extramatrimoniais dos genitores.

Juridicamente os filhos serão apenas matrimoniais e não-matrimoniais; esta última levando-se em consideração que filhos fora do casamento sempre houve e sempre haverá.

Esta classificação, porém, reflete uma realidade fática, sem discriminar as crianças nascidas do relacionamento de pessoas não casadas, isto é, independentemente da forma de concepção.

### **3. PATERNIDADE**

Sempre houve em nosso ordenamento jurídico, e em diversos ordenamentos espalhados pelo mundo, dificuldades para se atribuir a paternidade a alguém.

O direito pátrio, mais especificamente a legislação civil codificada anterior (Código Civil de 1916), a qual foi seguida pelo atual Código Civil de 2002, influenciado pelo direito romano, adotou uma postura eminentemente patriarcal e um sistema de presunções para se determinar a paternidade. Com isso, determinava-se a condição de pai a uma pessoa que a lei indicava presumivelmente ser o pai.

É a denominada presunção "*pater is est*" que consiste em se atribuir a paternidade de filho concebido pela mulher na constância do casamento ao marido dela.

A presunção da paternidade foi criada, em primeiro plano, no intuito de proteger a família, evitando-se que se desse cabo ao matrimônio pelo fato do filho não ter como pai o marido da mãe; sustentando-se, no mais das vezes, uma situação que não correspondia à realidade.

É de se frisar — e repisar neste tópico — outra questão importante na formação da família brasileira: a criação de diversas classificações de filhos, distinguindo-os.

Assim, os filhos seriam legítimos, legitimados e ilegítimos. Os filhos legítimos eram os filhos nascidos na constância do matrimônio de pais casados entre si e auferiam os benefícios dessa condição. De outra parte, os ilegítimos eram os filhos nascidos de genitores não casados entre si, os quais, ainda, eram subdivididos em naturais e espúrios, e estes últimos, por sua vez, eram novamente subdivididos, agora em incestuosos e adulterinos. Registre-se, por fim, que os legitimados eram aqueles inicialmente ilegítimos, mas que pelo casamento, entre si, de seus genitores, era guindado à condição de filho legitimado. Tal diferenciação foi adotada pelo Código Civil de 1916.

Essa situação jurídica perdurou até o advento da Carta Magna de 1988, ocasião em que diversos institutos do direito de família foram modificados radicalmente. A nova Constituição Federal estabeleceu a igualdade entre os cônjuges (artigo 226, § 5º), diferentemente do Código Civil de 1916 que atribuía ao homem a chefia da sociedade conjugal; proibiu a diferenciação entre filhos (artigo 227, § 6º), o que ocorria na legislação anterior; reconheceu novas formas de família, como a união estável e a família monoparental (artigo 226, §§ 3º e 4º).

As legislações que se seguiram à Constituição Federal de 1988, sob pena do vício de inconstitucionalidade,

adotaram todos os preceitos nela definidos, principalmente a Lei nº 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que garantiu ao filho o direito de, a qualquer momento, buscar a verdadeira paternidade, esta entendida como a paternidade biológica (art. 27).

Permitiu-se a busca da paternidade real ou biológica em detrimento da paternidade registrária ou jurídica, pois com o avanço da tecnologia e da medicina genética foram criados diversos meios de se comprovar a paternidade biológica, não mais se determinar a paternidade com base em presunções legais, as quais, todavia, subsistem em nosso ordenamento jurídico.

Dentre os métodos criados para se definir a paternidade real, a principal descoberta foi o exame de DNA, que permite a certeza quase absoluta da paternidade.

No entanto, a permissão legislativa, avalizada pela doutrina e pela jurisprudência, concedida ao filho para buscar a sua real descendência — o direito do filho de buscar o reconhecimento jurídico da existência de uma pessoa com vínculo genético ligado a ele — trouxe diversas novas situações para a família brasileira. Assim é que, com o reconhecimento do novo pai, o filho perde o vínculo com o pai registrário, ou seja, com a pessoa que o registrou, dando-lhe um nome.

Em face dessa situação, é como se não houvesse tido qualquer vínculo entre pai e filho durante o tempo em que este permaneceu registrado. E isso traz inúmeras implicações para ambos, das quais destacamos as seguintes conseqüências, apenas a título de exemplo: o pai registrário não poderá pleitear alimento do filho, caso necessitar; não poderá herdar do filho; perderá o poder familiar caso o filho seja menor.

Torna-se inafastável a conclusão de que não é justo que a legislação não estenda qualquer proteção ao pai registrário, tendo-se em vista que foi ele quem educou, cuidou, ensinou, amou o filho até a extinção do vínculo, e, quiçá, mesmo após vê-lo extinto.

Em decorrência do avanço da ciência e do desenvolvimento da sociedade brasileira, vem sendo reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência uma nova forma de paternidade, qual seja, a paternidade socioafetiva, a qual é baseada no instituto da posse do estado de filho.

Essa nova visão fundamenta-se no fato de que a paternidade não pode ficar restrita ao vínculo biológico existente entre duas pessoas, porque o simples reconhecimento da paternidade real não cria uma relação afetiva entre pai e filho. É de se acrescentar, por oportuno, que o afeto, o carinho e o amor não decorrem simplesmente da biologia e, muito menos, esses sentimentos podem aflorar de uma sentença de reconhecimento da paternidade. Os laços de afeto derivam da convivência e não apenas da paternidade consangüínea.

#### **4. PATERNIDADE BIOLÓGICA**

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foi assegurado a todas as pessoas o direito de ter reconhecido o seu estado de filiação. Esse direito foi consagrado, também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 27), que normatiza textualmente a garantia a todos os filhos ao direito de ter sua filiação biológica reconhecida, sendo este um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O sistema de presunção de paternidade, principalmente a “*pater is est*” consagrada no Código Civil de 1916, o qual no intuito de defender o instituto da família — que por sua vez é a base do Estado e da sociedade — estabelecia uma paternidade jurídica, ao proclamar que o filho da mulher casada presumia-se concebido pelo marido dela.

Contudo, nem sempre a paternidade jurídica coincidia com a paternidade real, isto é, poderia aquele filho nascido durante a constância do casamento não ser filho do cônjuge da mulher que lhe deu à luz.

Não obstante, esse sistema viveu durante um tempo em que se podia estabelecer com alguma certeza a verdadeira paternidade. E, por isso, foi útil durante esse tempo, pois outorgava uma solução jurídica, resolvendo os conflitos sobre filiação, uma questão tão tormentosa no nosso direito.

Com o passar do tempo e o avanço científico e tecnológico, ocorrido em grande parte durante as últimas décadas do século XX, houve inúmeras mudanças no meio social, principalmente no âmbito familiar, mais especificamente no concernente à definição da paternidade.

Exsurge, então, a denominada Bioética. Esta pode ser conceituada sucintamente como uma ciência que estuda as questões ligadas à vida dentro dos valores éticos. Esta ciência foi uma das responsáveis pelo avanço da ciência médica que, no campo da genética, desenvolveu os testes de paternidade.

Para se ter uma idéia do avanço científico que isso representou em matéria de genética e, conseqüentemente, em matéria de definição da paternidade, basta saber que há algumas décadas só se podia concluir, com certeza, pela exclusão da paternidade. Hoje, diferentemente, pode-se concluir, com a mesma certeza da exclusão, a certeza da paternidade.

Os exames até pouco tempo modernos e eficazes — os quais ainda são utilizados em alguns lugares tendo-se em vista as dificuldades econômico-financeiras por que possam a maioria dos brasileiros — como os exames sangüíneos, ABO, MN, RH e o sistema HLA não mais despertam o interesse que até outrora lhes era conferido. O sistema HLA (“*human lymphocyte antigen*”) estabelecia margens de erro entre 96 a 99,9%. Esses sistemas e técnicas de exames perderam o interesse e, por via de conseqüência, deixaram de ser utilizados como haviam sido em épocas passadas, mormente porque na década de 1980 foi descoberto o revolucionário exame de DNA (*ácido desoxirribonucléico*), que estabeleceu, com segurança, uma margem de certeza superior a 99%, portanto, comparativamente, muito acima do anterior sistema HLA.

O novo sistema rechaça de uma vez por todas as dúvidas existentes com relação ao vínculo biológico entre

pais e filhos.

Até mesmo em relação à maternidade, a qual é definida pelo tradicional princípio "*mater semper certa est*" — a maternidade é sempre certa — o exame pericial de DNA pode afrontá-lo e colocá-lo em dúvida quanto ao seu mérito, importância e validade, haja vista, que se pode estabelecer, também com certeza, o vínculo do filho com a mãe. Em decorrência disto, findas estão eventuais dúvidas existentes sobre troca de bebês nas maternidades, infelizmente algo comum nos dias atuais.

Posto esse método, é direito de todo indivíduo, caso queira buscar o reconhecimento de sua verdadeira paternidade, fazer uso do citado exame, que atualmente é definitivo pelo fato de não deixar qualquer margem de dúvida, ou seja, em um primeiro exame o resultado é fornecido em probabilidade de paternidade, já no segundo exame, o resultado afirma ou nega a paternidade com absoluta certeza.

Como corolário de que o exame de DNA objetivamente define a paternidade biológica, tem-se que ela se liga meramente ao vínculo genético existente entre pai e filho.

Exclui-se, desta forma, da paternidade biológica, o exame referente a outros tipos de relação que possam configurar o vínculo paterno-filial, dentre eles, o afeto, a amizade, o amor, os ensinamentos sobre a vida, a educação, etc.

## **5. PATERNIDADE BIOLÓGICA E REGISTRÁRIA**

A família é a base da sociedade e isto contribuiu para que fossem organizados, pela legislação civil, diversos institutos com ela relacionados, dentre estes a adoção, a sucessão, o parentesco.

Todavia, em período anterior à Constituição de 1988, a família era basicamente patriarcal, o que vale dizer que o homem decidia sobre o futuro da esposa, dos filhos, enfim do ente familiar.

Com a promulgação da Lei Maior de 1988, a superioridade jurídica paterna se dissolve, dando lugar à igualdade entre os cônjuges, o que até se poderia denominar de co-gestão da sociedade conjugal entre o homem e a mulher. O filho, por sua vez, passa a manter um vínculo parental com o pai e com a mãe com absoluta igualdade.

Tradicionalmente no que concerne à filiação materna há o brocardo "*mater semper certa est*" — a maternidade é sempre certa — cujo princípio já foi objeto de análise no 11º parágrafo do item anterior que tratou da paternidade biológica (fl. 17).

Quanto à paternidade não há total certeza do vínculo com o filho, pois a paternidade era sempre incerta — "*pater semper incertus est*". No afã, então, de se criar um meio para a fixação da paternidade é que originou o instituto da presunção da paternidade, mais conhecido como "*pater is est*".

Sobre o instituto da presunção "*pater is est*", preleciona o eminente Luiz Edson Fachin (1992, p. 21):

*"...diante da certeza da maternidade, o eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera presunção pater is est; se a mãe não for casada, a filiação paternal pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou por investigação."*

Contudo, a presunção de paternidade não garante a paternidade biológica, pois casos há em que o marido da mãe registra o filho nascido na constância do casamento achando ser ele o pai e vem, posteriormente, descobrir que, na realidade, é apenas o pai jurídico, pois, por infidelidade da esposa, o pai biológico do infante é um terceiro. Essa hipótese era denominada anteriormente de filho adulterino "*a matre*".

Assim, segundo o modelo regulado pelo nosso ordenamento jurídico, tem-se que, por via de regra, pai é aquele que mantém um vínculo consanguíneo e registrário com o filho. Principalmente o registrário, levando em conta que se, eventualmente, não coincidir com o biológico, faz-se necessário o manejo de uma ação judicial para o fim de ser extinto o vínculo e para que seja reconhecido o novo.

Na legislação civil anterior a paternidade jurídica prevalecia sobre a paternidade biológica, pois se buscava proteger o instituto da família, não se permitindo fosse ajuizada ação de investigação de paternidade em face de homem casado. Essa circunstância somente foi alijada do nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988 e com a Lei nº 8.560/92, que positivou a permissão da investigação de paternidade contra homem casado ou pelo filho de mulher casada contra seu verdadeiro pai.

A Constituição Federal de 1988, adotando o Princípio da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes (artigo 227, "caput"), permitiu que essas pessoas pudessem ter seus direitos reconhecidos em face da família, da sociedade e do Estado e, dentre tais direitos, que pudessem reconhecer a verdadeira paternidade, esta entendida como a biológica.

Outra norma legal sobre este mesmo tema foi o Estatuto da Criança e do Adolescente estatuindo que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça (artigo 27).

## **6. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**

Depois do apogeu da paternidade presumida, cuja importância para a definição da paternidade foi grande durante todo o século XX, a qual ainda vigora no novo Código Civil de 2002, e depois do surgimento da paternidade biológica verificável pelos exames periciais — dentre os quais o exame de DNA encontra o seu maior expoente — surge na doutrina, tanto quanto na jurisprudência, a paternidade socioafetiva.

Esta paternidade nasce para se contrapor à fixação jurídica de determinar a paternidade de alguma pessoa baseando-se em presunções, que é a paternidade jurídica e, também, a paternidade biológica, na qual o vínculo que liga uma pessoa à outra é apenas o genético.

Torna-se forçoso concluir, portanto, que a paternidade socioafetiva tem uma base fortemente sociológica.

Filhos, havidos por ato natural ou por ato técnico (reprodução assistida), biológicos ou não, havidos das mesmas formas

ou por adoção, são igualmente filhos e recebem idêntica proteção constitucional. Esta isonomia também se faz presente fora do campo jurídico, no sentimento de cada mãe, de cada pai, porque o filho havido por ato natural ou ato técnico que utiliza material genético próprio se ama porque é filho, enquanto que o filho havido por adoção ou por ato técnico que utiliza material genético de doadores é filho porque se ama.

Por outro lado, a existência de filhos fora da sociedade conjugal se mostra um problema sempre atual e que jamais deixará de existir. O reconhecimento da paternidade é uma realidade não só em nosso País, como de resto em todo o mundo. Atento a esse fato, o nosso legislador constitucional de tendência mais liberal, não deixou de admiti-lo ao elaborar a Carta de 1988. Desse modo, nela foram inseridas diversas normas que asseguram plena igualdade a todos filhos.

O art. 227, § 6º, da Constituição Federal consagrou esse direito ao proclamar que:

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

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

*"... por incrível que pareça, até pouco tempo, ou seja, até o advento da Constituição de 1988, os cidadãos que tinham os seus direitos fundamentais mais atingidos e desrespeitados eram as crianças. Estas, muitas vezes, tinham que assumir duras conseqüências, por atos que não praticaram, que sequer participaram, mas fazendo parte, ou sendo a principal vítima, de atos praticados pelos adultos" (Processo nº 01295046435 – Ação negatória de paternidade. Maria Isabel Pereira da Costa, AJURIS, Sentenças: Rio Grande do Sul, Porto Alegre, V.2-3, p.147, dez 1999/jun 2000).*

No seu bojo esse pronunciamento judicial acrescenta ainda mais:

*"Já não é sem atraso que se percebe que a verdadeira paternidade não pode se circunscrever apenas na busca de uma precisa informação biológica, mas no balanceamento da busca da base biológica da filiação com sentido socioafetivo da paternidade". (Processo nº 01295046435 – Ação negatória de paternidade. Maria Isabel Pereira da Costa, AJURIS, Sentenças: Rio Grande do Sul, Porto Alegre, V.2-3, p.147, dez 1999/jun 2000).*

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

Atualmente, com a introdução no Novo Texto Codificado de 2002 da paternidade decorrente de inseminação heteróloga, em que o marido aceita a fecundação de sua mulher por sêmen de um terceiro, estar-se-ia estabelecendo a paternidade socioafetiva no momento em que o marido concordasse com a fertilização de sua esposa. Ninguém ousaria conceber que o verdadeiro pai do filho engendrado via inseminação heteróloga seria aquele que tem um vínculo biológico com o nascituro ou a criança. O pai será aquele que criar e educar a criança.

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

À vista disso, o vínculo biológico nunca poderá se sobrepor à relação existente entre um filho e um pai. Um verdadeiro vínculo pode surgir com os pais afetivos e, nesse aspecto, os pais da criança podem perfeitamente não ser os biológicos.

Um outro grande exemplo de relação existente entre pai e filho que se sobrepõe ao vínculo genético é a adoção, em cujo instituto se verifica a paternidade como um ato de amor e desapego material e não simplesmente como fenômeno científico (cf. VENOSA, 2003, p.279).

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

A partir deste ponto, apregoa-se que deva haver uma desbiologização da paternidade. É na posse do estado de filho, acima referida, base da paternidade socioafetiva, que ela vê-se mais evidente.

Sobre o tema o preclaro José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 54) professa:

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

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

Isso geralmente acontece nas hipóteses em que o pai, descobrindo o adultério da esposa, queira dela se vingar e ao mesmo tempo se livrar do encargo dos alimentos para com o filho, requerendo, para tanto, a desconstituição da paternidade mediante a argumentação de falsidade ideológica do registro de nascimento.

Procurando evitar um trauma maior à criança, atualmente, o juiz tem à sua disposição a faculdade de determinar a paternidade socioafetiva, não permitindo a desconstituição da paternidade registrária apenas



pela ausência do vínculo biológico.

Constitui-se, desta maneira, o liame de filiação com base na filiação socioafetiva que não mais poderá ser contestada ou repudiada e que prevalecerá sobre as demais formas de filiação, salvo se, futuramente, o filho, utilizando-se do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quiser reconhecer sua verdadeira origem genética. Neste caso, terá ele amplo direito, tendo em vista que este é um direito personalíssimo e imprescritível.

É de todo oportuno ressaltar, porém, que essa paternidade socioafetiva não é uma regra, pois o juiz deverá, primeiramente, analisar o caso concreto, observando a relação afetiva existente entre pai e filho, ou seja, verificando a existência dos elementos necessários para que a posse de estado de filho seja configurada. Presentes os requisitos e prevendo o relacionamento futuro que irá surgir entre pai e filho após a descoberta da inexistência de paternidade biológica, o juiz poderá ou não optar pela permanência do vínculo no âmbito afetivo; já, de forma contrária, verificando o julgador a inexistência dos elementos necessários e se notar a ausência de qualquer prejuízo no desenvolvimento futuro da criança, poderá, perfeitamente, admitir o desligamento da filiação mediante o reconhecimento da inexistência do vínculo biológico e, conseqüentemente, reconhecendo a falsidade ideológica do registro de nascimento.

Enfim, a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos.

A paternidade socioafetiva visa, primeiramente, o bem-estar da criança. A partir daí é que ela — a paternidade socioafetiva — se estabelecerá ou não.

### **7. AS VERDADES BIOLÓGICA E JURÍDICA FRENTE À PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**

O Código Civil anterior, como já visto alhures, por ocasião de sua promulgação em 1916, visava, eminentemente, proteger a família e o matrimônio. Assim, estabeleceu o instituto da presunção “*pater is est*” onde a existência do vínculo do casamento com a mãe da criança, atribuía, de pleno direito, a paternidade ao marido.

Nessa esteira de pensamento, a paternidade jurídica vê-se num plano superior, quase que indissolúvel, desbancando a busca da verdadeira filiação.

Todavia, com o avanço da ciência e, de conseqüente, com a descoberta do exame de DNA, surge a possibilidade de se investigar a verdadeira paternidade biológica.

Assim, na ânsia de fazer corresponder a paternidade jurídica com a biológica e, em respeito aos princípios constitucionais que estabelecem que todos os filhos são iguais perante a lei, o julgador passa a dar mais valor à verdade biológica, admitindo que o filho, a qualquer momento, possa reconhecer sua verdadeira filiação por intermédio da propositura de ação de investigação de paternidade em face do suposto pai.

Com isso, sendo ou não confirmada a paternidade biológica, o registro de nascimento anterior será cancelado, pois constava em tal documento um conteúdo inverídico, qual seja, a paternidade.

Cancelado então o registro anterior, a paternidade jurídica se desfaz, dando lugar à paternidade biológica. Nesse contexto, o pai registrário é excluído da vida do filho, perdendo todos os direitos e deveres sobre ele, tudo em busca da verdade biológica.

Num terceiro momento, surge a paternidade afetiva estabelecida após a verificação da existência da posse de estado de filho.

Para os adeptos da possibilidade de se estabelecer a paternidade tendo em vista o vínculo social, não se pode determinar a paternidade apenas com informação biológica ou genética; mais do que isso, exige-se uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, o que, com certeza, não nasce em uma sentença de reconhecimento de paternidade. Os sentimentos de afeição de pais e filhos biológicos são frutos da convivência afetiva das partes (FACHIN, 1992, p. 130).

Valoriza-se, dessa forma, o elemento afetivo e sociológico da filiação em detrimento da paternidade biológica.

A presunção “*pater is est*”, após análise da posse de estado de filho, se fortalece ou se enfraquece. É fortalecida pelo fato de ser mantida, mesmo após a verificação de inexistência do vínculo biológico, pois o julgador, protegendo a pessoa do pai registrário, que sempre cuidou do rebento, deu-lhe carinho e amor, impede que esse filho obtenha o reconhecimento de sua paternidade genética. Diferentemente, quando inexistente a posse de estado de filho, o julgador afasta a presunção da paternidade para que possa dar lugar à verdadeira filiação genética.

Observa-se, assim, que a paternidade sociológica busca uma análise profunda de cada caso em discussão, para, após, determinar a continuidade da paternidade registrária ou o estabelecimento da paternidade biológica.

Com o desenvolvimento de uma nova visão doutrinária e jurisprudencial não se prende o julgador ao simples fato do resultado do exame de DNA. O que ele terá em mente ao decidir quem é o pai de uma pessoa, é a relação afetiva que eles mantêm entre si. Assim, não se perderia qualquer vínculo existente entre aquele que educou, criou, alimentou, e aquele que supostamente era seu filho. Subsistiria, portanto, o direito a pleitear alimentos do filho, o direito de herdar, o poder familiar sobre o filho menor, etc.

### **8. POSSE DO ESTADO DE FILHO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS**

A posse de estado de filho é a relação clara e pública de um vínculo natural existente entre pais e filhos. O doutrinador José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 60) leciona que:

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

Assemelha-se à posse do estado de casado. Para a configuração da posse é necessária a presença de alguns elementos: “nominatio”, “tractatus” e “reputatio”. Assim a “nominatio” seria o uso do patronímico de família do pai pelo filho, a “tractatus” o tratamento usado de pai e filho e, por último, a “reputatio”, que seria a reputação de pai e filho que eles têm perante as outras pessoas e a sociedade.

É o que ensina o eminente Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 276), “*in verbis*”:

*A posse do estado de filho, em paralelo com o que já vimos com respeito à posse do estado de casado, descreve a situação em que a pessoa é tratada como filho pela família, usa o nome familiar, etc. Assim como para o casamento, a posse do estado de filho leva em conta os três elementos: nominatio, tractatus e reputatio.”*

No mesmo sentido, Orlando Gomes (apud BOEIRA, 1999, p. 60) esclarece que “...a posse de estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa”.

### **8.1. A POSSE DO ESTADO DE FILHO NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS**

O Código Civil de 1916, procurando proteger o instituto da família, estabeleceu as presunções de paternidade e a autoridade marital, explicitamente nada mencionou sobre a posse de estado de filho.

Alguns doutrinadores, porém, extraem do artigo 349 (atual 1.605) do Código Civil, uma forma de previsão da posse de estado de filho.

Para Carvalho Santos (apud FACHIN, 1992, p. 130), o legislador, ao dizer que “na falta do termo de nascimento a filiação poderá ser provada por presunções resultantes de fatos já certos”, acabou, mesmo de forma implícita, por abrigar tal instituto, que se constitui pelo fato de o filho ter sempre usado o nome daquele que se designa seu pai; o fato de ser o filho sempre tratado por aqueles que se apresentam como seus pais como se filho realmente fosse, educando-o e tratando-o como tal; e o fato de ser ele considerado pela sociedade como membro daquela família. Tais fatos constituem-se em meios de provas veementes da paternidade legítima, prevista no inciso II do mencionado artigo.

Antigamente, para a jurisprudência, a posse de estado de filho lhe era estranha, o que contribuía para a desconsideração da paternidade socioafetiva.

Procurando uma explicação para essa exclusão da paternidade afetiva, tanto no âmbito da lei ordinária quanto no âmbito jurisprudencial, denota-se que, ambos, procuravam manter um vínculo entre a verdade civil e a biológica, o que acabava por afastar a posse de estado de filho.

Atualmente, porém, verifica-se uma grande valorização, pela jurisprudência, da posse de estado de filho. Embora em muitos acórdãos não apareça claramente, o instituto da paternidade afetiva e da posse de estado de filho vem encontrando sua razão de ser, principalmente nas decisões do Supremo.

Em resumo, a busca da verdade biológica é protegida e defendida em nosso ordenamento jurídico, dependendo apenas da vontade do filho para que ela se concretize. Mas, embora a jurisprudência não admita claramente, a noção de posse de estado de filho se faz cada vez mais presente, o que possibilita uma maior proteção àquele pai registrário que sempre cuidou e educou o filho, achando ser ele seu filho biológico.

### **9. ADOÇÃO À BRASILEIRA**

A unidade teleológica do ordenamento jurídico, consagrada na Constituição só é compreensível se enfocada em sua bidimensionalidade, qual seja, a formal e a axiológica. Os princípios constitucionais positivados no art. 1º da Constituição da República — com especial destaque ao princípio da dignidade e da cidadania, que muito interessam ao presente artigo — fornecem a ponte necessária para os juristas, nascidos sob o signo do formalismo positivista e legalista do passado, alcançarem a visualização do deslocamento do foco da tutela estatal, antes centrada no patrimônio e na família matrimonializada, para o homem, valorizando-o como pessoa.

A atual hermenêutica exige que o operador do Direito não se acomode na mecânica e fácil subsunção dos fatos ao dispositivo legal, mas exige caminho contrário. São as normas e regras legais que devem se curvar aos fatos da vida real, de molde a alcançar a finalidade do Direito.

É tarefa que não se apresenta assim tão óbvia, vez que, no jogo do quebra-cabeça do todo complexo legal, a interligação existente entre as leis e os vários dispositivos legais dispersos pode vir a montar figura disforme e contrária aos fins perseguidos.

Ao invés de libertador, consagrador da vida, da liberdade, da igualdade, do respeito humano, da verdade e da justiça, o Direito pode se constituir em instrumento legitimador da opressão, da exploração e da discriminação.

Qualquer um de nós já presenciou, na prática, absurdos jurídicos prevalecerem, informados pela aplicação pura e simples dos dispositivos legais, na delirante e sistemática adequação da realidade ao texto legal - conduta própria do jurista tecnocrata-tradicional, pressionado pela sua própria visão ideológica e a incumbência de dar solução a um elevado número de processos.

Na síntese superficial que este trabalho exige, procuraremos demonstrar que o Direito - entendido sob a perspectiva individualista e patrimonialista ditada pela “ordem” anterior à Constituição, bem como sua

aplicação sem critérios e basicamente impulsionada pelo formalismo mais atento aos textos legais isolados do que à teleologia - pode transformar-se em instrumento de violação dos valores tutelados pelo próprio ordenamento jurídico.

Os fatos da vida moderna e o complexo de relações interpessoais que se estabeleceram à margem dos conceitos arcaicos do Código Civil Brasileiro nascido no início do século e fortemente influenciado pela visão individualista e patrimonialista advinda de legislações alienígenas, fizeram com que o legislador constitucional de 1988 inserisse, no ordenamento jurídico, os anseios de regulamentação e proteção humana de determinadas situações fáticas, com repercussão jurídica, conforme os valores predominantes da nossa época.

É o caso da concessão de iguais direitos aos filhos havidos ou não da relação de casamento, ou adoção (artigo 227, § 6º, da CF).

A mudança de paradigma enunciada no preceito constitucional e a imprescritibilidade do direito de filiação (artigo 27 do ECA) — também imposição legislativa da vontade popular no sentido de salvaguardar o filho de qualquer tipo de negligência, garantindo-lhe amplamente a defesa de bens materiais e imateriais que compõem seu patrimônio — derogou e ab-rogou diversos preceitos ordinários anteriores, abrindo as portas para a utilização do sistema jurídico como instrumento legitimador de condutas contrárias aos fins do Direito.

Como exemplo, tome-se a situação concreta que se denominou de "adoção à brasileira" e que se constitui na declaração, feita no Cartório de Registros Cíveis de Pessoas Naturais, de que determinada criança é seu filho, omitindo-se o fato desta não ser seu filho biológico.

Tendo-se presente que para uma pessoa comum — e por vezes também para as pessoas que têm amplo conhecimento do Direito — é muito mais fácil, rápido e barato comparecer no Cartório e registrar como sua uma criança ou fazer falso reconhecimento através de escritura pública, do que enfrentar um processo regular de adoção, necessitando de advogado, tempo, dinheiro, e correndo o risco de não alcançar o resultado pretendido, diante do necessário contraditório a ser observado.

A referência a essa matéria se dá por dois motivos: primeiro porque constitui um fato social que não pode ser desprezado, vez que o Direito é feito para homens comuns e não para super-homens ou dotados; segundo porque essa é a resposta dada pelas pessoas envolvidas em lides da espécie quando indagadas do porquê não se procedeu a adoção através de processo regular, somando-se a tudo isso a compreensão comum da "legalidade" de assim se proceder, conferida pelo legislador pátrio que, ao facilitar as formas de reconhecimento, estabeleceu no art. 1º, da Lei 8560/92, "in verbis":

***"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."***

É óbvio que a falsa declaração de paternidade biológica pode ter sido levada a cabo mediante qualquer tipo de defeito dos atos jurídicos (erro ou ignorância, dolo, coação, simulação ou fraude), importando, cada caso, num traçar de caminho específico para se chegar a uma solução justa. Contudo, limita-se este trabalho às hipóteses de dolo — vontade livre e consciente de ter filho de outrem como seu — por configurar a maioria dos casos judiciais e também porque é essa a modalidade que interessa à demonstração da eventual incongruência existente entre o discurso e a prática, tanto do Direito quanto de seus operadores.

Pois bem, como já dissemos, é comum encontrarmos ações negatórias de paternidade - ou anulatórias de registro civil - nas quais o autor noticia que, anos atrás, apaixonara-se por uma mulher que já se encontrava grávida de outrem e, na intenção de com ela constituir família, registrou a criança nascida como se fosse sua. Todavia, dessa mulher veio a se separar anos depois e, agora, entende não ter obrigação alimentar ou moral para com a pessoa registrada quando recém-nascida, por não haver vínculo biológico entre ambos. Pretende anular o ato jurídico do registro e desconstituir o estado de parentesco existente entre si e a pessoa adotada informalmente e, para tanto, argumenta que o ato do registro é nulo porquanto corporifica ilícito de falso e impossível seu objeto (art. 166, II, do NCC), alega coação exercida pela mãe e mulher; invoca a seu favor a imprescritibilidade do direito de filiação (artigo 27 do ECA), além de asseverar que é irrevogável o reconhecimento somente quando este espelha a verdade da filiação biológica.

Ao proceder a "adoção à brasileira", o autor da negatória de paternidade praticou um ato jurídico ao registrar a criança como seu próprio filho, manifestando sua livre vontade de tê-lo como tal. Assim fazendo, gerou efeitos na própria esfera jurídica e na da criança nos anos que se passaram desde então. O pai sócio-formal inseriu no patrimônio da criança — agora adolescente ou adulto — bens materiais e imateriais, estruturou-lhe a personalidade com o nome e patronímico paterno-familiar, criando efeitos jurídicos e sociais que se perpetuaram no tempo.

Toda a história de vida da criança foi estruturada sobre o nome e o estado que possui. Documentos, histórico escolar, profissão, trabalho, previdência, cursos, eventuais propriedades, registros médicos, dentários, hospitalares, sua condição perante a comunidade, relacionamentos sociais de amizade, notoriedade, enfim, tudo que o adotado possui carrega o nome e a condição dada pelo pai formal. Sem falar, ainda, sobre a paternidade afetiva, sobre a importância da figura paterna no desenvolvimento psíquico da criança como pessoa, do prejuízo moral desencadeado pelo desmantelamento de seu nome e da figura da mãe que o conhecimento sobre a falsidade da filiação induz, constata-se, somente no aspecto objetivo, que o adotado/réu de uma ação negatória de paternidade é vítima das artimanhas do autor por duas vezes.

Num primeiro momento quando foi adotado irregularmente e teve formalizado seu registro de nascimento contendo falsidade na declaração e, num segundo, quando da interposição da ação negatória, através da qual o responsável pela

falsidade quer retirar-lhe o status que não pediu, que lhe foi imposto e que hoje constitui sua própria condição humana e social.

A violência é ímpar.

A procedência da ação negatória de paternidade nos casos de "adoção à brasileira", sob o fundamento de nulidade do ato do registro e imprescritibilidade da ação de estado, é a concretização da negação do Direito e dos valores por ele tutelados.

### **9.1. ADOÇÃO À BRASILEIRA – VALORES ALCANÇADOS E DESTRUÍDOS PELO DIREITO**

Paradoxalmente, para um leigo é mais fácil e possível a percepção imediata da injustiça da procedência de uma ação negatória de paternidade em casos onde houve "adoção à brasileira" do que para um profissional do Direito. Para uma pessoa comum é difícil entender que o próprio Direito possibilita a realização do oposto do que proclama, enquanto que para o jurista, que vive no mundo das idéias e do dever-ser codificado, é perfeitamente possível enquadrar o fato real na rígida moldura de artigos isolados; até porque é mais fácil do que equacionar os conhecimentos interdisciplinares dentro do próprio Direito Civil, com os de ordem mais ampla, como o Direito Constitucional e com os pertinentes à Sociologia, Psicologia, Antropologia e outras disciplinas que estudam o Homem, incorporados que estão nas relações humanas que o Direito regula.

Convém ressaltar que a mudança de paradigma, consubstanciada na ordem jurídica ditada pela atual Constituição, não anunciou a morte dos institutos clássicos do Direito, mas, antes disso, recuperou-lhes o discurso de valores como a ética e a justiça.

Sob o aspecto legal e doutrinário, é de se ver que o ato jurídico doloso de registrar o adotado/réu como se fosse seu filho produziu e continuou produzindo efeitos na esfera fática e jurídica de todas as pessoas envolvidas, incluindo-se dentre aqueles atos anuláveis, dependentes de decretação judicial para que seus efeitos sejam paralisados.

A Lei confere a faculdade de anulação do ato aos integrantes de uma situação jurídica contaminada de vício, objetivando sempre a segurança das relações jurídicas e a proteção da pessoa humana.

Se a faculdade de obter a anulação não é exercida pela pessoa a quem a Lei confere legitimidade, continua a produzir efeitos no mundo jurídico e no mundo dos fatos, validando-se definitivamente pela prescrição (artigo 178, II do Novo Código Civil).

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

Esse último entendimento é, ao nosso ver, a melhor posição na maioria dos casos por estar de acordo com os demais dispositivos pertinentes. Há situações que merecem ser revistas em prazo superior aos quatro anos como, por exemplo, caso de vizinho que dispõe de assistência médica e, num ato de benevolência e solidariedade, registra o filho da amiga/vizinha para que a criança possa usufruir do plano de saúde. A solidariedade é uma característica do povo brasileiro, mas esse é outro tema que merece estudo específico e foge do assunto e do exemplo da "adoção à brasileira", que usamos para ilustrar a "faca de duas pontas", que tanto pode matar quanto salvar, e voltamos a demonstrar a prescritibilidade incidente à espécie.

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

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

É o caso da "adoção à brasileira" não desfeita nos quatro anos que se seguiram. A pessoa registrada existe. Foi criada e estruturou-se com a personalidade e com essa condição social que lhe foi dada. Cancelar seu nome e todas as situações jurídicas daí decorrentes seria aniquilar a pessoa humana existente, principalmente se foi longo o tempo havido desde o ato da adoção informal.

A proteção da dignidade da pessoa humana e a garantia da segurança das relações jurídicas prometidas pelo Estado de Direito Democrático é que orientam a aplicação do Direito e da jurisprudência:

*"Paternidade reconhecida. Acordo posterior dos pais para desconstituí-la. Pedido de homologação. Impossibilidade jurídica. - As questões de "estado", antes de interessarem ao indivíduo, interessam primeiramente ao Estado, que tem o dever de velar pelas relações delas decorrentes. Uma vez reconhecida a paternidade, esta agrega-se à personalidade do Reconhecido, passando a constituir um Direito indisponível seu. Não podem os pais, sob a capa de acordo, desconstituir esse Direito que passou a compor a personalidade do infante. Decisão. Julgar os autores carecedores de ação e declarar extinto o processo" - TJDF - Ap. Civ. APC 3255494 DF - Acórdão 81.266 - Data de Julg 14/08/1995 - 2ª turma Cível - Relator Getúlio Moraes Oliveira - Publ no DJU: 07/02/1996, pág. 1.121 - in Jurisprudência Informatizada Saraiva - Editora Saraiva - CD-ROOM nº 13 - 1998).*

Imprescritibilidade do direito à filiação, prescritibilidade do ato jurídico, irrevogabilidade da adoção e o ato jurídico perfeito são questões que passaremos a abordar na demonstração de que a análise global dos fatos, de seus efeitos, e dos valores incidentes à espécie, é que determinarão quais as normas legais que devem prevalecer sobre o caso concreto.

Não se empresta a mesma interpretação à situação de uma criança que soube ser falsa a paternidade constante em seu registro de nascimento e quer ver seu direito imprescritível de personalidade e filiação regularizado pelo Judiciário, ao fato de alguém, sabendo que a criança não é seu filho, utilizar mal a lei, assinar declaração de falsa paternidade biológica no termo do registro, adotar de maneira informal criança de outrem para tê-la como se fosse filho biológico, obter vantagens emocionais e eventualmente patrimoniais desta situação, e, depois, quando o casamento com a mãe da criança não der certo, não querer se responsabilizar pelo ato praticado.

O ordenamento jurídico não pode ser utilizado para fins escusos. É altamente reprovável a pretensão do autor em, agora que não mais lhe convém, e por vezes até numa atitude vingativa direcionada à mãe, querer desfazer o nome e o status que deu à criança que teve como filho, acompanhando-o no crescimento até se transformar em adolescente ou adulto.

## **9.2. ADOÇÃO À BRASILEIRA - EQUACIONAMENTO**

A imprescritibilidade do Direito não incide sobre a “adoção à brasileira” por várias razões jurídicas e teleológicas, mas abordaremos somente as que nos parecem de maior importância para não estender por demais esta exposição.

a) Primeiro porque a relevância do direito de filiação e sua imprescritibilidade, alcançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição da República, visa a proteção dos filhos concebidos fora do casamento e/ou advindos de situações não comuns, garantindo-lhes cidadania e dignidade. A filiação é direito personalíssimo do filho e não do pai formal.

Argumentar-se-ia: Se vale para o filho, vale também para o pai porque o direito de estado é indisponível e trata-se de mesma relação de parentesco. E é verdade em alguns casos concretos, pois o ordenamento jurídico protege os direitos individuais indisponíveis de todos os cidadãos. Mas a imprescritibilidade existe somente para as ações declaratórias de paternidade em que o pai quer ver declarada a verdade real de sua paternidade biológica sobre o filho e, para tanto, pode invocar o Judiciário a qualquer tempo. Mas, mesmo nessa hipótese, o direito é do filho, reafirmado como direito próprio do reconhecido pelo art. 4º, da Lei 8.560/92, ao estabelecer que o reconhecimento da paternidade só se procederá com a anuência do filho, se este for maior de idade. No caso do filho ser menor, poderá impugnar o reconhecimento feito nos quatro anos que se seguirem à sua maioridade (art. 1.614 do CC).

Diferentemente é o caso das ações negatórias de paternidade em que, dolosamente, o autor quis ter a criança como filho. Nessas, não se discute a filiação biológica e sim a adotiva. Aqui há adoção fática, realizada de forma irregular, com repercussões jurídicas. É o próprio autor da ação que afirma não ser o pai biológico e que tem ciência disso desde que perpetrou o ato do registro. Portanto, não é ele quem possui qualquer direito imprescritível e personalíssimo referente à filiação. Detém legitimidade para anular a falsa declaração de paternidade contida no ato jurídico que praticou tão somente na hipótese da ação ter sido interposta em tempo hábil.

O ordenamento jurídico, sopesando os valores incidentes à espécie e a responsabilidade exigida de todos os jurisdicionados sobre seus atos e omissões, limitou o tempo para se pleitear em Juízo a anulabilidade do ato contaminado. Passados os quatro anos previstos no artigo 178, II do Código Civil, o vício convalesce porque os efeitos no mundo dos fatos não podem mais deixar de existir, passando a constituir ato jurídico perfeito, irrevogável e irrevogável.

Nesse diapasão a jurisprudência assenta que:

*"Registro civil - Assento de nascimento - Anulação - Inadmissibilidade - Inexistência de prova lastreada em coação - Hipótese em que efetuado o reconhecimento voluntário da paternidade, embora não fosse o pai biológico - Recurso provido - O reconhecimento é perpétuo e irrevogável, podendo, no máximo, vir a ser eventualmente anulado, por inobservância de formalidades legais, ou, então, eivado estiver de um dos defeitos dos atos jurídicos" - TJSP, Ap. Civ. 210.366-1- São Vicente - Rel. Alfredo Migliore, 28.6.1994.*

A constatação de que o registrante queria ter o registrado como seu próprio filho quando assim o declarou e, depois disso, houve relação familiar durante o transcurso do tempo, reclama o princípio geral de direito, segundo o qual, "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal de linguagem" (art. 138 do CC). Nos casos de ação negatória onde ocorreu a "adoção à brasileira" procedida com dolo, a única pessoa que detém legitimidade "ad causam" para desfazer a relação de filiação que se perpetuou no tempo é o adotado/réu, detentor do direito personalíssimo e indisponível de filiação biológica.

b) Segundo e quanto à argumentação de nulidade do ato registral, por haver ilícito na declaração falsa e o objeto ser impossível, tem-se, aqui, mais um exemplo de visualização parcial e tendenciosa, uma vez que o ato registral isolado é apenas um pedaço do conjunto. Existe a pessoa registrada, forjada e desenvolvida sob os efeitos decorrentes do ato e da vontade do pai formal em tê-la como filho. A verdade dos fatos é que ter criança de outrem como sua, ou seja, adotar, é conduta permitida pelo Direito e seu objeto é possível e lícito. O ato registral denominado "adoção à brasileira" somente foi produzido conforme o entendimento leigo e próprio do brasileiro, no sentido de atingir o objetivo de forma descomplicada, fácil e direta.

Quanto ao "ilícito", ou melhor, quanto à falsa declaração, é sabido que o "dolus bonus" contido no ato desfigura o crime, além do que não é análise criminal da questão que tem prevalência nos autos de ação negatória de paternidade, mas sim, os efeitos civis oriundos do mesmo, que, embora realizado diferentemente da forma prescrita em lei, atingiu a sua finalidade. A relação de filiação entre pai e filho existe e, sob o escudo da falácia, o autor quer afastar as consequências obrigacionais dela decorrentes.

c) Terceiro porque nos casos de ação negatória de "adoção à brasileira" não se discute a filiação biológica. O objeto da ação não é afirmar ou negar o vínculo sanguíneo. Pretende o autor revogar a adoção havida e formalizada através do ato do registro.

Não é outro o entendimento da jurisprudência:

*"Registro de nascimento – Reconhecimento espontâneo da paternidade – Adoção simulada ou “à brasileira” - Descabe a pretensão anulatória do registro de nascimento do filho da companheira, lavrado durante a vigência da união estável, já que o ato tipifica verdadeira adoção, que é irrevogável. Apelo improvido” - TJRS - Ac. 598300028/RS - 7ª C. Cível - Rel. Berenice Dias - J. 18/11/1998).*

d) Quarto porque, na ocasião em que, dolosamente, o autor praticou o ato jurídico perfeito, ou seja, aquele que atendeu a todas as exigências legais para sua formalização, este adquire a qualidade de irretroatibilidade.

Endossando essa assertiva, vale colacionar aqui mais um aresto de nossos Tribunais:

*"Negatória de paternidade - Anulação de registro civil - Retratação do reconhecimento espontâneo - Impossibilidade - Ausência de vício de vontade do ato ou inobservância das formalidades legais - Ato irretroatível - Ação procedente - Recurso não provido, com observação - TJSP, AC 93.628-4 - Franca - 8ª CDPriv. - Rel. Haroldo Luz - J. 05.05.1999.*

e) Quinto porque, ainda que os direitos aventados estejam entrelaçados, sendo um conseqüência do outro, no caso de "adoção à brasileira" em que o pai formal registrou a criança com dolo, este não é vítima e sim causador da paternidade sócio-formal-afetiva em análise. Por isso, o foco de análise principal é a conduta dolosa do pai formal ao praticar o ato, com a conseqüente adoção, ainda que "à brasileira".

Em síntese, a manifestação de vontade de ter a criança como filho nos casos de "adoção à brasileira" constitui paternidade sócio-afetiva, cuja irrevogabilidade reflete os anseios sociais e dos operadores do Direito pela Justiça nas decisões judiciais.

O operador do Direito não pode concordar que a pretensão do autor de uma ação negatória de paternidade adotiva alcance vitória em prejuízo dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico e, pontualmente, em prejuízo do adotado/réu, este vítima da situação jurídica que lhe foi imposta e na qual não teve participação alguma.

Concordar com a nulidade, ou anulabilidade do ato doloso em favor de quem o praticou seria beneficiar o infrator, ainda mais no caso em que o vício convalesceu e a ação está prescrita.

Além disso, o comando constitucional é o de dignificar a pessoa humana, protegendo-a das artimanhas, ilícitos e negligências utilizadas em benefício próprio pelo pai formal em detrimento dos direitos de personalidade e de cidadania do réu, criança ou recém nascido quando o fato ocorreu.

O Direito exige dos jurisdicionados a responsabilidade pelos atos que praticam. Se o autor quis ter a criança como filho e ardilosamente usufruiu desta condição enquanto lhe convinha, há que arcar também com as conseqüências que, com o transcurso do tempo, passaram a não lhe ser favoráveis.

## **10. CONCLUSÃO**

Sempre houve dificuldades em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, principalmente a paternidade. Com isso, nas mais diversas legislações do mundo, começou-se, então, com base no direito romano, a se estabelecer presunções de maternidade e paternidade.

O sistema de presunção da paternidade fincou a premissa de que o marido da mãe seria o pai dos filhos dela concebidos durante o casamento, a qual foi chamada de presunção "pater is est".

O fundamento primordial do sistema de presunção de paternidade era proteger o instituto da família. Evitava-se, desse modo, que a eventual verdade — ou seja, evitava-se que o marido da mãe, que não fosse o pai do filho por ela concebido durante a constância do matrimônio — acabasse por destruir o casamento. Optou-se, desta maneira, pela paternidade registrária em detrimento de qualquer outra paternidade.

Tal sistema foi adotado, também, pelo nosso direito pátrio, que sofreu influência do direito português, o qual, por sua vez, baseava-se no direito romano.

Esse sistema emerge cristalino em diversos dispositivos que se encontram no Código Civil de 1916. Todavia, sob o manto da proteção a família, causaram-se diversas injustiças, pois o sistema impedia que se investigasse a paternidade com relação a homem casado. E, além disso, fazia-se uma clara distinção entre os filhos, quando chegou-se a classificá-los em legítimos, legitimados e ilegítimos.

Os legítimos eram os filhos concebidos durante a constância do casamento entre pais casados entre si; os legitimados eram aqueles nascidos, em princípio, de pais que não eram casados, mas que alcançavam essa condição com posterior casamento deles entre si e, afinal, os ilegítimos eram aqueles advindos de pais impedidos para o casamento.

Tal diferenciação tinham repercussões tanto na prática jurídica — pois aos legítimos cabiam mais direitos que aos ilegítimos — quanto na vida desses infelizes, os quais, por ostentarem a condição de ilegítimos, eram mal vistos pela sociedade e em todos os seguimentos dela, sofrendo todo tipo de estigma sob o aspecto sócio-biológico, psicológico, espiritual, moral, educacional, etc.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve uma grande revolução no instituto do direito de família. Dentre as mudanças radicais ocorridas está a vedação da diferenciação entre filhos, acabando por igualá-los, o que, vale acrescentar, demorou e muito para ser positivado em nosso País. Com isso, todos os filhos passaram a ter os mesmos direitos e obrigações decorrentes da filiação e, mais, tanto dos filhos em relação aos pais, quanto dos pais com relação aos filhos.

Nas leis que se seguiram à Carta Maior foram adotados todos os princípios nela instituídos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Dentre essas leis, está a de nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe, no bojo de seu artigo 27, o direito imprescritível e indisponível aos filhos de pleitearem o reconhecimento de seu verdadeiro estado de filiação.

Esse primado, para a Constituição Federal e para a legislação infraconstitucional brasileira, era a descoberta da paternidade biológica, que é aquela decorrente de vínculos genéticos que ligam um pai a seu filho. A verificação da

paternidade biológica somente foi possível, em face da evolução da ciência médica. Surgiu, com isso, o exame pericial de DNA, capaz de estabelecer, com certeza quase absoluta, a paternidade sob o aspecto biológico, o que era impensável e inimaginável no começo do século XX, quando o Código Civil de 1916 entrou em vigor adotando o sistema da presunção para se determinar a paternidade.

Assim assentou-se nos Tribunais nacionais, tanto quanto na doutrina, a predominância da paternidade biológica em detrimento da paternidade registrária.

Possibilitou-se, em consequência disso, que o filho manejasse ação de investigação de paternidade para ver reconhecido o seu verdadeiro vínculo de filiação, que era o da consangüinidade. Neste caso, se houvesse um registro anterior levado a efeito pelo pai registrário, uma vez precedente a ação, o vínculo seria desfeito sob o fundamento de que houvera sido feito em evidente falsidade ideológica, e isto, fazia com que terminasse ali qualquer tipo de relação jurídica existente entre o pai registrário e o filho, como se nunca houvesse existido qualquer relação entre eles. O filho perderia o sobrenome do pai registrário, o qual cedia lugar ao sobrenome do pai biológico. Além disso, um não mais poderia pleitear alimento do outro, acaso necessitassem. O pai perderia o poder familiar de detinha sobre o filho menor.

Todavia, a predominância da paternidade biológica, com o reconhecimento do vínculo por meio de ação de investigação de paternidade, não estabelecia um vínculo social e afetivo entre o pai biológico e seu filho.

É patente que a relação de filiação não decorre simplesmente do vínculo genético estabelecido entre pai e filho. A filiação, sob o aspecto sociológico, somente se desenvolve por intermédio do convívio entre eles, o que não se dava, evidentemente, com o simples reconhecimento da paternidade, firmado pela autoridade judiciária em umas laudas de papel, por meio de ação judicial, nas letras frias da lei...

Sob esse pretexto, surge na doutrina brasileira, uma nova concepção para se determinar a paternidade, é a chamada paternidade socioafetiva, baseada não no vínculo genético, mas na relação de afetividade existente entre pai e filho. Essa nova concepção tem fundamento na posse do estado de filho, instituto pelo qual a paternidade é estabelecida, principalmente, na relação duradoura de filho e pai que eles mantêm entre si.

Entende-se que o verdadeiro vínculo de paternidade é o afetivo e, portanto, o pai pode perfeitamente não ser o que determina o vínculo genético.

Nesse contexto, o conceito de paternidade se triparte entre a relação biológica, a registrária ou jurídica e a socioafetiva. Com a adoção do conceito de paternidade socioafetivo não se quer excluir o direito do filho ver reconhecida a sua paternidade biológica, pois estar-se-ia impedindo que ele usufruísse de um direito e contrariando comando constitucional.

O direito ao reconhecimento da origem genética é um direito personalíssimo do filho, que, vale repisar, é garantido constitucionalmente, não sendo, de maneira nenhuma, passível de renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai. Nesse contexto, utilizando-se do entendimento predominante na doutrina e jurisprudência atuais, descobrindo o filho a verdadeira paternidade biológica, terá ele total legitimidade para requerer o cancelamento do precedente registro, para posterior reconhecimento da paternidade biológica.

Todavia, o que não se pode, é evidente, fazer cessar ou desaparecer o vínculo registrário entre pai e filho. É que, não seria justo, que esse pai que cuidou do filho, dando-lhe amor, carinho, educação, e demais cuidados de que necessita toda criança, perca todos os vínculos jurídicos que mantêm com o rebento. Se, eventualmente, necessitar do filho, não lhe socorrerá qualquer medida judicial para tanto.

Melhor solução adotam a doutrina e a jurisprudência portuguesa, ao dizer que o filho tem todo o direito de ver reconhecido sua paternidade biológica. À vista disto, poderá mover ação de investigação de paternidade e por sentença judicial será reconhecida a paternidade. Todavia, a sentença judicial terá efeitos declaratórios apenas, diferentemente do entendimento do direito nacional, porque aqui a sentença gera, dentre um dos efeitos, a mudança no registro de nascimento do nome do pai.

Assim, no direito português, o pai registrário continua como sempre fora — o pai — após a sentença judicial em ação movida por seu filho em face do pai biológico dele. Não perde o pai o direito de pleitear alimentos, caso necessite; continuando a ser herdeiro legítimo do filho, ao passo que este continua a usar o sobrenome do pai registrário.

A solução dada pelo direito português é muito mais justa para o pai, que não se verá privado da relação de filiação que mantêm com o filho desde o nascimento deste.

Em sede de direito pátrio, inteira pertinência tem, nesta análise acima, o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, "in verbis":

***"Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".***

Como se sabe, todo poder emana do povo e este confere ao Estado o poder político de impor regras e limites para ordenar as relações entre indivíduos e mecanismos estatais. Dessa forma, atinge-se o máximo de progresso social e propicia-se amplamente o desenvolvimento do homem. Ao mesmo tempo em que o Estado protege a pessoa humana, submete-a à supremacia estatal, com a sua aquiescência e em prol do bem comum.

A melhor doutrina enuncia que a cidadania não se limita apenas à possibilidade de eleger seus governantes, mas também, de participar e ser beneficiário dos mecanismos estatais destinados à proteção dos valores socialmente consagrados.

E aqui, por ter inteira conotação, nos socorremos uma vez mais do artigo 227 da Constituição Federal, "in verbis":

***"É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à... dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".***

Os doutrinadores vêm ressaltando a dignidade humana tal qual uma tela na qual são desenhados os valores jurídicos

protegidos pelo Estado Democrático de Direito.

O fundamento da dignidade humana reside na autonomia da vontade, entendida esta como a faculdade de determinar a si mesmo e agir conforme a representação de certas leis.

Como ser racional, o homem existe como um fim em si mesmo, e não como meio para uso arbitrário da vontade alheia, o que repudia qualquer espécie de "coisificação" e instrumentalização do ser humano.

Todas as ações do homem voltam-se para si e para sua própria conveniência, mesmo as direcionadas a outras pessoas.

Sendo a dignidade atributo exclusivo do homem e constituindo sua própria essência, ocupa posição central no pensamento filosófico, político e jurídico, destacada que está a dignidade como valor fundamental do ordenamento jurídico de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, CF).

Sem nos atermos à definição do conceito de dignidade, de seu início e término — discussão que é ampla e nem os "experts" conseguiram delimitá-la — o que pertine ressaltar neste trabalho é que a percepção da dignidade está no senso comum, tendo-se presente seu cunho subjetivo e objetivo. Ambas as dimensões, natural e cultural da dignidade, complementam-se e integram-se entre o indivíduo e a sociedade.

Por ser insita ao homem, todos possuem dignidade. Mesmo aqueles que se portam indignamente.

Com relação a sua extensão, cada qual a exercitará nos limites e conforme seu poder e querer. Cabe ao Estado fornecer condições para seu exercício, enquanto que, ao indivíduo, a liberdade de usufruí-la como bem entender, arcando com as conseqüências benéficas ou maléficas de seus atos.

A dignidade do homem merece respeito de seus semelhantes e do Estado que, através do Direito, dá-lhe liberdade de ação. Um homem é livre para praticar qualquer ato. Mesmo um assassinato, se quiser. Mas o Estado impõe uma pena a quem o pratique.

A incumbência de proteger a dignidade humana, prioritariamente da criança ou adolescente é do Estado, afastando quaisquer violações de seus direitos, especialmente, para o que aqui nos interessa, os pretendidos pelo autor de uma ação negatória de paternidade adotiva.

A dignidade do pai formal também é de ser observada, mas na perspectiva de reconhecer e respeitar a vontade livre e consciente do mesmo em ter adotado filho de outrem como seu. Sua atitude foi livre, devendo, legalmente, arcar com as conseqüências da opção.

As tratativas acima expostas referem-se somente a um exemplo da utilização dúbia do Direito. Sabemos todos que, de muitas formas, o Direito pode vir a ser colocado em prática de forma indevida.

O Ministério Público, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, desempenha função primordial para a consecução dos fins do Direito — função social.

Estando mais próximo do povo e atuando positivamente nas lides submetidas ao Judiciário, contribui sobremaneira para a formação de fonte jurisprudencial, que, aos poucos, insere no ordenamento jurídico, as situações da vida real que escapam da regulamentação específica.

Multiplicam-se geometricamente novas formas de relacionamentos sociais, econômicos, interpessoais, trabalhistas, afetivos, virtuais, etc. Necessário, pois, a visão cosmológica — origem, natureza e princípios — do Direito para, assim, possibilitar a integração capaz de alcançar os princípios e fins do Direito.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

**BITTENCOURT.** Edgard de Moura. *Família*. 5ª ed., rev., atual. e ampliada por Joaquim Macedo Bittencourt Netto e Antônio Carlos Mathias Coltro, Campinas, Ed. Millennium, 2003.

**BRUNO.** Vânia Maria da Cunha. *Aspectos jurídico,s da reprodução humana assistida*. Revista Doutrinária, Rio de Janeiro, a. 4 , nº 4, p. 304, 2001.

**CAHALI.** Yussef Said. *Dos Alimentos*. 4º ed. rev., ampl. e atual. De acordo com o Novo Código Civil – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais-2003

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL** – 1988

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

**DINIZ.** Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 9ª ed. atual. São Paulo, Saraiva

\_\_\_\_\_ Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, 1º vol., 20ª ed. Saraiva, São Paulo-2003

\_\_\_\_\_ Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, 6º vol., 20ª ed. Saraiva, São Paulo-2003

\_\_\_\_\_ Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, 5º vol., 20ª ed. Saraiva, São Paulo-2003

**EDITORIAL** – *Jornal da Mulher* – Campo Grande/MS- p. 03.01.2004.

**FACHIN.** Luiz Edson. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Direito de Família. Do direito pessoal. Das Relações de Parentesco*. Arts. 1.591 a 1.638. Vol. XVIII – Coord. Sávio de Figueiredo Feitosa – 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_ Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Belo Horizonte: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

**FERREIRA.** Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio dicionário da Língua Portuguesa*. 3ª ed.rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999

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

**LEI** Nº 8.069/90 de 13.7.1990 (ECA)

**LEI** Nº 8.560/92, art. 1º



**LICC**, art. 5º.

**LISBOA**. Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil*, vol. 5, 2ªed. Ver. E atual. Em conformidade com o novo código civil - Direito de Família e das Sucessões, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

**LUZ**. Valdemar P. da. *Manual do Advogado*. 15ª ed. rev. e ampl. Ed. OAB/SC, Florianópolis, 2002.

**MATERIAL** cedido pelos Drs. Eduardo Gesse e Marcelo Cerqueira. *Curso Especialização Novo Código Civil*- ITE – Presidente Prudente.

**OLIVEIRA**. José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

**ON LINE** - Intelligentia Jurídica. Ano, III, Nº 32 – Junho/03 – Lílian Lucia Graciano – PIBIC/PUC/CNPq – *reprodução assistida, paternidade, fertilização*.

**ON LINE** – IBDFAM – Artigos – Tema Paternidade Socioafetiva – 1/12/03 - Ana Leticia Queiroga de Mattos – PUC/MG – *construção social da paternidade resultante da interação entre pai e filho*.

**PEREIRA**. Rodrigo da Cunha. *Novo Código Civil e legislação correlata da Família*. Porto Alegre: Síntese, 2003

**SEREJO**. Lourival. *Direito Civil Constitucional da Família*. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

**TEPEDINO** Gustavo (Coord). *in Problemas de direito civil-constitucional* (O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para um reforma legislativa), Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.9.

**TJDF**:-Ap. civ. APC-3255494 DF – Acórdão 81.266 DJ. 14/08/95 – 2ª turma Cível – Relator Getúlio Moraes Oliveira – Publ. No DJU. 07/02/96 – pág. 1.121. In jurisprudência Informatizada Saraiva – CD ROOM nº 13 – 1998.

**TJSP** – Ap. civ. 210.366-1 – São Vicente – Rel. Alfredo Migliore, pub. 28.694. Pesquisa ADCOAS realizada em 05.01.2004

**TJRS** – Ac. 598300028/RS- 7ª C. Cível – Rel. Berenice Dias – J. 18/11/98. Pesquisa ADCOAS realizada em 05.01.2004

**TJSP** – Ac. 93.628-4 – Franca – 8ª C.D.Priv. – Rel. Haroldo Luz – J. 05.05.99. Pesquisa ADCOAS realizada em 05.01.2004

**VENOSA**. Sílvio de Salvo. *Direito de Família*, Coleção Direito Civil, Vol. 6, 3ª edição, São Paulo, Atlas, 2003. \_\_\_\_\_ Sílvio de Salvo. *Novo Código Civil: texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916*, organizador, São Paulo: Atlas, 2002.

**VILLELA**. João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº 21, maio, 1979, p.401-419

**WALD**. Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. O Novo Direito de Família. 12ª ed. rev. At. e ampl. São Paulo: RT, 1999. v.4.

**Disponibilizado e autorizado pelos autores**