

LUANA BABUSKA CHRAPAK DA SILVA

**A PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA E A  
OBRIGAÇÃO ALIMENTAR**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Prof. Mauro Fiterman.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E MONOGRAFIA

A monografia **A Paternidade Sócioafetiva e a Obrigação Alimentar**, elaborada pela aluna **Luana Babuska Chrapak da Silva**, foi julgada adequada por todos os membros da banca examinadora, para a obtenção do grau de BACHAREL EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS e aprovada, em sua forma final; pelo Departamento de Atividades Complementares e Monografia, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

---

Profa. Telma Sirlei da Silva Ferreira Favaretto  
Coordenadora de Ativ. Compl. e Monografia

Apresentada à banca integrada pelos seguintes professores:

---

Orientador: Prof. Mauro Fiterman

---

Prof. Examinador:

---

Prof. Examinador:

*Nunca perca a fé na humanidade, pois ela é como um oceano. Só porque existem algumas gotas de água suja nele, não quer dizer que ele esteja sujo por completo.*

Mahatma Ghandi

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pelo dom da vida e amor que me foram concedidos.

Agradeço à minha avó e mãe, dois espíritos de luz colocados no meu caminho, por oportunizarem-me a realização deste trabalho que tanto significa; a simbolização da vitória, eis que elucida a proximidade do que antes parecia um sonho inalcançável e então chega as minhas mãos: a conclusão do curso.

Agradeço àquelas pessoas tão queridas na minha vida que, de qualquer forma, incansáveis, pacientes, incentivaram-me à força e coragem. Em especial, ao meu namorado Tiago, a quem tanto amo.

Principalmente, ao Dr. Mauro Fiterman, ótimo orientador, professor admirável, pela dedicação, vontade e perseverança.

## RESUMO

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

**Palavras-chave:** Igualdade; Filiação; Direito.

## **ABSTRACT**

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

**Key words:** Equality; Offspring; Rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 A FAMÍLIA: DA CODIFICAÇÃO DE 1916 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .	11
1.1 O Código Civil Brasileiro de 1916, o desenho da família patriarcal e a transformação à família do Estado Social Democrático de Direito .....	11
1.2 A ênfase à posição jurídica dos filhos por conta do Direito Civil Clássico .....	19
1.3 A evolução da família e da filiação sob o aspecto legislativo e a nova posição dos filhos por conta da concepção contemporânea de família .....	24
<b>2 O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA</b> .....	35
2.1 Elementos materiais para o reconhecimento do caráter socioafetivo da paternidade.....	35
2.2 A proteção integral da família e a proteção dos menores .....	45
<b>3 OS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA: REFLEXÕES ACERCA DA QUESTÃO ALIMENTAR</b> .....	58
3.1 Os efeitos jurídicos decorrentes da paternidade sócioafetiva: uma via de duas mãos.....	58
3.2 A questão alimentar como efeito jurídico do estabelecimento da paternidade sócioafetiva.....	68
<b>CONCLUSÃO</b> .....	82
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	85

## INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916 retratou a realidade sócio-econômica de uma época em que a atividade era preponderantemente rural e dentro da entidade familiar os próprios integrantes trabalhavam para a riqueza da instituição, visando a sua perenidade. Para tanto, os homens imperavam por serem força ativa nessa unidade de produção. As mulheres eram relegadas a segundo plano e os filhos tinham suas profissões, casamentos, direcionados à continuidade de uma família de caráter patriarcal e transpessoal.

Nessa esteira, o matrimônio delineava os limites de quem deveria integrar o cenário cultural e fruir os direitos dele provenientes. Dessa forma, os descendentes de pessoas casadas entre si tinham a condição de filho e todos os direitos que dela emanam. Já, aquelas pessoas que nasciam de um casal que não tivesse certidão de casamento, independentemente do motivo, eram renegadas pela sociedade e não tinham direito algum perante o ordenamento jurídico.

A realidade da família brasileira foi mudando a medida em que os acontecimentos históricos, a ascensão científica revolucionária do homem foi refletida em um novo horizonte



em que a rigidez do contorno familiar rompeu-se, cedendo ao espaço de um lar, um lugar de afeto e realização das potencialidades de cada um de seus membros. Nesse novo ideal de família, igualdade e respeito revelaram-se na esteira da convivência, somando-se à liberdade como escudo no qual se encontra espaço para a concretização dos interesses de cada componente familiar.

Diante do dinamismo e da complexidade das relações sociais, em especial no âmbito familiar, surgiram cada vez mais situações envolvendo, normalmente, crianças e adolescentes que, afastados dos seus pais no plano biológico ou jurídico, passaram a se relacionar no campo afetivo com pessoas outras que assumiram faticamente a posição de pai e mãe.

Elementos sociais e comportamentais influenciaram na determinação de uma nova paternidade, a sócioafetiva, que, como a própria nomenclatura já expressa, é o tratamento dispensado a um filho, por alguém, independente de imposição legal ou vínculo sanguíneo; fruto apenas do sentimento de carinho e amor.

O universo jurídico é propenso a alterar-se frente às mudanças sociais, visando a sua efetiva utilidade. Algumas leis refletiram a transição social até a chegada da Constituição Federal de 1988, que adequou o sistema jurídico à nova realidade brasileira, introduzindo alterações condizentes aos novos tempos, modernos e liberais, sem as amarras de um conservadorismo hipócrita e preconceituoso.

Com seus princípios afirmadores da dignidade da pessoa humana como fundamento maior, a Carta Federal trouxe a proteção à família eudemonista, afirmando a igualdade entre os filhos de qualquer origem e a proteção aos interesses da criança. Até a sua entrada em vigor

e a eleição da família como meio de realização pessoal, não decorriam direitos dessa relação afetiva paterno-filial, pois não era reconhecida pelo mundo jurídico.

A consequência do desprestígio de proteção foi o aumento desses casos visualizados na sociedade, que se avolumaram e acabaram por asseverar a principiologia constitucional protetiva do interesse dos menores, com consequências sociais e jurídicas oriundas de tal constatação pela doutrina e jurisprudência.

Nesta linha, propõe-se no presente trabalho a compreensão das relações familiares dentro da evolução das estruturas axiológicas do sistema jurídico brasileiro, vinculando-se à realidade econômica e cultural de cada espaço e época, até o presente momento, como meio de enquadrar essa nova filiação na linha ideológica constitucional.

Objetiva-se a afirmação do afeto como quesito apto a determinar a verdadeira relação de paternidade, posto que exercida com a responsabilidade idealizada pela lei. Faz-se imprescindível, seguindo esse enfoque, a análise dos direitos e deveres jurídicos decorrentes dessa relação paterno-filial, em especial no âmbito alimentar, questão de relevância indubitável para a realização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, da primazia à proteção dos interesses infanto-juvenis e do Estado Social Democrático de Direito.

# **1 A FAMÍLIA: DA CODIFICAÇÃO DE 1916 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

## **1.1 O Código Civil Brasileiro de 1916, o desenho da família patriarcal e a transformação à família do Estado Social Democrático de Direito**

O Direito de Família Pátrio e, por conseqüência, a acepção jurídica de entidade familiar passou, no período compreendido entre 1916 e 1988, por um grande processo de transformação. Neste interregno, visualizam-se duas relevantes abordagens. A primeira, compreendida pelo Código Civil brasileiro de 1916, era de cunho patriarcal, contemplando a “família-instituição”, diretamente ligada ao casamento, conforme depreende-se da seguinte definição: “Direito de Família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento ou pelo parentesco.”<sup>1</sup>

A fim de iniciar o estudo sobre parte da história da família brasileira, segue uma breve análise de seus aspectos. A doutrina define-a da seguinte maneira: “Biologicamente, família é

---

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro : Forense, 1978, p. 13.

o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, ou seja, unidos por laços de sangue. Em sentido estrito, a família representa o grupo formado pelos pais e filhos.”<sup>2</sup>

Na transição do século XIX para o XX, iniciou-se a construção jurídica do primeiro Código Civil brasileiro. O modelo de família apresentado à época era o de uma parcela social representativa, os detentores do poder, pessoas pertencentes a famílias de proprietários de escravos, fazendeiros e senhores de engenho.<sup>3</sup>

Em face de uma sociedade basicamente rural, a família funcionava como unidade de produção. Assim, quanto mais componentes, maior a força de trabalho e as condições de sobrevivência de todo o grupo. O homem, além de desempenhar o papel de pai e marido, direção exclusiva decorrente de sua autoridade, chefiava a família, zelando pela sua unidade.

Os familiares restantes ocupavam uma posição de inferioridade. A mulher, figura relativa, desempenhava apenas o papel de mãe e esposa. Assim como a prole, tinha sua vida dirigida pelo homem. Tal domínio ocorria em função da proteção dos interesses familiares, expressado nos casamentos arranjados e carreiras profissionais escolhidas. Destarte, o sexo e a idade eram os fatores determinantes do papel que cada membro desempenharia no grupo, relegando a segundo plano interesses pessoais, de modo a perpetuar esta família transpessoal.

---

<sup>2</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 19.

<sup>3</sup> À época da elaboração do Código Civil, os detentores do poder eram representados por trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertencentes a famílias de proprietários de escravos, fazendeiros e senhores de engenho, segundo o censo de 1872.

O casamento apresentava-se como fonte única de sua constituição, que trazia o reconhecimento pela religião e concedia o direito à prática do ato sexual, pretendendo que os cônjuges não buscassem a satisfação de seus instintos fora do casamento. Revela-se, assim, no modelo codificado, a regra da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Se o casamento não tivesse sucesso, a alternativa do casal era o desquite, que rompia a comunhão de vida, mas não punha fim ao vínculo jurídico do matrimônio. Num eventual envolvimento extraconjugal, não haveria nenhum reconhecimento jurídico. Assim, ainda constata-se o direcionismo à manutenção da entidade familiar mesmo que sacrificados conceitos como o de afeto.

O matrimônio permanece como força determinante quanto à filiação, manifesta através da presunção *pater is est*, segundo a qual a prole é, por conta do casamento dos genitores, considerada legítima e digna de proteção legal. A esse respeito, conclui Carbonera que:

Desta forma, a garantia da estrutura familiar apresentada se dava pela observação tanto da necessidade de matrimonialização como no modelo de legitimidade dos filhos, pautado na proibição do reconhecimento dos extramatrimoniais e na atuação da presunção *pater is est*.<sup>4</sup>

Logo, verifica-se a grande preocupação da lei no que dizia respeito à proteção da entidade familiar, através do aspecto da legitimidade da união e dos filhos dela havidos. Ainda, outro fator relevante na análise das normas da época é o patrimonial, justificativo da função primordial de transmissão do nome paterno: “A família, como rede de pessoas e

---

<sup>4</sup> CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 281.

conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei.”<sup>5</sup>

Porém, a Revolução Industrial, o aumento das concentrações urbanas, o ingresso da mulher no mercado de trabalho e a mudança da condição social do jovem provocaram transformações nessa denominada “grande-família”. A típica divisão de papéis foi perdendo força na medida em que a mulher alargava sua esfera de atuação social, política e jurídica, e deixava, aos poucos, sua condição de inferioridade para trás na história da família brasileira.

A passagem do modelo econômico agrário ao industrial atingiu irremediavelmente a família, que se revelou não mais uma unidade de produção sob a autoridade de um chefe, e sim um grupo com divisão de funções definidas pelas aptidões individuais dos membros. Verifica-se profunda transformação ao longo do século XX, com sensíveis efeitos no meio familiar.

Ainda devido ao processo de urbanização e sua conseqüente onerosidade na vida em comum, a grande prole cede espaço a um número cada vez mais reduzido de filhos. Deste fator decorre uma considerável melhoria na relação afetiva entre pais e filhos, posto que, como mostram Oliveira e Muniz, “Acentuam-se as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> PERROT, Michelle. Funções da Família. In: *História da Vida Privada*. Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo : Companhia das Letras, 1991, p. 105. v. 4.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família: Direito Matrimonial*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 11.

Mas o afeto de que se trata não pode ser confundido com a noção da *affectio*, presente já no modelo romano. Esta, no modelo patriarcal, era presumida e condicionada à existência de uma situação juridicamente reconhecida: o casamento trazia consigo a *affectio maritalis*, que justificava a necessidade de continuidade da relação. Já, o afeto entende-se como vontade de estar e permanecer junto a alguém. Tempos atuais, novos valores, a *affectio maritalis* traduz-se hoje como valor sócio-afetivo que funda uma sociedade conjugal, matrimonializada ou não.

As uniões sem casamento foram gradativamente aceitas pela sociedade, ao passo que novas famílias estruturaram-se independentemente das núpcias, conduzidas por um único membro, o pai ou a mãe. Diante disso e das demais transformações sociais, o modelo legal codificado tornou-se insuficiente, cada vez mais distante da pluralidade social existente. Os fatos concretos opuseram-se ao Direito, exigindo maior proteção:

Buscando a realização pessoal, o ordenamento foi posto em segundo plano e os sujeitos se impuseram como prioridade. Formaram-se novas famílias, marginais e excluídas do mundo jurídico, mas ainda assim se formaram. A verdade social não se ateu à verdade jurídica e os fatos afrontaram e transformaram o Direito.<sup>7</sup>

Resultado inevitável do aumento dessas situações fáticas, em 1977, através da Emenda Constitucional regulamentada pela Lei 6.515, surgiu o divórcio, permitindo que as pessoas que desejassem reconstruir suas vidas por meio de uma nova família, o fizessem com o acolhimento do ordenamento jurídico, posto que veio colocar fim não só à comunhão de vida, mas também ao vínculo matrimonial. A ligação jurídica, portanto, não é mais tida como perpétua, extinguindo do ordenamento o desquite.

Assim, deu-se a passagem do modelo patriarcal a outro em que são dominantes as relações de solidariedade e cooperação. A perda da característica de unidade de produção, por conta da industrialização, pôs fim ao papel econômico da família, transferindo sua função relevante ao âmbito espiritual. Sua rígida concepção deu lugar à sensibilidade. A família moderna, em oposição àquela, valoriza um elemento abstrato, que até então estava à sombra: o sentimento.

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

A família moderna nasce sob a concepção eudemonista<sup>8</sup>, centrada nas relações de sentimento entre seus membros e baseada em uma comunhão de afeto recíproco. Enquanto a família ditada pelo Código Civil de 1916 se define como hierarquizada e de feição transpessoal, em outro momento e contexto político-econômico, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto definições que consagram a pluralidade familiar, a igualdade substancial e a direção diárquica, como se vê:

A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade

---

<sup>7</sup> CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, ps. 289 e 290.

<sup>8</sup> Esta expressão significa “doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral”, o que a aproxima da afetividade.



familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.<sup>9</sup>

O modelo contemporâneo tem destacado o seu aspecto pessoal e igualitário, valorizando os interesses individuais dos seus membros e buscando a felicidade como mola propulsora de sua continuidade. Para tanto, a família e o casamento visam ao desenvolvimento da pessoa.

A redução na extensão da família, a mudança dos papéis, o descompasso entre o modelo legislado e a pluralidade social existente resultaram na proteção jurídica à figura da família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho, bem como a formada por um só dos pais e seu filho, através da Constituição Federal que recepcionou-as e reconheceu-as, em seu art. 226. O objeto da proteção estatal é a pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade. A realização do indivíduo tem por objetivo a formação de uma família emocionalmente estruturada, a qual é a base da sociedade, promovendo seu equilíbrio.

A Constituição, em seu artigo 1º, inciso III, consagra como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Os princípios da igualdade e da dignidade conduzem à construção de um novo modelo de família, que valoriza o indivíduo como ser humano nas suas relações intersubjetivas. A proteção à pessoa recebe *status* constitucional, que transcende a figura do indivíduo por si só, orientando seu tratamento na esfera familiar e priorizando-o em relação ao grupo:

---

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. In: BARRETO, Vicente (org.). COMMAILLE, Jacques et al. *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 56 apud BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Novos Contornos do Direito de Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais*. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre : Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, p. 197, jun. 2000.

[...]a proteção a todos os sujeitos da família deve ser feita de forma igualitária, uma vez que a desigualdade fere a dignidade. [...] Ademais, tratar da dignidade e da igualdade significa também abordar sua coexistência num ambiente dividido por duas ou mais pessoas: se ambas têm direitos idênticos, significa que a convivência somente será possível se houver a limitação da liberdade individual pela lei.<sup>10</sup>

A Carta Magna traz a proteção à família contemporânea, sob suas diversas formas de constituição - matrimonializada ou não, constituída por ambos os genitores e filhos ou de caráter monoparental, originada por laços de sangue ou por meio de adoção. O aumento da tutela, assim como da esfera de liberdade dos sujeitos, permite a coexistência de famílias no molde patriarcal e novas formas fundadas no desejo de estar junto, cujo elemento seja a própria comunhão de vida.<sup>11</sup> Resta valorizada a pessoa em sentido diverso daquele codificado.

Nesse ideal de família modelo do Estado Social Democrático de Direito, a filiação também resta protegida com a chegada da Constituição de 1988, que estabeleceu igualdade de tratamento entre os filhos provenientes de matrimônio ou não. Estes foram nivelados perante a lei, posto que a importância do afeto é tida como determinante também nas relações paterno-filiais. Traçado o perfil da família codificada importa, então, conhecer o papel nela desempenhado pela filiação, dada sua importância na sustentação do modelo patriarcal.

---

<sup>10</sup> CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, ps. 295 e 296.

<sup>11</sup> Enquanto nas relações matrimoniais, e por isso mesmo, a presença da *affectio* era presumida, nas relações não matrimonializadas o afeto tem outro sentido e é, na verdade, o elemento responsável pela sua própria existência.

## 1.2 A ênfase à posição jurídica dos filhos por conta do Direito Civil Clássico

Características marcantes da família patriarcal, tais como a indissolubilidade do vínculo matrimonial e a proteção do patrimônio familiar justificam o sistema de filiação estabelecido. O Código Civil brasileiro de 1916 baseou-se na família como grupo social, com origem no casamento e na consangüinidade, garantindo proteção somente à família legítima, afastando, de um lado, os filhos de uniões não matrimonializadas de qualquer proteção legal e, de outro, qualquer eventual ameaça aos filhos oriundos do casamento.

O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina o direito do não-direito. E entre nós não foi diferente: o Código posto em vigor em 1917 foi perfeito anfitrião ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo; nele somente especulou-se sobre os que têm e julgou-se o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, numa relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica.<sup>12</sup>

A filiação foi regulada com base na orientação advinda do direito romano, segundo a qual, da união do homem com a mulher decorriam dois tipos de filho: *legítimo*, se os pais eram casados entre si; e *ilegítimo*, caso havido fora do casamento. Os ilegítimos compreendem dois grupos: naturais, oriundos do concubinato<sup>13</sup>, haja vista a inexistência de impedimento para o casamento de seus pais, sendo esta uma terceira classe que surgiu no direito pós-clássico; e espúrios, assim considerados devido a impedimento de os pais casarem-se à época de sua concepção.

<sup>12</sup> FACHIN, Luis Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, p. 101, ago. 1995.

<sup>13</sup> Esta expressão significa união livre e estável de um homem com uma mulher, não resultante do casamento, que não altera o estado civil dos concubinários, na qual são mantidas relações sexuais e da qual é constituída uma família (família natural ou ilegítima), em que os concubinários convivem notoriamente sob o mesmo teto (*more uxório*), como se marido e mulher fossem, com fidelidade recíproca. Esse é o conceito clássico, a noção restrita de concubinato, abrandada pela jurisprudência ao considerá-lo união estável, duradoura, de um homem com uma mulher, em que são mantidas relações sexuais, como se casados fossem, sem haver impedimento para o casamento, convivendo ou não sob o mesmo teto.

A filiação espúria, por sua vez, subdivide-se em espúrio incestuoso, cujo impedimento decorre de parentesco próximo dos genitores, ou de afinidade, conforme enumeração constante do art. 183, I a V, do Código Civil; e espúrio adulterino, cujo impedimento é em razão de um deles já ser casado com outra pessoa e violação, destarte, do dever de fidelidade.

Os filhos ilegítimos, em razão de não se enquadrarem no modelo desenhado pelo sistema, sequer eram reconhecidos pela original família codificada, de modo que somente os legítimos poderiam fazer parte daquela unidade familiar de produção. Destarte, a noção de legitimidade provocava uma discrepância entre a verdade jurídica e a social, pois “Sob a alcunha de ilegitimidade, a regulação jurídica dos papéis definidos às pessoas depende da função que, em abstrato, o próprio sistema define”<sup>14</sup>. Prova disso é que os filhos ilegítimos não sujeitavam suas vidas ao domínio paterno, realidade típica patriarcal.

O sistema da filiação é um significativo exemplo do distanciamento que a construção da civilística tradicional operou. Filhos de pessoas não casadas entre si não eram reconhecidos pela lei porque a ilegitimidade despia-lhe da condição jurídica de “filho”. O sistema do parentesco foi emoldurado para sustentar uma concepção matrimonial de família, que desconsidera a verdade fática ao transpor fatos reais para o universo do não-direito quando estes não correspondem as suas regras, procedendo de forma à exclusão e à marginalização:

Não sendo fruto do acaso, aquela “realidade jurídica” emergiu assentada no sentido clássico da família monolítica e autoritária, hierarquizada e transpessoal, na qual a norma jurídica resta servindo de instrumento para dedicar capítulos inferiores a sujeitos naturais que não passam ao estatuto de efetivo sujeito de direito. Esse regime de exclusão se funda num assento

---

<sup>14</sup> FACHIN, Luis Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, p. 101, ago. 1995.

tripartite que une sexo, sangue e família, e propicia que as formulações jurídicas privadas modelem as relações de direitos sob um padrão social de interesses dominantes.<sup>15</sup>

Dada a relevância da filiação legítima na original família-modelo do Código Civil brasileiro de 1916, adotou-se uma fórmula para determinar, juridicamente, a identidade do pai já no momento do nascimento. Apresentou-se a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, geralmente referida, de modo abreviado, como *pater is est*, expressando diretamente a autoridade do *pater*, ou seja, o poder do pai em aceitar ou rejeitar o filho segundo seu exclusivo desejo, pois, querendo negar a paternidade, só ele teria legitimidade para propor uma ação que visasse a desconstituí-la.

Tal presunção funciona como modo automático de estabelecimento da filiação, pois quem nasce de mulher casada é tido como filho do marido dessa mesma mulher. A regra romanista chegou à redação do Código de Napoleão, recebendo certo alargamento ao serem reputados legítimos, além dos filhos concebidos e nascidos durante o casamento, também aqueles concebidos antes e nascidos após a celebração da união conjugal, e o Código Civil de 1916, por sua vez, a recepcionou.<sup>16</sup>

O Código Francês acolheu as idéias romanistas tanto em relação ao casamento quanto à atribuição ao marido da autoridade sobre sua esposa e filhos. Assim, consagrou a diferença entre filiação legítima e ilegítima, praticamente impedindo a investigação de paternidade, a fim de “assegurar a paz das famílias”. O Código Civil é fruto das doutrinas individualista e

---

<sup>15</sup> FACHIN, Luiz Edson; LIRA, Ricardo Pereira (coord.). *Elementos Críticos do Direito de Família*: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, ps. 15 e 16.

<sup>16</sup> O Código de 1916, inspirado no Código Francês, trouxe em seu artigo 338 a presunção *pater is est*, ao considerar legítimo o filho nascido 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a

voluntarista que, consagradas pelo Código Napoleônico e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram a legislação brasileira.<sup>17</sup>

Adotado, portanto, o princípio da defesa da instituição matrimonial, que implica, numerosas vezes, em um fechar de olhos à realidade, inspirou duas características marcantes em matéria de filiação: a legitimidade exclusiva do marido para contestar a paternidade do filho tido por sua esposa e anunciação taxativa dos motivos aptos a ensejar tal contestação.<sup>18</sup> Código incorporou a regra *pater is est* sob tais características, induzindo até mesmo que a “mentira jurídica” poderia ser essencial à paz familiar.

A proteção da legitimidade da filiação foi nitidamente severa, com indisfarçável desvantagem aos filhos ilegítimos. Mas a ciência jurídica não dispunha de outras soluções, impondo à sociedade o critério adotado pela lei. Destarte, “A aplicabilidade da presunção decorre da inexistência de outro instrumento que proceda ao automático estabelecimento e que, daí, poderia substituí-la.”<sup>19</sup>

A situação considerada normal na sociedade era a do marido como pai biológico dos filhos da cômjuge, o que explica a tentativa da regra *pater is est* em coincidir a verdade jurídica com a biológica. No entanto, a proibição de reconhecimento jurídico do filho gerado

---

convivência conjugal, e o nascido nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação.

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1992, ps. 32 e 33.

<sup>18</sup> Em seu artigo 339 previu o Código de 1916 que a legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal, só pode ser constada mediante prova da impossibilidade física do marido de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho, ou que a esse tempo estavam os cômjuges legalmente separados.

entre pessoas não comprometidas perante o ordenamento ou por um dos cônjuges com terceira pessoa acarretou um grande número de nascimentos marginalizados, apontando a incapacidade do sistema de corrigir a falta de coincidência entre a paternidade jurídica e a real - biológica. Observa-se uma paternidade presumida, que passou a inclinar-se a outros interesses:

O sistema do Código, ainda que quisesse buscar através da regra *pater is est* a coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica, na ocorrência de dúvida entre a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica a primeira em favor da segunda. Dá, assim, preferência a um critério “nupcialista de paternidade” (segundo o qual é reconhecido como pai aquele que contraiu núpcias com a mãe) e não a um critério “biologista da paternidade”, que atende à verdadeira filiação do ponto de vista biológico.<sup>20</sup>

Afirmava-se que o Código Civil brasileiro era a Constituição do Direito Privado, por representar a garantia legal mais elevada no que tange as suas relações patrimoniais. Assumia o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas e de provedor do “mundo da segurança”. Cumpria sua função no que diz com a filiação, ainda que para isso tivesse que arrancar algumas cidadanias jurídicas para garantir a prosperidade e a estabilidade da família-instituição.

Nesse contexto de preservação familiar, apenas os filhos concebidos por genitores casados foram reconhecidos perante a sociedade. Alegando uma suposta paz familiar, que para a sociedade seria abalada com o público reconhecimento de um adultério ou de relações incestuosas praticadas por seus membros, não se reconhecia aos filhos extranupciais direitos básicos à sobrevivência, relegando-os à execração pública em virtude de um comportamento

---

<sup>19</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 27.

tido como altamente reprovável, praticado por seus pais ao gerá-los, que se convencionou manter segredo. A culpa - ou crime dos pais - foi, então, punida na pessoa dos filhos.

### **1.3 A evolução da família e da filiação sob o aspecto legislativo e a nova posição dos filhos por conta da concepção contemporânea de família**

A era de estabilidade retratada pelo Código Civil entrou em declínio já a partir dos anos 20, reflexo dos movimentos sociais e do processo de industrialização crescentes, aliados à agitação popular decorrente da eclosão da Primeira Grande Guerra, que atingiram profundamente o direito civil europeu e, na sua esteira, a política legislativa brasileira. Surgiu a necessidade de intervenção estatal na economia, o que forçou o legislador a utilizar-se de leis extracodificadas, denominadas excepcionais por revelarem desacordo com princípios dominantes do Código, apesar de não desmenti-lo em sua completude e exclusividade.

A família, como realidade sociológica, apresentou, em sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais. À ciência jurídica coube a regulação das relações patrimoniais privadas, bem como das novas situações surgidas no âmbito do direito de família no interior das castas econômicas que se formavam. Cabe destacar, na metade do século XX, a intensificação das famílias estruturadas independentemente das núpcias ou conduzidas por um único membro, o pai ou a mãe.

---

<sup>20</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 33.



Apresentou-se, também, uma legislação extravagante com características de especialização, formando um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil. Neste cenário, enquanto o Código preocupava-se em garantir a estabilidade das normas, as leis especiais as alteravam sem cerimônia, visando à garantia de objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado, constituindo sua segunda fase interpretação:

Não há dúvida que a aludida relação estabelecida entre o Código Civil e as leis especiais, tanto na fase da excepcionalidade quanto na fase da especialização, constituía uma espécie de monossistema, onde o Código Civil era o grande centro de referência e as demais leis especiais funcionavam como satélites, ao seu redor. Com as modificações aqui relatadas, vislumbrou-se o chamado polissistema, onde gravitariam universos isolados, que normatizariam inteiras matérias a prescindir do Código Civil. Tais universos legislativos foram identificados pela mencionada doutrina como microssistemas, que funcionariam com inteira independência temática, a despeito dos princípios do Código Civil. O Código Civil passaria, portanto, a ter uma função meramente residual, aplicável tão-somente em relação às matérias não reguladas pelas leis especiais.<sup>21</sup>

No tocante à filiação, a Carta Constitucional de 1937, no seu artigo 126, trouxe a equiparação entre os filhos legítimos e os naturais, facilitando a estes o reconhecimento e estendendo-lhes os direitos e deveres que incumbiam aos pais em relação aos legítimos. Revogou, portanto, o artigo 1.605 do Código Civil de 1916, que restringia os direitos sucessórios de filhos naturais que concorressem com legítimos ou legitimados. Já, a Constituição brasileira de 1946 silenciou sobre o tema.

Em 1942, o Decreto-lei 4.737 permitiu o reconhecimento de filhos adulterinos, condicionando-o ao desquite, e a Lei 883 de 1949 estendeu-o à dissolução da sociedade conjugal por qualquer modo. Seguiu-se a Lei 6.515 de 1977, que permitiu a qualquer dos

---

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.d. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, ps. 11 e 12.

cônjuges, durante o matrimônio, reconhecer o filho havido fora desse, por meio de testamento cerrado.<sup>22</sup> Em 1984, a Lei 7.250 possibilitou o reconhecimento extramatrimonial, em ação de investigação, desde que a separação de fato dos cônjuges perdurasse por mais de cinco anos. São algumas disposições legislativas acerca da evolução do tratamento dos filhos ilegítimos.

Essa análise apresenta-nos um direito civil repleto de leis que disciplinam exaustivamente matérias de incidência do Código, extraindo-lhe inteiros setores da atividade privada mediante um conjunto de normas que não se limitou a regular aspectos especiais de certas matérias; disciplinou-as integralmente. Sua estrutura restou profundamente alterada, com inúmeros dispositivos concernentes ao direito de família revogados expressa ou implicitamente, tornando incompleto qualquer conceito que viesse a ser formulado na matéria.

Finalmente, em 1988, o texto constitucional inaugurou uma nova fase para o Código Civil, de valoração e interpretação junto a inúmeros diplomas setoriais, cada qual com aptidão no seu campo de conhecimento, formando a chamada “era de estatutos”. Dessa forma, a Carta Magna reunificou o sistema, como demonstra José Sebastião de Oliveira, através de um rol de princípios constitucionais de Direito de Família que adverte não ser taxativo:

Proteção de todas as espécies de família (art. 226, *caput*); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, *caput*, I, e art. 226, §5º); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 7º); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º); respeito recíproco entre pais e filhos; enquanto menores é dever daqueles assisti-los,

<sup>22</sup> Até 1977, a sociedade conjugal não se desfazia, no Brasil, influência fundada na indissolubilidade do vínculo. O casamento representava um compromisso formal de vida. Com o divórcio unitário (1977, na lei) e o divórcio pleno (1988, na Constituição) a liberdade de casar tem simetria com a liberdade de não permanecer casado perante o Estado.

criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).<sup>23</sup>

A Carta Federal interveio nas relações de direito privado, determinando os critérios de interpretação de cada uma das leis especiais e revelando princípios antes relacionados a temas tratados exclusivamente pelo Código, como a própria organização familiar. Chamou para si o papel de lei fundamental da família, até então ocupado pelo Código de 1916 - que perde definitivamente sua posição de centro das relações de direito privado - e pelas leis esparsas:

O conjunto de princípios e regras que se enquadram no Direito Privado apresentam certas fontes formais. Longe, a base positivada fundamental, até 1988, era o Código Civil brasileiro. Hoje, a Constituição Federal, seus princípios vinculantes como regras básicas do Direito de Família. Perto, a legislação infraconstitucional. Acima das fontes formais em sentido estrito, há princípios: o da igualdade, da não discriminação e da neutralidade. Princípios que não são meros enunciados programáticos.<sup>24</sup>

O primeiro destaque é o art. 226, *caput*, da Constituição que, ao prever que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, compromete-se pela sua integridade. Adota, ao longo de seus parágrafos, a concepção eudemonista, equiparando-a e reconhecendo efeitos jurídicos à união estável entre homem e mulher (§ 3º) e ao grupo monoparental, em que vive apenas um dos genitores e descendentes, filhos ou netos (§ 4º). Constitui “uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito”<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 273.

<sup>24</sup> FACHIN, Luiz Edson; LIRA, Ricardo Pereira (coord.). *Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 47.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 80.

Com isso, a Carta Magna estendeu o alcance do conceito de direito de família, construído com supedâneo no Código de 1916, que passa a abranger novos personagens, até então desamparados perante o ordenamento jurídico. Submete-se a entidade familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais e recebe uma proteção funcionalizada direcionada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes.

É precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa humana por nossa Constituição, que se poderá admitir, também entre nós e apesar da omissão do constituinte neste particular, a consagração - ainda que de modo implícito - de um direito de livre desenvolvimento da personalidade.<sup>26</sup>

Foi o que fez, ao estabelecer em seu artigo 227, § 6º, 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”. Concebeu um novo direito fundamental que, em que pese esteja fora do catálogo, enquadra-se na definição por revelar nítida preocupação com a proteção da dignidade humana, tal como ocorreu com a infância e a igualdade entre os cônjuges. Derrogou, ainda que não expressamente, todos os dispositivos do sistema jurídico que fizessem distinções, pondo fim à problemática referente à filiação:

Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições de motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.<sup>27</sup>

Até o advento da Carta Magna a filiação era subdividida, do ponto de vista jurídico, em diversas espécies, entretanto, “Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para

---

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., ps. 88 e 89.

<sup>27</sup> Ibid, p. 89.

o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição.”<sup>28</sup> Portanto, atualmente, não mais se permite sequer a pronúncia de expressões como ilegítimo, adulterino, espúrio, incestuoso, como leciona Sérgio Gischkow Pereira:

O art. 227, § 6º, da Constituição Federal é magnífico pelo que representa de avanço no Direito de Família pátrio. Quebra uma das mais deploráveis hipocrisias naquele ramo do Direito, de efeitos perniciosíssimos, consistente em “punir” os filhos ilegítimos por eventos no tocante aos quais não têm eles qualquer responsabilidade!<sup>29</sup>

A filiação foi um dos pontos mais alterados pelo texto constitucional, pois a eliminação da ligação entre casamento e legitimidade da família resultou no fim das antigas categorias de filhos. No que tange à evolução da família, a Constituição promulgou o princípio da isonomia, ao proclamar que marido e mulher são iguais em direitos e obrigações, consagrou o modelo eudemonista e, na sua esteira, a igualdade da filiação:

(...) a liberalidade dos costumes, ao menos nas sociedades de países ocidentais, fez com que o conceito de família fosse sendo gradativamente ampliado, para alcançar praticamente todos os tipos de uniões englobadas nas chamadas “entidades familiares”. Destarte, foi completa a ruptura operada com relação aos antigos dogmas em que se assentavam esses clássicos institutos do direito de família, o que contribuiu decisivamente para que a igualdade entre os filhos oriundos ou não de justas núpcias fosse plenamente aceita pela sociedade.<sup>30</sup>

Ao igualar os efeitos jurídicos de todas as situações catalogadas como família, a Carta Magna resguardou os direitos dos filhos como crianças e como integrantes do grupo familiar. Com esse escopo, não só permitiu o reconhecimento da paternidade qualquer que seja o estado civil do declarante, bem como pôs fim a qualquer dúvida que persistisse a respeito dos

<sup>28</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 13.

<sup>29</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas Questões de Direito de Família na Nova Constituição. A Igualdade na Filiação, Inclusive para Adotados. *Revista AJURIS*, n. 45, v. 16, p. 150, mar. 1989.

<sup>30</sup> BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de Filiação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 78.

direitos dos filhos incestuosos ou adotivos, equiparados nessa nova realidade relatada por Fachin:

Marido e mulher, mesmos direitos e deveres. Filhos tidos dentro do casamento, mesmos direitos e deveres que os tidos fora do casamento. Assim opera a Constituição de 1988. Tendência de “constitucionalização” do Direito de Família, fruto recente. A Constituição de 1824 tratava somente da família imperial, e proclamada a República, a Constituição trazia um dispositivo sobre a matéria, tentando operar uma separação entre o poder da Igreja e o poder do Estado, e até a Constituição Federal de 1988, a lei fundamental da família era o Código Civil brasileiro. Em 1988, há uma guinada fundamental, a legislação infraconstitucional acaba sendo recolhida, no plano dos princípios básicos, pelo capítulo da família na Constituição Federal. Na incompatibilidade, não há recepção por inconstitucionalidade superveniente.<sup>31</sup>

Em 1990, a Lei 8.069 promulgou o Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplina os interesses da criança. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, fundamento do nosso Estado democrático de Direito, elevado a *status* constitucional, é concretizado pelo Estatuto quando destaca a proteção à família natural, entendida como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” e consagra a igualdade da filiação, bem como o direito de seu reconhecimento, disposto em seus artigos 26 e 27.<sup>32</sup>

Às três espécies familiares equiparadas pelo texto constitucional para fins de proteção estatal - família legítima, criada pelo casamento; união estável, decorrente da união de um homem com uma mulher ausente o vínculo matrimonial; e família natural, ou comunidade familiar, formada por ambos os genitores ou apenas um deles e seus descendentes – uniu-se outra, introduzida no sistema jurídico pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: a família

---

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson; LIRA, Ricardo Pereira (coord.). *Elementos Críticos do Direito de Família*: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, ps. 35-37.

substitutiva, na qual a criança é colocada, na falta ou em lugar daquela em que nasceu, para receber melhores condições de vida, e na qual assume integralmente o papel de filho.

Em janeiro de 2003, entrou em vigor o Novo Código Civil. Dentre suas maiores mudanças, está a do Direito de Família, consequência da nova feição dada à disciplina pela Constituição Federal de 1988. Neste diapasão, o capítulo relativo à filiação, já em seu primeiro artigo, declara a impossibilidade de distinção entre espécies de filhos, proibindo designações discriminatórias, tudo de acordo com o art. 227, § 6º da Carta Magna. A expressão legitimidade, utilizada pelo antigo Código, foi substituída por paternidade.

O artigo 1.597, na frase “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos”, traz a presunção de paternidade. Os filhos nascidos fora do casamento ainda necessitam de reconhecimento porque não há como presumir legalmente sua paternidade. Somente via reconhecimento voluntário ou por sentença judicial essa pode ser estabelecida, enquanto a de filho havido do casamento sofre a incidência da presunção *pater is est*. Ensina Venosa que "Apesar da igualdade estabelecida em lei, os filhos havidos fora do casamento não gozam da presunção de paternidade outorgada aos filhos de pais casados entre si"<sup>33</sup>.

Ainda que tenha cessado a discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, ao serem compreendidos no amplo conceito de família, mantém-se distintas as relações matrimonializadas das não matrimonializadas, e seus respectivos filhos, sem que disso resulte ofensa ao princípio da igualdade, eis que provém de diferentes realidades sociológicas. Como

---

<sup>32</sup> O Estatuto da Criança e do Adolescente traz o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser reconhecido contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

<sup>33</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3.ed. São Paulo : Atlas, p. 289, 2003. v. 6.

a Constituição manteve o casamento como fonte da família, segue o exame da presunção *pater is est* como resíduo diferenciador entre os filhos provenientes do casamento e os não provenientes. A proibição de distinção não elide as diferenças que continuam a existir:

(...) a opção da unidade da filiação, tendo por base o princípio da igualdade entre os filhos nascidos fora do casamento e os filhos nascidos dentro do casamento, não fez desaparecer a distinção existente entre filhos legítimos e ilegítimos, como resultante necessário, natural e automático do casamento (...) presente em todas as legislações. Então o que a Constituição não permite é o tratamento discriminatório.<sup>34</sup>

O Capítulo que tratava do reconhecimento dos filhos ilegítimos, no Código de 1916, passou a ser denominado, no de 2002, “Do Reconhecimento dos Filhos”, posto que não persistem razões para a denominação ilegítimo, abolida do nosso direito. O filho havido fora

das núpcias pode ser reconhecido, no ato do casamento, pelos pais, desde que ambos se manifestem. Reconhecido por apenas um deles, o outro poderá fazê-lo, posteriormente, por escritura pública ou testamento. O reconhecimento da verdadeira identidade impõe-se como direito declarado pela unidade da filiação:

Parece-nos que, hoje, não se pode mais estabelecer, em matéria de reconhecimento, hipóteses taxativas. Simplesmente deve caber o direito ao reconhecimento do filho. Ao nosso ver, mesmo o filho da prostituta tem direito a reconhecimento e exames laboratoriais existem para comprovar a paternidade. Se a regra é constitucional não pode o legislador ordinário estabelecer limitações. O novo Código, no entanto, não contém dispositivo expresso sobre o direito do filho ao seu reconhecimento, o que, no entanto, parece mesmo desnecessário: o filho tem o direito de postular contra o genitor o seu reconhecimento. E basta.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, ps. 21 e 22.

<sup>35</sup> FELIPE, J. Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. *O Novo Código Civil Anotado*. Colaborador: João Bosco Cascardo de Gouvêa. Rio de Janeiro : Forense, 2002, ps. 292 e 314-318.



A desconformidade da paternidade jurídica estabelecida pelo Código de 1916 com a real, até então considerada a do ponto de vista biológico, levou à reflexão do que seria a verdadeira paternidade, atentando para a realidade afetiva que liga um filho a um pai. A presunção de paternidade, antes atrelada à defesa da família calcada no casamento, à proteção da legitimidade da filiação e à intenção de manter a autoridade do marido, abre as portas para alterações axiológicas do meio, que levam à busca do verdadeiro sentido da filiação.

Surge, então, o aspecto sócioafetivo do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que integram a tríade pai-mãe-filho. Essa observação revela que o afeto, aspecto aparentemente mais incerto, apesar de um ente abstrato, em muitos casos é o mais apto a revelar quem são os pais, pois “A verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético.”<sup>36</sup>

O artigo 1.597, nos incisos III, IV e V do novo Código, cuida da presunção de paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, concepção artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga, o que constitui inovação em face ao direito anterior que, naturalmente, não previa tais situações. A tecnologia derrubou a supremacia da verdade jurídica como forma de estabelecimento da paternidade, permitindo que os verdadeiros genitores sejam revelados através de um laudo de DNA que estabelece, com precisão quase absoluta, a origem genética de uma pessoa.

Caiu por terra a plenitude do sistema legal que provocou a exclusão da filiação dita ilegítima para apresentar, então, três verdades que podem ser destacadas na busca da real

filiação: as verdades jurídica, biológica e sócioafetiva. Há que se ressaltar que a segunda cede espaço, gradativamente, à terceira, permitindo a identificação da figura paterna através do amor, desvelo e serviço com que se entrega ao seu filho. Produto do meio, “A alteração de valores sentida na sociedade não mais tolera o estabelecimento de filiações fictas, com base na verdade jurídica afastada da verdade biológica e sócioafetiva.”<sup>37</sup>

A concepção eudemonista traduz a verdade sócioafetiva, consistente na própria valoração do sujeito. A alteração da percepção jurídica de família trazida pela Constituição e

acompanhada pelos diplomas que se seguiram, impõe a construção de um novo sistema de filiação. Essa inovação de alvo objeto de proteção deve ser considerada, por ser dever da ciência jurídica progredir concomitantemente ao ser humano. Por fim, resta afirmar que o afeto deve ser apreciado por tomar lugar de destaque no reconhecimento das relações paterno-filiais, tornando a família instrumento de realização de quem a compõe.

---

<sup>36</sup> CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luis Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 304.

<sup>37</sup> FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida. *Revista AJURIS*, v. 20, n. 57, p. 289-290, mar. 1993.



## **2 O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**

### **2.1 Elementos materiais para o reconhecimento do caráter sócioafetivo da paternidade**

A filiação jurídica, derivada da ficção que visava garantir o que a doutrina jurídica conservadora denominava de paz das famílias legítimas, eliminava a incerteza acerca da paternidade do marido em relação aos filhos havidos de sua esposa com o escopo de manter a moral imposta na sociedade do início do século, visto que, na época, a ciência não era capaz de determinar a ascendência genética. Sob a justificativa de regulamentar a ordem social, a lei formalizou os vínculos afetivos, prejudicando a vida dos filhos havidos fora do casamento, posto que estes não podiam buscar o reconhecimento de sua própria identidade.

Nos dias atuais, os progressos científicos no âmbito da genética permitem maior transparência nas relações de filiação, possibilitando a identificação consangüínea do genitor e atribuindo-lhe a responsabilidade da paternidade. Dessa forma, busca-se amparar as pretensões de declaração da paternidade na justiça brasileira atual. Como garantia, a Constituição Federal ordena um tratamento igualitário a qualquer tipo de filiação, assegurando

o direito, a toda criança, de conhecer suas origens, sua identidade biológica e civil e seus parentes consangüíneos.

A atividade probatória que se realizava nos processos desencadeados pelas ações de estado, até há bem pouco tempo, resumia-se a indícios, oitiva de testemunhas e exames de sangue, nem sempre confiáveis. O DNA trouxe um elevado grau de cientificidade ao juízo probatório. Aquilo que, antes, se julgava com base em aparências, passou a ser diagnosticado e solucionado com pequena margem de erro.<sup>38</sup>

A ciência desvendou os segredos da genética e da hereditariedade, possibilitando determinar-se esses vínculos de filiação sob o aspecto biológico. No entanto, se com o DNA a paternidade é reconhecida sem que restem dúvidas, há que se indagar a respeito dos efeitos decorrentes desta. Por assim dizer, não é suficiente a simples descoberta da verdadeira paternidade; torna-se necessário saber como operá-la, em razão das conseqüências que podem surgir para as partes envolvidas advindas desta situação.

Destarte, reconhece-se a aptidão da ciência de identificar a origem genética dos indivíduos, o que, infelizmente, não assegura a construção de laços sólidos de solidariedade e responsabilidade, caracterizadores da relação entre pai e filho. A filiação estabelecida por esta via, por vezes, não significará nada mais do que a menção, na certidão de nascimento, da paternidade, e a conseqüente possibilidade de reivindicação de direitos patrimoniais. “Ora, não se pode negar que o vínculo relacional entre pai e filho não se cria através de um documento, é preciso querer ser pai ou ser mãe e, de parte da criança, é necessário se sentir como filho”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> CAMBI, Eduardo. O Paradoxo da Verdade Biológica e Sócio-Afetiva na Ação Negatória de Paternidade, Surgido com o Exame do DNA, na Hipótese de “Adoção à Brasileira”. *Jornal Síntese*, Porto Alegre, v. 59, p. 19, jan. 2002.

<sup>39</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito de Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre : Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, p. 194, jun. 2000.

Ao tratar esta questão, agora na modernidade, é mais importante captar a função da família na formação da personalidade dos seus membros. Assim, nota-se a importância do afeto, preponderando à simples contingência dada pela biologia. Pertinente a observação de Madaleno feita antes da entrada em vigor do Novo Código e que hoje confirma-se:

A Carta Política de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade socioafetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição e, para esses caracteres a Constituição e a gênese do futuro Código Civil nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protegem a filiação por afeto, realmente não exercem a completa igualização.<sup>40</sup>

Em que pese não haja referência explícita, é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, no Capítulo VII, traduz sua ampla preocupação com a valorização do afeto como objeto fundamental dos núcleos de convivência interpessoal, estimulando a mútua assistência no parentesco e na conjugalidade, pois,

(...) suporte emocional do indivíduo através da ambiência familiar não se exterioriza mais, nos dias que correm, apenas na tutela formal dos integrantes aglutinados, posto exigir doravante a afirmação da importância jurídica do afeto como expressão da dignidade da pessoa humana.<sup>41</sup>

Para tanto, nestes tempos de busca de maior autenticidade das relações, toma forma a noção de filiação através do afeto, efetiva posse do estado de filho, denominada filiação

---

<sup>40</sup> MADALENO, Rolf Hanssen. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p. 41.

<sup>41</sup> OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Relacionamento Interfamiliar. Interfaces e Conexões do Direito de Família. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte : IBDFAM, n. 8, p. 32, maio 2002.

sociológica. Deve-se definir esses novos contornos para compreender melhor esta seara que começa a nortear as relações entre pais e filhos:

(...) a paternidade tem um significado mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, uma paternidade que vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em interação paterno-filial, formando verdadeiros laços de afeto que nem sempre estão presentes na filiação biológica, até porque, a paternidade real não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento que vão sendo cultivados durante a convivência com a criança.<sup>42</sup>

Conclui-se a possibilidade de existência de uma paternidade jurídica sem a biológica, mas revelando-se a sócioafetiva; de uma paternidade biológica sem que exista a jurídica e a sócioafetiva. Pode-se, ainda, encontrar a paternidade sócioafetiva, sem a presença de nenhuma das outras. A falta de coincidência entre esses três pilares pode gerar complexidade.

Neste momento, torna-se pertinente a análise do caso de uma mulher casada, apta à gestação, cujo marido é estéril. Com o consentimento deste, vem a ser fecundada com o sêmen de terceiro identificável. Posteriormente, separam-se de fato, passando a ex-cônjuge a viver em união estável com outro homem, o qual defere à criança tratamento de filho. Incidente a presunção *pater is est*, o pai do filho será o marido, pai jurídico. O pai biológico é o doador de sêmen e, de acordo com a verdade sócioafetiva da relação, pai será aquele que tem uma relação paterno-filial calcada na posse de estado de filho, portanto, seu companheiro.

A dúvida reside na prevalência da consangüinidade, da afetividade ou da definição legal. Em uma análise constitucional das três verdades da filiação, deduz-se que “Modernamente, diante das reformas do Direito de Família, não mais se admite o

---

<sup>42</sup> MADALENO, Rolf Hanssen. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p. 40.

estabelecimento da filiação legal, denominada ficção jurídica ou ficta, restando apenas a verdade genética e a socioafetiva<sup>43</sup>.

Amor, dedicação e assistência são elementos tão importantes na identificação da real paternidade quanto um sobrenome proveniente de uma relação consangüínea, revelando esses três fatores uma relação psicoafetiva<sup>44</sup>. Denota-se proporcional o crescimento da dimensão da posse do estado de filho à inviabilidade de absorção total da verdadeira filiação pela premissa biológica, eis que a desbiologização da paternidade encontra respaldo exatamente no fortalecimento dessa noção:

Devido à constitucionalização, no Direito de Família contemporâneo, vive-se um momento em que há duas vozes soando alto: a voz do sangue (DNA) e a voz do coração (AFETO). Isto demonstra a existência de vários modelos de paternidade, não significando, contudo, a admissão de mais um modelo deste elo a exclusão de que a paternidade seja, antes de tudo, biológica. No entanto, o elo que une pais e filhos é, acima de tudo, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o do elo biológico.<sup>45</sup>

A Carta Magna redefiniu a noção de família com base em valores que consagram a paternidade sócioafetiva. Por conseqüência, se faz necessária a substituição dos fundamentos axiológicos rigidamente normativos, que até há pouco norteavam o Direito de Família, por critérios interpretativos humanizados. Nessa linha, destaca-se a família nuclear, que se distingue de todos os outros padrões familiares pelo seu peculiar sentido de solidariedade que une os membros da unidade doméstica pela espontânea vontade:

O afeto e a família são dois conceitos com características muito parecidas e se encontram intimamente ligados. Ambos são comumente referidos como

<sup>43</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Investigação de Paternidade Sócioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre : Síntese/ IBDFAM, v. 6, p. 51, jul./ago./set., 2000.

<sup>44</sup> BOEIRA, Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho. Paternidade SócioAfetiva*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 53.

<sup>45</sup> ALMEIDA, Maria Christina. A Paternidade Sócioafetiva e a Formação da Personalidade. O Estado e os Estados de Filiação. *Revista Jurídica*, Belo Horizonte/IBDFAM, n. 8, p. 24, maio 2002. (Número especial).



dados, como fatos, embora sejam abstrações de difícil determinação. Ambos estão presentes em todos os momentos de nossa vida, e, especificamente com relação ao afeto, é preciso lembrar que não diz respeito apenas àquilo que denominamos de “amor”, mas, sim, a todos os sentimentos que nos unem.<sup>46</sup>

A nova ordem constitucional elevou valores ao ápice do ordenamento jurídico, que vieram a determinar três premissas a caracterizar a matéria da filiação: a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros; a despatrimonialização das relações entre pais e filhos, que passaram a ser subordinadas a outros valores, sobretudo ao fundamento da dignidade da pessoa humana, e a desvinculação entre os relacionamentos dos genitores e a proteção conferida aos filhos. Estes fatores implicam na “repersonalização” das relações de família e objetivam a realização sentimental da pessoa no grupo familiar:

Aliás, o afeto é a matéria-prima fundamental nas relações de filiação, de intensidade variável, contudo constante, oxigênio e sobrevida que responde pela adequada formação moral e psíquica dos filhos que são postos neste agitado mundo dos adultos, pessoas que, por vezes, de adultos nada demonstram, senão uma constante distorção na forma como educam e usam sua prole, comprometendo sua natureza humana, fragilizando sua estrutura moral, vilipendiando as relações parentais da prole com seus pais não guardiães, com ingerências ilícitas e movidas apenas por suas mesquinhas deficiências e carências pessoais.<sup>47</sup>

A Constituição Federal de 1988 e as Leis nº 8.069/90 e 8.560/92 canonizaram a paternidade biológica, pelo que o filho, a qualquer tempo, pode investigar a paternidade contra o pai genético. Já dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição”.

---

<sup>46</sup> BRUNO, Denise Duarte. Família SócioAfetiva. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, n. 8, p. 27, maio 2002. (Número especial).

<sup>47</sup> MADALENO, Rolf Hanssen. A Multa Afetiva. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, n. 8, p. 33, 2002. (Número especial).

A Carta Federal proíbe qualquer discriminação entre filhos, não afastando, à toda evidência, o filho de direito ou de fato. Determina o cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, elevados à categoria de fundamento da República - art. 1º, incisos II e III - e do princípio da prevalência dos interesses do menor, concretizados no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, quando dispõe:

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

Neste diapasão, quando se prioriza os interesses do menor e rompe-se com as definições biológicas e formais de família, concebe-se esta como uma comunidade de afeto. A abstração destes termos conduz à busca de elementos identificáveis nas práticas dos grupos sociais, que permitam o reconhecimento de relacionamentos que possam ser nomeados de “família sócioafetiva”. Estes exteriorizam-se na posse de estado de filho, pois “Não há modo mais expressivo de reconhecimento do que um pai tratar o seu filho como tal, publicamente, dando-lhe proteção e afeto, e sendo o filho assim reputado pelos que, com ele, convivem.”<sup>48</sup>

Toda a pessoa tem atributos que determinam sua individualidade na sociedade. Essas qualidades compõem o estado da pessoa e são consideradas pela lei, que atribui-lhe determinados efeitos jurídicos, constituindo “a posição jurídica da qual decorre um conjunto de direitos e obrigações”<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> BOEIRA, Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho. Paternidade SócioAfetiva*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 54 e 55.

<sup>49</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 3.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978, p. 347.

O *status* de filho pode ser revelado pela posse de estado. Cabe destacar que o estado de filho é irrenunciável, imprescritível e não admite transação - impossível nas ações declaratórias por serem exclusivas do direito público. Uma vez declarado o estado de filiação jurídica, suas conseqüências são o nome e a indivisibilidade, posto que tal declaração torna-se *erga omnes* por integrar a personalidade jurídica e definir sua classificação social.

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

Pode-se indagar a respeito de qual argumento que, sendo legítimo, poderia justificar não considerar-se como pai aquele homem que ama, que educa, alimenta e protege uma criança, fazendo transparecer a todos que é o pai, tendo em vista que assume pacificamente a função de genitor.<sup>50</sup>

A paternidade sócioafetiva caracteriza-se pela reunião de três elementos clássicos, a saber: a utilização pela pessoa do nome daquele que considera pai, o que faz supor a existência do laço de filiação; o tratamento, que corresponde ao comportamento, como atos que expressem a vontade de tratar como faria um pai, e a fama, que constitui a imagem social, ou seja, fatos exteriores que revelam uma relação de paternidade com notoriedade - a pessoa aparenta à sociedade ser filho do pretendido pai. Essas circunstâncias, reveladas pela convivência, constituem os elementos do que se denominou posse de estado de filho.

---

<sup>50</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito de Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre : Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, p. 204, jun. 2000.

O fato de o filho nunca ter usado o nome do pai não descaracteriza a posse de estado, se concorrerem os demais elementos citados. Cabe esclarecer que não há hierarquia entre eles, pois ainda se consideram outras qualidades que devem revestir a aparência de filho. Busca-se a publicidade, a continuidade e a ausência de equívoco na relação entre pai e filho. Ainda que não seja imprescindível o fator nome, posto que outros elementos também revelam a base da paternidade, o chamamento sim, pois “Difícilmente se encontrará expressão mais eloqüente de tratamento do que o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai”.<sup>51</sup>

A notoriedade se manifesta na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social, devendo esse fato ser contínuo e apresentar uma certa duração que revele estabilidade. Assim, o tempo surge como fator determinante da posse de estado de filho, trazendo a idéia de continuidade. A jurisprudência tem acrescentado a ausência de equívoco e vícios, como a troca de filhos na maternidade e até mesmo o seqüestro de uma criança para fins de adoção.

Há, pois, um estado, senão de continuidade, pelo menos de constância. A constância na posse de estado não é somente a permanência: é, antes de tudo, o seu caráter notório e incontestável. Ora, a continuidade entendida como a coerência dos fatos constitutivos da posse e ausência de contradição entre eles, aparece, sem dúvida, como uma condição da constância assim definida.<sup>52</sup>

A publicidade normalmente reflete-se na convicção da paternidade pela opinião pública, “Por isso, na ‘posse de estado’, sempre haverá de coincidir a verdade exterior

---

<sup>51</sup> PEREIRA, Coelho. *Filiação*. Coimbra : Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1978, p. 118 (mimeo), apud LOSEKANN, Luciano André. Paternidade: Elo Biológico ou Afetivo? *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 27, n. 83, p. 253, set. 2001.

<sup>52</sup> BOEIRA, Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho. Paternidade Sócioafetiva*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 78.

(objetiva), ditada pela realidade dos fatos, com a verdade interior (subjéitiva), produto do sentimento, refletido pela relação paterno-filial”.<sup>53</sup>

A publicidade pode vir a ser a mais determinante das provas de existência de um liame de filiação. Nesse caso, ela exprime a realidade, revelando uma situação que enseja proteção. Tal importância pode elevar esse elemento até mesmo a pressuposto de análise de uma ação de investigação de paternidade, pois “se o investigador é tratado como filho do suposto pai e nessa reputação vive, motivo não há para não incluir esse fato entre os fundamentos da ação investigatória.”<sup>54</sup>

Embora não haja menção expressa em lei à “posse de estado de filho”, já no Código Civil de 1916, o artigo 349 trouxe em seu inciso II uma hipótese interessante quando previu a utilização de qualquer meio de prova em direito admitida para provar a filiação legítima, desde que subordinada à existência de veementes presunções resultantes de fatos já certos. Assim, a doutrina procura enquadrá-la como um fato, considerando-a implicitamente integrada ao sistema jurídico através desse dispositivo que serviu como bússola na determinação da verdadeira paternidade, biológica, num primeiro instante, e sóciofativa, na atualidade.

Lamenta-se, entretanto, que o legislador brasileiro não contemple, expressamente, a posse de estado como suporte fático para construir a filiação quando a inexistência ou insuficiência de título se fazem presentes. Mas caberá ao aplicador do direito acolher esta realidade, para, com base na jurisprudência, construir o caminho que levará à normatização com integração plena e expressa da Posse de Estado dentro do nosso sistema jurídico.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> BOEIRA, Bernardo Ramos. op. cit., p. 83.

<sup>54</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p. 335.

<sup>55</sup> BOEIRA, Bernardo Ramos. op. cit., p. 70.

Do exposto, afirma-se possível considerar a posse de estado de filho como causa suficiente para demandar o reconhecimento da filiação e, por conseguinte, a declaração da paternidade, posto que somente esta é capaz de garantir a verdadeira estabilidade de alguém perante a sociedade. O relacionamento diário o reconhece como filho e a base emocional construída assegura-lhe um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano, preponderando essa noção como referencial na determinação de uma paternidade responsável.

## **2.2 A proteção integral da família e a proteção dos menores**

A Constituição Federal de 1988 trouxe a noção de Estado Social de Direito, buscando a realização dos direitos fundamentais no plano material. Alguns destes estão localizados fora do seu Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. É o que ocorre com o direito de proteção integral à família, que, em que pese fora do rol, é considerado fundamental dada a relevante importância que exerce no desenvolvimento da sociedade neste momento histórico, e sua característica de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, própria dos direitos fundamentais.

Destarte, a Carta Magna, em seu art. 226, garante especial proteção do Estado à família, elevando-a à base da sociedade. A constitucionalização das relações familiares trouxe a repersonalização do Direito de Família, e, agora, dadas relações são intersubjetivas, e não mais individuais, objetivando a realização do indivíduo. Portanto, para a concretização desse direito fundamental deve ser considerada família seja a união legalizada pelo casamento ou aquela sedimentada por duradouro tempo de convivência - união estável, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes - família monoparental. Constitucionalmente, todas são

merecedoras de proteção do Estado Social democrático de Direito como núcleo familiar, assim entendido o agrupamento de pessoas envolvidas por laços de sangue, vínculos afetivos e comunhão de interesses.

Já, no art. 227, a Carta Federal busca a eficácia máxima de outros direitos fundamentais fora do rol, os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, proclamando a Doutrina da Proteção Integral. Para isso, é acompanhada na sua concretização pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que organizou toda a matéria relativa à proteção da infância e da adolescência, tratou o direito ao estabelecimento da filiação, enfatizando a igualdade entre os filhos e a necessidade de garantir-se o interesse da criança.

O Estatuto reproduz o dispositivo constitucional, desmembrando-o nos artigos 3º, 4º e 5º, em que ficam evidentes as Garantias de Direitos da população infanto-juvenil. Assim, garante-lhes o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana com prioridade absoluta, impondo a primazia para as políticas sociais públicas como dever da família, da sociedade civil e do Poder Público. Isto deve-se às crianças e adolescentes possuírem características específicas devido a sua peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Em seu artigo 15, ao prever que criança e adolescente são titulares de “direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento” traz a trilogia da proteção integral. “A trilogia liberdade-respeito-dignidade é o cerne da Doutrina da Proteção Integral, espírito e meta do Estatuto, e nesses três elementos cabe à dignidade a primazia, por ser o coroamento da construção ética estatutária.”<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> RIVERA, Deodato. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo : Malheiros, 1992, p. 8, apud PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma Proposta Interdisciplinar*. Rio de

Dentre os Direitos Fundamentais reproduzidos pelo Estatuto, em seu artigo 19 dispôs que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família”, procurando ressaltar a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta, valorizando esta convivência quer na família natural, quer na substituta.

Buscando a concretização do Direito Fundamental à convivência familiar, o Estado garante a proteção à família sob suas diversas formas de constituição e ampara a figura da substitutiva finalizando ao bem-estar da infanto-juventude. A proteção integral da família apresenta-se como um meio de alcance e garantia da Doutrina da Proteção Integral dos menores.

No sistema codificado os filhos do matrimônio desfrutavam de uma situação privilegiada, pois a presunção de paternidade permitia determinar a identidade do pai, desde o nascimento, gerando assim os direitos de filho e os deveres de pai que consistiam num complexo de obrigações de sustento, educação, atribuição do nome e exercício pleno do pátrio poder.

Na contemporaneidade, somos levados a constatar que família não é apenas um conjunto de pessoas em que uma parceria entre os cônjuges como pais biológicos esteja configurada, mas uma relação de valorização entre seus membros, pois “Não é um



espermatozóide que define o que é um pai e nem o fato de uma mãe gestar um filho em seu ventre que garante a maternidade. Também não veremos brotar da letra fria da lei, um pai, uma mãe, ou uma família para um filho.”<sup>57</sup> Os deveres de pai, portanto, no ideal de família nuclear, decorrem de vontade e não de uma ficção posta pela lei:

A Constituição Federal de 1988 representou importante marco na trajetória do Direito Civil pátrio, provocando um verdadeiro abalo estrutural do sistema jurídico, estabelecendo uma nova ordem, promovendo a determinada “constitucionalização do Direito Civil”, trazendo profundas mudanças em especial ao Direito de Família. A Constituição lançou dois princípios estruturais daquilo que se denomina de “nova filiação”: o primeiro, da plena igualdade entre os filhos (insculpido no art 227, § 6º); e o segundo - que é o que mais interessa no caso em comento - consiste na adoção pela Constituição Federal da *doutrina da proteção integral da criança e do adolescente* (art. 227 da CF), os quais passam a ter reconhecidos e garantidos direitos próprios a sua condição de *peças em desenvolvimento*.<sup>58</sup>

Reflexo imediato da proteção apontada é a admissão da denominada paternidade sócioafetiva, porque o afeto é o único em muitos casos capaz de permitir a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial da criança. “Há muito, a sabedoria popular já reconheceu tal vínculo: “pai é quem cria, dá o pão, amor e ensino.”<sup>59</sup> O Direito de Família reconheceu esse fato social através da Doutrina da Proteção Integral, pela qual o melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que procriou ou deu à luz, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo, outrossim, o vínculo biológico pelo afetivo.

Desta forma, uma criança poderá encontrar sua família em seus pais, numa babá, em avós, tios, vizinhos, professores e inclusive na rua, desde que lá, estabeleça uma relação de filiação. O ato de adoção não é um ato garantido

<sup>57</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. *Sobre o Interesse Maior da Criança para Além da Biologia: a Família*. 28 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>> Acesso em: 03.set.2002.

<sup>58</sup> Juiz prolator: Carlos Frederico Finger. A/Z. Comarca de Santa Bárbara do Sul. Processo nº 3.910 - Ação de investigação de paternidade. *Revista de Sentença*, Porto Alegre : Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 1, n. 4, p. 55, dez. 2000.

<sup>59</sup> Juiz prolator: Carlos Frederico Finger. A/Z. Comarca de Santa Bárbara do Sul. Processo nº 3.910 - Ação de investigação de paternidade. *Revista de Sentença*, Porto Alegre : Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 1, n. 4, ps. 55-56 dez. 2000.

pela burocracia, leis, genética ou biologia. A adoção é um ato de amor e responsabilidade. É um encontro, um acontecimento, produzido pelo dom e não há lei que garanta o dom do amor.<sup>60</sup>

Desde sempre um dos momentos mais importantes na vida de um ser humano é aquele em que o homem e a mulher tornam-se pai e mãe. Para tanto é necessário maturidade psicológica, visto que inicia-se uma nova etapa em suas vidas de responsabilidade pelo destino do novo ser, devendo zelarem pela sua formação frente à própria família e à sociedade. Entretanto, os casos de paternidade biológica não desejada e outros que revelam-se um total fracasso sob a ótica humana, mostram que os pais nem sempre estão preparados. Deparando-se o Direito com esses casos, passa a creditar uma estrutura familiar para além da biologia.

De fato, nem sempre aquele que gera se interessa por sua descendência e, há de aceitar-se que muitos pais e mães genéticos, prefeririam que seu filho não tivesse sido gerado, e podem passar uma atitude de negação de existência do filho, ao completo desprezo pelo seu destino.<sup>61</sup>

Infelizmente, à época de uma legislação abolicionista de preconceitos, desigualdades e discriminações, ainda sim vicejam os conflitos e proliferam os dissídios entre homem e mulher e pais e filhos, exteriorizando-se na violência doméstica, no abandono material, na ruptura de compromissos e na incessante necessidade de intervenção judicial para a minimização dos confrontos, o que lamentavelmente é determinante na formação moral da criança, pois no futuro “não há muito jeito de se desvencilhar da ordem simbólica que a precedeu, ordenação marcada pela relação de seus pais”<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. *Sobre o interesse maior da criança para além da biologia: a família*. 28 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>> Acesso em: 03.set.2002.

<sup>61</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito de Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre : Associação dos juizes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, p. 202, jun. 2000.

<sup>62</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. Paternidade. Do Direito do Pai: sobre a Paternidade no Ordenamento Jurídico. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre : Síntese/IBDFAM, v. 6, p. 21, jul./ago./set. 2000.

Por isso, torna-se necessário que os operadores do Direito de Família compreendam a dimensão constitucional atribuída a este ramo, buscando interpretá-lo à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e, ainda, das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre buscando a melhor solução para a criança, resguardando seus direitos e respeitando suas peculiaridades, justamente, porque a criança encontra-se em fase de desenvolvimento de suas potencialidades, merecendo, desse modo, proteção e assistência especiais.

O Direito de Família codificado e mesmo em face de crescente constitucionalização deve considerar, portanto, na sua aplicação, os intensos paradoxismos das turbacões emocionais do indivíduo, incorporando elementos que permitam um maior conhecimento do psiquismo, em prol da efetividade dos objetivos de solidariedade, reciprocidade e comunhão reverenciados na legislação.<sup>63</sup>

É inquestionável a relevância do papel familiar no processo de estruturação psíquica da criança. Criar condições para que, em seu processo de constituição enquanto sujeito, esteja enquadrada em uma estrutura familiar é garantir seu interesse maior. A família é um lugar de amparo primeiro do ser humano quando depara-se com questões da vida e, ainda que insuficiente para apagar uma possível decepção por que venha a passar, é necessário a sua recuperação e formação moral para, quando adulto, encarar a vida.

É deste corpo familiar, transcrito na memória que não podemos prescindir. A infância é o tempo privilegiado dessa inscrição, pois é neste tempo que a criança receberá, do seu jeito as marcas em sua subjetividade daquilo que em cada caso nomeará como... “a minha família.”<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Relacionamento Interfamiliar. Interfaces e Conexões do Direito de Família. *Del Rey Revista Jurídica*, Belo Horizonte : IBDFAM, n. 8, p. 32, maio, 2000. (Número especial).

<sup>64</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. *Sobre o Interesse maior da Criança para além da Biologia: a Família*. 28 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>> 03.set.09.2002. 15:50

Nas hipóteses em que o pai sociológico é também o pai biológico da criança, não haverá maiores dificuldades para ela, pois dificilmente será abandonada ou esquecida, sendo a paternidade exercida com a responsabilidade exigida pela lei. Se há um pai sociológico que, porventura, não é o pai biológico, este fato não implicará em maiores problemas para a criança, a não ser que, num determinado momento, o pai biológico queira estabelecer sua filiação e colocar a criança sob seus cuidados, caso do acórdão a seguir:

APELAÇÃO. ADOÇÃO. Estando a criança no convívio do casal adotante há mais de nove anos, já tendo com eles desenvolvido vínculos afetivos e sociais, é inconcebível retirá-la da guarda daqueles que reconhece como pais, mormente quando os pais biológicos demonstraram por ela total desinteresse. Evidenciado que o vínculo afetivo da criança, a esta altura da vida, encontra-se bem definido na pessoa dos apelados, deve-se prestigiar a paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica, sempre que, no conflito entre ambas, assim apontar o superior interesse da criança. Desproveram o apelo. Unânime.<sup>65</sup>

Trata-se de ação de adoção proposta pelo casal que detém a guarda fática do menor, em detrimento dos pais biológicos, que irressignam-se pedindo a guarda novamente. Nessa situação, há que se salvaguardar os direitos do filho do afeto e de quem criou e mantém uma relação completa na qual mostra-se um “verdadeiro” pai. Seria desumano obrigar a criança a abandonar seu verdadeiro lar para ir viver com aqueles desconhecidos que, de repente, surgem querendo reivindicá-la, pois se apresentam aptos a comprovar a verdade biológica da filiação.

Somente a falta de maior percepção quanto a esse novo paradigma axiológico pode justificar certas perplexidades frente às decisões judiciais que retiram crianças de seus pais de afeto, para entregá-las a seus pais

---

<sup>65</sup> TJRS - AC 70003110574 - 7ª C. Cível - Rel Des. Luiz Felipe Brasil Santos - J. 14.11.2001.

genéticos, sem sequer, questionarem-se do sentido da expressão: bem-estar da criança.<sup>66</sup>

Cuidados na alimentação e na instrução, carinho no tratamento são elementos que revelam no comportamento a base da paternidade, e é disso que um filho precisa. Portanto, retirá-lo do convívio dos demandados “É arrebatá-lo o único pai e a única mãe, o único carinho e afeto que teve até hoje”<sup>67</sup>. Essa afirmação, ainda que feita pelo magistrado Finger em outro processo da mesma natureza, pode ser realçada através da transcrição de parte do acórdão referente ao caso de adoção trazido acima, provando sua veracidade. Nas palavras da *Juíza a quo*:

**in verbis:** “(...) é uma lástima que as audiências não sejam registradas por vídeo, pois talvez assim, se todos **pudessem ter visto a alegria do menor ao tomar conhecimento de que, finalmente, seria considerado legalmente filho dos requerentes** - os quais, de fato, sempre considerou como pais -, não fosse dada importância a aspectos meramente formais, primando-se, então, pelo efetivo cumprimento das disposições do ECA, que tem por escopo salvaguardar os interesses dos menores, o que, **in casu**, restou plenamente atendido, ainda que em prejuízo de alguns rigores formais da lei” (grifos deles).

Outra questão de grande repercussão em nossos tribunais é a prática ilegal conhecida como “adoção à brasileira”, pela qual, muitas pessoas não conseguindo suportar os trâmites procedimentais para adotar uma criança, acabam registrando o menor, como se seu filho fosse, dando-lhe um prenome e colocando nele o seu patronímico. Tempos depois, vêm a juízo querendo anular o ato, como no caso do seguinte acórdão:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ‘ADOÇÃO À BRASILEIRA’ -  
CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-

<sup>66</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito de Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78. p. 215, jun. 2000.

<sup>67</sup> Juiz prolator: Carlos Frederico Finger. *A/Z*. Comarca de Santa Bárbara do Sul. Processo nº 3.910 - Ação de Investigação de Paternidade. *Revista de Sentença*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 1, n. 4, p. 56, dez. 2000.

AFETIVA - TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROCEDÊNCIA - DECISÃO REFORMADA - 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula nº 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada 'adoção à brasileira' (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a situação que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular 'adoção à brasileira', não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.<sup>68</sup>

Se alguém é irregularmente inscrito no registro civil como sendo filho verdadeiro, nada impede que, passados muitos anos, os adotantes venham a juízo e, mediante ação negatória de paternidade, busquem a dissolução do vínculo de parentesco mediante prova da não-paternidade biológica. Se fosse tal ato consentido, o que imperaria seriam os interesses - geralmente patrimoniais - daqueles que adotam, e não as necessidades da pessoa adotada. No mesmo acórdão há um trecho que elucida a forma como foi solucionada a causa pelo egrégio Tribunal, importando ser transcrito para demonstrar a real abrangência da situação:

Toda a história de vida do recorrente foi estruturada sobre o nome e a história que possui. Documentos, histórico escolar, profissão, cursos de graduação, propriedades, registros médicos, dentários, previdenciários, hospitalares, herança patrimonial advinda da falecida mãe formal, sua condição perante a sociedade curitibana, relacionamentos sociais de amizade e profissionais advindos de Clubes como o *Graciosa Country Club* onde há notoriedade, enfim, *tudo* que o apelante possui carrega o nome e a condição dada pelo autor/apelado. Constata-se, na verdade, que o recorrente é vítima das artimanhas do apelado para obtenção de vantagens ilícitas e contrárias ao Direito por duas vezes. Num primeiro momento quando foi registrado falsamente e, num segundo, porque, agora, o responsável pela falsidade quer

---

<sup>68</sup> TJPR. *Apelação Cível* 108.417-9 - 2ª C. Civ. - Ac. 20.110 - Rel. Des. Accácio Cambi - unân. - J. 12.12.2001.

retirar-lhe o status que não pediu. Foi-lhe imposto e que constitui sua própria condição humana e social.<sup>69</sup>

Da mesma forma deve-se encarar o caso do homem que, relacionando-se com a mãe da criança, registra-a como se seu filho biológico fosse. Se ele reconhece de forma deliberada e autônoma o filho do outro como sendo seu, deverá saber que este ato surtirá efeitos e não poderá ser desconstituído até que o filho, e exclusivamente ele, demonstre o interesse, e tome a iniciativa de desfazer o vínculo da filiação, que não corresponde à verdade biológica.

Já se considera que este reconhecimento, feito pelo companheiro ou marido da mãe, assemelha-se à adoção, sendo a vontade do agente a de adotar e, portanto, considera-se que é irrevogável tal reconhecimento, à semelhança da adoção, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esta analogia deve-se ao fato de a adoção não existir apenas para promover a satisfação daqueles que adotam, mas, sobretudo, visar à constituição de família substituta ao menor, para que possa desenvolver-se e realizar-se como ser humano. De outro modo, se estaria permitindo que, a qualquer momento, um homem que houvesse assumido a paternidade de um filho que não fosse seu, pudesse, em separando-se da mãe, buscar exonerar-se da responsabilidade que assumiu frente à criança.

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

---

<sup>69</sup> TJPR. *Apelação Cível* 108.417-9 - 2ª C. Cível. Ac. 20.110 - Rel. Des. Accácio Cambi - unân. - J. 12.12.2001.

que vê a felicidade pessoal e a coletiva como bens jurídicos mais relevantes.<sup>70</sup>

O filho criado e educado por seu pai social como fulano de tal, sendo que em torno deste nome construiu a sua imagem e personalidade, não pode ter arrancado todo o seu histórico de vida e condição social, isto não tutelaria a dignidade humana. Nos casos apresentados prevaleceu a relação jurídica estabelecida, mesmo na inexistência de ligação genética entre os pais e o filho. Isto porque os julgadores, diante dos fatos, refletiram e concluíram que toda a vida do filho foi estruturada sobre o nome e o estado que possui.

Conclui-se do exposto que o interesse da criança deverá ser o fundamento de toda decisão que disser respeito a sua vida familiar e poderá permiti-la, eventualmente, escolher entre uma filiação jurídica e uma filiação biológica, desde que para assegurar seu bem-estar. Por certo que as duas verdades - biológica e afetiva - são meios para buscar-se o respeito aos interesses da criança, portanto, não podem ser tomadas como critérios absolutos. Em certas situações, uma delas poderá ser desconsiderada em favor da outra, no intuito de protegê-la.

As demandas relativas à reivindicação de filiação ou, ainda, de impugnação de paternidade são resolvidas, na maioria dos casos, pelo resultado dos exames científicos. Em que pese a demanda posta ao crivo judicial consagre, também, interesses e pretensões dos adultos que litigam, titulares de direitos respeitáveis e dignos de consideração, não menos atenção merece o interesse da criança envolvida, sobretudo porque a decisão a ser tomada terá reflexos diretos sobre sua situação fática, comprometendo, conseqüentemente, sua identidade.

---

<sup>70</sup> CAMBI, Eduardo. O Paradoxo da Verdade Biológica e Sócio-Afetiva na Ação Negatória de Paternidade, Surgido com o Exame do DNA, na Hipótese de “Adoção à Brasileira”. *Jornal Síntese*, Porto Alegre, v. 59,



Deve o Estado, portanto, criar condições de equilíbrio nestas relações, tentando promover o respeito tanto aos direitos das crianças e adolescentes - considerando-se a verdade que melhor atenda a seus interesses - quanto dos cônjuges, companheiros e pais, rumo à forma mais justa de aplicação das leis referentes ao Direito de Família.

O estudo dos avanços verificados no direito brasileiro na última década, especialmente na matéria afeta ao Direito de Família, importa em que se considere o papel fundamental da jurisprudência contemporânea para a construção de uma nova forma de pensar, juridicamente, a entidade familiar. Não que a Constituição Federal de 1988, por si só, não tenha criado regras gerais que permitam uma interpretação moderna - e, quem sabe, pós-moderna, no capítulo especificamente destinado à família. O que alcança destaque é o papel especial assumido pelas cortes regionais na definição de um novo conceito de família, permitindo a adoção ampla de um conceito de “igualdade” aos personagens que compõem a entidade familiar.<sup>71</sup>

No direito brasileiro, o novo Código Civil silenciou sobre a posse de estado de filho. É um conceito que foi esquecido, por longa data, pelos doutrinadores e que, somente agora, ressurgiu fazendo-se referência às legislações estrangeiras que abriram espaço à filiação sociológica na legislação e na doutrina do Direito de Família. Portanto, muito recentemente é que o tema tem merecido a atenção de alguns autores. A jurisprudência, cada vez mais, contrapõe o sistema codificado, extravasando sua preocupação com a verdade sociológica da filiação por meio de novos elementos em suas decisões que não estavam previstos no ordenamento:

Nós atravessamos três estágios no Direito brasileiro: o primeiro cogitava-se da verdade jurídica; o segundo estágio passou-se para a verdade biológica; e agora há um movimento mundial tentando partir para a verdade socioafetiva, ou seja, há que se relativizar a sacralização do parentesco biológico. Um coito apenas determina para a vida inteira um parentesco, um coito entre pessoas que, às vezes, só tiveram aquele coito e nada mais! Desprezam-se

---

jan. 2002. p. 19.

<sup>71</sup> MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia (col.); VITÓRIA, Ana Paula da Silva (col.). Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro Atual - Direito Pós-Moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 764, p. 18, 1999.

anos e anos de convivência afetiva, de assistência, de companheirismo, de acompanhamento, de amor, de ligação afetiva.<sup>72</sup>

Espera-se que o legislador brasileiro preencha essa lacuna do direito pátrio, consagrando a posse de estado de filho em nosso ordenamento, destinando-lhe a função criadora de um estado de filho em sua plenitude. Deste modo, construindo um sistema definidor de laços afetivos de família, vinculando pessoas que desejam amar-se e cuidar-se reciprocamente, afirmaria a noção de interesse superior da criança como critério principal e indispensável à solução das questões litigiosas no âmbito familiar. Assim, buscaria um sentido de justiça na elaboração e aplicação das leis protetivas da família.

---

<sup>72</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Acórdão. *RJTJRS*, ano XXXI, n. 176, Tomo II, p. 771, jun. 1996.

### **3 OS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA: REFLEXÕES ACERCA DA QUESTÃO ALIMENTAR**

#### **3.1 Os efeitos jurídicos decorrentes da paternidade sócioafetiva: uma via de duas mãos**

A Lei Maior, através da norma insculpida no seu art. 227 § 6º, estabeleceu a paridade entre os filhos, que atingiu e atinge a todos, dada a sua aplicação imediata e homogênea. Os efeitos desta unificação, que serão examinados neste capítulo, permitem a visão exata das repercussões geradas por uma norma que tem um único fim: aniquilar as discriminações, concedendo uniformemente os direitos advindos da relação paterno-filial.

No tocante aos filhos menores, é dever dos pais zelar pela sua assistência, criação e educação e, inversamente, os filhos maiores têm o dever de ajudar os pais na velhice. Sendo assim, a família existe enquanto local onde persiste a reciprocidade, visto a família eudemonista recepcionada pela Carta Magna. Nesse sentido, ganha importância a disposição contida no seu art. 229, uma vez que atribui à prole o dever de amparo e assistência aos pais, espelhando o espírito de colaboração que se assenta no interior de qualquer espécie familiar.

Assim, no que a Constituição Federal de 1988 igualou os filhos, estabeleceu, não só com relação a estes, os mesmos deveres, para os pais, mas também, os mesmos direitos. A respeito da paridade de direitos entre os filhos desapareceram os regimes diferentes de direitos e as dissonâncias na sucessão. Na mesma base, os pais têm direitos com relação aos filhos, como aqueles advindos do pátrio poder. Não há como analisar os direitos provenientes do estado de filho sem atentar àqueles que, ao mesmo tempo, decorrem da condição de pai, apresentando-se, desse modo, a paternidade como uma via de duas mãos.

O conceito de igualdade acolhido, inclusive como princípio de interpretação às normas infraconstitucionais em matéria de família buscou resgatar a idéia jurídica de isonomia, ou seja, só existe a proibição legal de que o essencialmente igual seja tratado de forma diferente. Ora, essa dicotomia de tratamento jurídico é aquela que, em abstrato, permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. É também a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma mãe ou de um mesmo pai. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*<sup>73</sup>

Reconhecida a posse de estado de filho como via de estabelecimento da filiação, decorrência da constatação dos seus elementos identificadores e derivação do princípio

---

<sup>73</sup> MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia (col.); VITÓRIA, Ana Paula da Silva (col.). Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro Atual - Direito Pós-Moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 764, p. 19, 1999.

constitucional da igualdade, passa-se a analisar seus efeitos jurídicos pessoais decorrentes. “Ocorre que essa noção provoca conseqüências consideráveis quando, ligada às qualidades que fazem parte do estado da pessoa, permite inferir que à mesma tocam os mesmos direitos.”<sup>74</sup>

O poder familiar, assim definido na contemporaneidade como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”<sup>75</sup>, atentando-se à norma do art. 226, § 5º da CF - que versa sobre a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher, na constância da sociedade conjugal - aos termos do art. 21 da Lei nº 8.069/90, e, agora, ao novo Código Civil, é atribuído durante o casamento - ou na constância da união estável - a ambos os pais, só assumindo um com exclusividade na falta ou impedimento do outro.

No entanto, exercido pelo pai e pela mãe, independe de relação conjugal entre eles, como quis o Estatuto da Criança e do Adolescente, derivando, aí sim, da relação de paternidade. E é nessa esteira que se apresenta a sua análise, posto que compreende o tema desenvolvido, tão logo verificado que da relação paterno-filial social também inferem direitos e deveres. Dessa forma, passa-se à análise das regras que conglobam os direitos e deveres atribuídos aos pais, todos reunidos no art. 384 do Código Civil de 1916 e mantidos literalmente pelo art. 1.634 do novo Código, a exemplo:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;

...

<sup>74</sup> FACHIN, Luiz Edson. “O Encontro entre a Verdade Jurídica e a Verdade Sociológica”. In: *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 149.

<sup>75</sup> RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*. 27.ed. atual. Por Francisco José Cahali, com anotações sobre o Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo : Saraiva, 2002, p. 398. v. 6.

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;  
 VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.<sup>76</sup>

Como decorrência do exercício do poder familiar, vem à tona o direito dos pais quanto à companhia e guarda dos filhos menores. Além de um direito é um dever porque a quem incumbe criar, incumbe igualmente guardar. Indaga-se, pois, se o pai não-biológico, após o rompimento - conjugal ou não - da relação com seu parceiro, faria jus ao direito de visitação aos filhos deste, mesmo que não possuísse qualquer vinculação formal de paternidade com aquela prole.

Na acepção jurídica do termo, guarda traduz a noção da proteção familiar, de manutenção individual, de vínculo de zelo e de subordinação. A guarda de filhos menores não se constitui, isoladamente, como exercício do pátrio poder, pois diz respeito a apenas um de seus atributos, elencados no art. 384 do Código Civil de 1916. Assim, o término do vínculo conjugal dos pais não extingue o pátrio poder de qualquer destes sobre os filhos.<sup>77</sup>

Sendo derivação do poder familiar, é o liame da paternidade, em princípio, quem dita as normas para a existência de guarda dos pais sobre os filhos menores. Na falência da relação entre os pais, surge o direito de visitação, que poderá ser regulado por acordo entre as partes ou por expressa deliberação em sentença. As decisões pretorianas, após a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram a engrandecer e enfocar de maneira mais destacada o denominado “interesse do menor”. Por seu turno, o art. 6º da Lei nº 8.069/90, destaca “a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

A existência de um vínculo afetivo desenvolvido entre a criança e o interessado; o assentimento da criança, quando ultrapassada a tenra idade; a inexistência de vínculo

---

<sup>76</sup> Os demais incisos não serão, no caso, desenvolvidos, eis que não dizem, tão diretamente, com a lição objetivada referente ao tema abordado.

biológico entre o interessado e o menor; e a demonstração de que o rompimento do contato implicaria em transtornos ao menor, são elementos que sustentam a possibilidade do direito de visitação no caso aqui mencionado, pois permitem a conclusão pelo real interesse da criança. “Direito de visitação é um expediente jurídico de caráter compensatório, que procura minorar os efeitos da ruptura dos laços entre pais e filhos”<sup>78</sup>

O direito ora pleiteado advém de uma relação de fato surgida, no decorrer do tempo, entre o menor e o denominado pai afetivo, em que restou estabelecido um vínculo de afeição evidenciado por atos típicos da paternidade natural, bem como o estabelecimento de uma relação de subordinação, característica desta relação familiar.

Observamos, pois, em nome de uma singela reflexão jurídica, que a interpretação sistemática de nossas legislações, assim efetivada pela moderna doutrina civil, tendo como fundo, necessariamente, o interesse que envolve o menor, leva-nos a concluir pela possibilidade de estabelecer-se o direito de visitação do pai considerado afetivo, em relação ao filho da mulher com quem havia convivido, particularmente nas hipóteses em que a ruptura deste contrato implicaria, inevitavelmente, no surgimento de sérios transtornos à formação da personalidade da criança.<sup>79</sup>

Não se verifica, do ponto de vista das proposições normativas existentes, qualquer permissivo para o pai afetivo exercer o direito de regular visitação quanto aos filhos de sua mulher ou companheira, de quem encontra-se afastado. Assim como quanto à inexistência de um comando jurídico que reconheça a posse de estado de filho, nosso ordenamento deve albergar esse direito, através de uma interpretação sistemática, partindo do pressuposto de que se deve perseguir um interesse maior, que é o bem-estar do menor. “Como não há legislação a

<sup>77</sup> GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. O Direito de Visitação do Pai Não-Biológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, ano 1, p. 95-102, p. 97, abr./jun. 2000.

<sup>78</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais: a Situação Jurídica de Pais e Mães Solteiros, de Pais e Mães Separados e dos Filhos na Ruptura da Vida Conjugal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 194.

<sup>79</sup> GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. O Direito de Visitação do Pai Não-Biológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, ano. 1, p. 102, abr./jun. 2000.

respeito da paternidade socioafetiva, utiliza-se, além dos princípios constitucionais fundamentais, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (art 4º, LICC)”.<sup>80</sup>

Surge também como um direito conferido aos pais o de reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha. Entretanto, só se legitima, como diz a lei - art. 1634, IV do novo Código - quando dirigido contra pessoa que ilegalmente detenha o filho, de modo que, se o réu guarda legalmente em sua companhia o filho de outrem, não há como atender o pedido do autor.

É o que ocorre em casos como o já explanado no capítulo anterior, de pais que, não desejando, pelos mais diferentes motivos, manter os filhos em sua companhia, conferem a terceiro sua guarda e cuidados e, tempos depois, quando já construída com este uma relação de paternidade, buscam o judiciário impondo a prevalência do vínculo biológico sobre o afetivo. Não há que se falar em ilegalidade, posto que a jurisprudência reconhece o afeto como liame capaz de estabelecer a paternidade.<sup>81</sup>

Criação e educação são deveres que integram diretamente a tríade nome, trato, fama, reveladores da posse de estado de filho. São indícios de uma relação de paternidade responsável que permitem, perante a sociedade, o reconhecimento, através do tratamento, da condição de filho. “Esse é o dever principal que incumbe aos pais, provê-los com os elementos materiais para a sobrevivência, bem como fornecer-lhes educação de acordo com seus recursos, capaz de propiciar ao filho, quando adulto, um meio de ganhar a vida e de ser elemento útil à sociedade.”<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> TJRS - *Apelação Cível* nº 70004510483. 8ª C. Cível. Rel. Des. Rui Portanova. - J - 31-10-2002.

<sup>81</sup> TJRS - *Apelação Cível* nº 70003110574 - 7ª C. Cível - Rel Des. Luiz Felipe Brasil Santos - J. 14.11.2001.

<sup>82</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 27.ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações sobre o Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo : Saraiva, 2002, p. 403.



Trata-se do zelo material e moral para que o filho fisicamente sobreviva e por meio da educação forme seu espírito e seu caráter. A Constituição Federal, visando ao reforço dessa obrigação, dispõe em seu art. 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” e o Estatuto da Criança e da Adolescência, por sua vez, obriga os pais a matriculem seus filhos na rede regular de ensino - art. 55.

Merece ser abordada, ainda, dentre as prerrogativas do pai, o direito de exigir que lhe preste o filho obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Obediência e respeito são conseqüências automáticas de uma relação calcada no afeto, eis que ambos os componentes realizam-se nessa interação. O trabalho dos filhos é idealizado pela legislação como forma de participação na manutenção da família, sobretudo nos lares menos afortunados, mas em contrapartida, a própria lei o proíbe em determinada idade e condições, afastando a exploração.<sup>83</sup>

Os efeitos mais relevantes provenientes do estabelecimento da filiação, qualquer que seja o seu vínculo de constituição, residem na relação pessoal entre pai e filho. O poder familiar e todas as obrigações daí oriundas dão o verdadeiro sentido da paternidade, resultando em uma sólida união. Por isso, na paternidade advinda do afeto, não há que se falar em destituição desse poder, os deveres decorrentes dessa são exercidos com a responsabilidade exigida pela lei.

---

<sup>83</sup> A legislação trabalhista, no intuito de proteger o menor, proíbe o seu trabalho fora do lar até os 16 anos (CLT, art. 403), salvo na condição de aprendiz a partir de 14 anos (CF, art. 7º, XXXIII), e veda-lhe o trabalho noturno até os 18 anos (CLT, art. 404).

Toda alteração na estrutura social e, por consequência, axiológica do sistema trouxe ao universo jurídico dois novos elementos em matéria familiar: o afeto e a função serviente da família. Faz-se imprescindível a análise dos efeitos diretos e reflexos dessa nova realidade também no plano patrimonial, visto que aumenta a cada dia em nossas Cortes regionais a questão da paternidade gerada pelos laços afetivos em oposição àquela vinculada aos laços de sangue.

Uma vez julgada procedente a ação de investigação de paternidade e/ou maternidade socioafetiva, decorrem os mesmos efeitos jurídicos dos arts. 39 a 52 do ECA, que são aplicados à adoção, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; c) a adoção do nome (sobrenome) dos pais sociológicos; d) as relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos; e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológica; f) a herança entre pais, filho e parentes sociológicos; g) o poder familiar h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas etc.<sup>84</sup>

A doutrina e o direito, hodiernamente, afirmam possível o filho demandar o pretenso pai para dele haver questões patrimoniais, mesmo que a filiação não esteja juridicamente reconhecida, bastando, apenas, a existência de fortes indícios e presunções quanto à respectiva paternidade. Assemelha-se à única previsão existente em nosso ordenamento para ensejar o reconhecimento da paternidade sócioafetiva - art. 1605, II do novo Código Civil. Nessa esteira, faz-se pertinente o conhecimento do seguinte pedido de desconstituição do vínculo de paternidade com vistas à exoneração de obrigação alimentar:

PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. QUEM, SABENDO NÃO SER O PAI BIOLÓGICO, REGISTRA COMO SEU FILHO DE COMPANHEIRA DURANTE A VIGÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL, ESTABELECE UMA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA QUE PRODUZ OS MESMOS EFEITOS QUE A ADOÇÃO, ATO IRREVOGÁVEL. Ação negatória de paternidade e ação anulatória de registro de nascimento. O pai registral não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação

---

<sup>84</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Sócioafetiva*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.

do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição. Embargos rejeitados, por maioria.<sup>85</sup>

Trata-se de ação em que o réu registrou a autora como filha biológica, na ocasião de seu nascimento, por sua livre e espontânea vontade, e sustenta a sua não obrigação alimentar. Casos como esse do marido ou companheiro que cria o filho da mulher como se seu fosse, dos parentes que responsabilizam-se pelo menor órfão; do patrão que sustenta e afeiçoa-se ao filho de sua serviçal são notórios e vastos.

Destarte, a paternidade sócioafetiva foi tratada igualmente à adoção, pois nos dois casos apresentou-se “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo”.<sup>86</sup> O parentesco civil decorrente da adoção hoje em quase nada difere daquele oriundo da consangüinidade, vedando a Constituição qualquer discriminação relativa à natureza da filiação, e nessa igualdade deve ser incluída a paternidade afetiva. Nesse sentido, cabe transcrever o voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, em caso similar, retratando a posição do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ao assumir a paternidade da alimentanda, falseando com a verdade registral, assumiu todos os deveres inerentes à paternidade, visto que seu ato constituiu uma adoção simulada, e, face ao princípio da igualdade entre os filhos, consignado na Carta Magna (art. 226, § 6º), diferença alguma existe entre o filho natural e o adotivo. Ademais, é de ver que, modernamente, a paternidade não é vista exclusivamente como um fenômeno biológico, mas, acima de tudo, social, sendo prestigiada, sobretudo pela jurisprudência deste Tribunal, a paternidade sócioafetiva.<sup>87</sup>

Não pode-se olvidar que a verdade genética submete-se nesses casos a conceitos como amor, afeto e convivência. E que o vínculo jurídico estabelecido confere, pois, aos filhos do afeto, os direitos inerentes à condição que desde outrora lhes apresentaram. Outrossim, a

---

<sup>85</sup> TJRS - *Embargos Infringentes* nº 599277365 - 4º Grupo Cível - Relator Des. Maria Berenice Dias. J. 10/09/99.

<sup>86</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1990, p. 211. v. 5.

<sup>87</sup> TJRS - *Apelação Cível* nº 70004778619. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Sétima Câmara Cível.

construção de uma relação jurídica, assim reconhecida pelos nossos Tribunais, tem repercussão, repercussão no registro, repercussão no pátrio-poder, repercussão patrimonial.

Há outros casos em que, ao contrário, estabelecida uma relação afetiva durante anos, o próprio filho busca a desconstituição do registro, visando a fins patrimoniais, e, para tanto, relega uma paternidade em que foram exercidos os deveres de pai em sua plenitude, a fim de obter vantagem de seu pai biológico.

Não há como impedir uma pessoa de conhecer sua paternidade biológica, visto tratar-se de um direito personalíssimo, que diz com a própria imagem e identidade do ser humano e que se configura como direito fundamental. Entretanto, ainda que permitido, não é reconhecido pela jurisprudência o direito ao patrimônio correspondente a essa relação biológica, eis que prevalece a verdade social. No caso do seguinte acórdão, a busca é referente à sucessão:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO. Autora que, ao início do feito, já contava com mais de cinquenta anos de idade, tendo, durante mais de meio século, constado como filha do marido de sua mãe, que a registrou como tal.  
 POSSE DO ESTADO DE FILHO. A filiação, mais do que um fato biológico, é um fato social.  
 RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO, NO CASO CONCRETO. Conteúdo imoral da demanda, que, convenientemente, como de regra ocorre, busca a troca de um pai pobre por um pai rico.  
 Apelo desprovido, por maioria, vencida a relatora.<sup>88</sup>

A identificação do pai biológico, no caso em tela, não é capaz de gerar seqüelas de ordem patrimonial se reconhecida que a relação que a autora manteve desde o nascimento com seu pai registral se configurou como uma filiação sócioafetiva, podendo ser equiparada a uma adoção, a qual é irrevogável, desligando o adotado de qualquer vínculo com os parentes

consangüíneos. Se há direito sucessório, este refere-se ao pai afetivo. Conclui-se, pois, que a prova do DNA não tem valor absoluto como fato gerador de direitos, será apreciada de acordo com o contexto probatório em que se insere. Por fim, mais um acórdão merece menção, a título de reforço:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA. Estabelecendo o ECA a imprescritibilidade da ação investigatória de paternidade, não estender a vedação do perecimento do direito aos maiores implica em vedação ao princípio constitucional da igualdade. Ao depois, a possibilidade de investigação não traz necessariamente seqüelas obrigacionais e patrimoniais. Reconhecida a filiação sócioafetiva, a investigação de paternidade não leva à desconstituição ou anulação do registro de nascimento, mas se limita a atender à possibilidade de se conhecer a paternidade sem gerar seqüelas de ordem patrimonial. Recurso provido por maioria. (grifo deles)<sup>89</sup>

Os casos analisados servem para demonstrar a concretude e seriedade com que é vista a filiação social no nosso ordenamento, capaz de construir um recíproco feixe de direitos e deveres entre pais e filhos, formando um elo eterno, indestrutível por interesses outros. Afirmam, pois, os valores introduzidos pela nossa Constituição, ao passo que formam uma base sólida de precedentes para a exigência do cumprimento dos direitos que imanam do estado de filho. Ademais, não permitem que os interesses patrimoniais definam aquilo que se considera família, mas que derivem dela como conseqüência natural do verdadeiro sentido da relação paterno-filial na atual concepção eudemonista.

### **3.2 A questão alimentar como efeito jurídico do estabelecimento da paternidade sócioafetiva**

<sup>88</sup> TJRS - *Apelação Cível* nº 70004989562. Rel. Des<sup>a</sup> Maria Berenice Dias. Sétima Câmara Cível. 23/10/02.

<sup>89</sup> TJRS - *Apelação Cível* nº 70004131520, 7ª Câmara Cível. Rel: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Porto Alegre, 22-05-02.

Os alimentos constituem um dever recíproco entre ascendentes e descendentes e entre irmãos, em virtude dos quais os que têm recursos devem fornecê-los, em natureza ou dinheiro, para sustento dos parentes que não tenham bens, não podendo prover pelo seu trabalho a própria manutenção, como já estatui o novo Código Civil, em seus arts. 1694, caput e 1695.

A obrigação alimentar caracteriza a família moderna. É uma manifestação de assistência e solidariedade econômica que existe em vida entre os membros de um mesmo grupo, substituindo a solidariedade política de outrora. Assim, a prestação substitui o auxílio que o Estado deveria dar ao desamparado, na medida em que, socorrendo com os recursos de um as necessidades prementes de sobrevivência de outro indivíduo, é de interesse público. Essa característica, a propósito, justifica a existência de instrumentos legais coercitivos para a efetiva observância do dever, permitindo, inclusive, restrição à liberdade pessoal do inadimplente - art. 5º, LXVII da Constituição Federal e art. 733 § 1º do CPC.

A finalidade dos alimentos é assegurar o direito à vida, substituindo a assistência da família a solidariedade social que une os membros da coletividade, pois as pessoas necessitadas, que não tenham parentes, ficam, em tese, sustentadas pelo Estado. O primeiro círculo de solidariedade é o da família, e somente na sua falta é que o necessitado deve recorrer ao Estado.<sup>90</sup>

O caráter imperativo das normas sobre alimentos tem como corolários serem estes irrenunciáveis, como o próprio direito à vida. O necessitado pode deixar de exercer o direito de exigir alimentos, mas a eles não pode renunciar, consoante art. 1707 do novo Código Civil. Também reza o mesmo artigo que são impenhoráveis, atendendo a sua própria finalidade, que

---

<sup>90</sup> WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 13.ed. rev. atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a Jurisprudência e com Referências ao Projeto de Código Civil, com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas e da Profª Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 40.

consiste em assegurar a manutenção do alimentando, e são indisponíveis, pela sua natureza personalíssima. Ninguém pode alienar o seu direito a pedir alimentos a um ascendente ou descendente por se tratar de direito vinculado à própria pessoa. O direito a eles é também imprescritível e, por fim, intransmissível.

Os elementos básicos para que surja o direito aos alimentos são o vínculo de parentesco, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade do alimentando - art. 1694, *caput* e § 1º. O critério de fixação do *quantum* dos alimentos depende da conciliação desses dois últimos elementos, formando assim o binômio possibilidade-necessidade. O juiz os determina atendendo à situação econômica do alimentante e às necessidades essenciais de moradia, alimentação, vestuário, tratamento de saúde e, se for menor, educação do alimentário. Por isso, o valor da pensão alimentícia é variável, tanto as necessidades como as possibilidades podem ser alteradas pelas circunstâncias - art. 1699.

É preciso acentuar, no entanto, que a denominação dos alimentos varia conforme os componentes da obrigação estabelecida, o que enseja à distinção entre obrigação alimentar e dever de prestar alimentos. Para compreender tal diferenciação, é preciso ter presente a noção de família nuclear, formada basicamente pelo par andrógino e seus filhos, atentando-se à relação paterno-filial. A este núcleo familiar deita uma obrigação alimentar calcada no vínculo de solidariedade que se mostra muito mais intenso e significativo.

Com relação à prole, os alimentos são devidos por intransponível presunção dos alimentários necessitarem atingir seu natural processo fisiológico de formação e preparo à vida profissional, baseando-se na deficiência etária que reclama o sustento pelos genitores.

Em virtude desse dever dos pais, admite-se o custeio das atividades recreativas, bem como a inserção de acréscimos destinados à satisfação de carências relativas ao aprimoramento ou manutenção de determinado status social. Nesta situação os alimentos se denominam civis. Destarte, viceja uma obrigação alimentar irrestrita, quando cuida de dar sustento, educação, saúde, lazer e formação aos descendentes, enquanto sob o pálio do poder familiar.

Já, no respeitante ao dever pensional parental, devem ser enquadrados os parentes de graus mais distantes, como avós e irmãos, sobre os quais pesa igualmente um dever de solidariedade, no entanto, sem lhes impor sacrifícios, pois atrelados à assistência nos limites das forças de suas posses, sendo estipulado o quantum somente para garantir os recursos indispensáveis à sobrevivência digna do necessitado, ou seja, os alimentos se dão em razão de necessidade, e não de utilidade. “O dever de solidariedade entre os seres humanos trafega pelo círculo familiar e comete aos parentes o dever de socorro que se devem entre si, nas contingências da vida.”<sup>91</sup>

Relacionando-se com o sagrado direito à vida, representam um dever de subsistência que os parentes têm, uns em relação aos outros, para suprir necessidades decorrentes de deficiência etária, incapacidade laborativa. Nesta hipótese, os alimentos são denominados naturais. Há um dever relativo de prestar alimentos entre os parentes distanciados em grau de sociedade doméstica, mas que traduz uma obrigação moral e ética entre eles.

Embora cada ser humano deva buscar por si, através de suas energias, o respectivo sustento, vicissitudes da vida podem, no entanto, privá-los de recursos ou de meios necessários à sua manutenção, razão pela qual a lei instituiu o dever de prestação recíproca de alimentos, destinados a suprir essas eventualidades. De outro lado, com respeito à filiação, mostra-se como decorrência natural da impossibilidade fisiológica de geração de recursos

---

<sup>91</sup> MADALENO, Rolf Hanssen . Alimentos e sua Restituição Judicial. *Revista Jurídica*, n. 211, p. 5, maio 1995.



próprios para a sua subsistência, que a criança e o adolescente, em geral, manifesta, enquanto não se encontra formada ou preparada. Representa, assim, a obrigação alimentar mecanismo legal de suprimento dessas necessidades.<sup>92</sup>

A Carta Magna brasileira destaca, no seu art. 227, ser dever da família, em primeiro plano, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer e à profissionalização e no seu art. 229 ser dever dos pais, no desempenho do poder familiar, a manutenção dos filhos menores. A solidariedade familiar entre pais e filhos é ilimitada e vai ao extremo de dirigir a venda de bens para cumprimento da obrigação alimentar, forte no princípio constitucional do direito à vida, dentro da dignidade da pessoa humana - arts. 1º e 5º da CF.

Entende-se que aos pais cumpre preparar o filho para a vida, proporcionando-lhe obrigatoriamente a instrução primária, e ministrando-lhe ainda a educação compatível com a sua posição social e seus recursos. Numa equiparação com as prerrogativas constitucionais, já se disse que pátrio poder assemelha-se ao poder disciplinar do Estado.<sup>93</sup>

É tão precisa a obrigação alimentar como decorrência direta do poder familiar que nem se cogita de forma aprofundada sobre os recursos do alimentante, como ocorre na hipótese de pedido alimentar baseado unicamente no parentesco, mas da carência do alimentando. A prestação será conforme a renda, mesmo que esta se revele diminuta. No Código Civil, mesmo no capítulo referente aos alimentos, o dever de sustento encontra-se salvaguardado, no art. 1.701.

Já foi mencionado existir ilimitada obrigação alimentar endereçada aos filhos menores e incapazes, deles dimanando, inclusive, a presunção absoluta da necessidade pensional, consequência natural do pátrio poder, a

---

<sup>92</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994, p. 1168. v. 2.

<sup>93</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1990, p. 417. v. 5.

envolver a esfera material, moral, afetiva e profissional, pois engloba, amplamente, um dever de sustento, criação e educação.<sup>94</sup>

Os alimentos, como outros institutos do Direito de Família, tendiam a uma pacificação sensível tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ao menos nas suas indagações mais cruciais. Com a promulgação da Constituição de 1988 foi desenhado, já sem tempo, um novo perfil nessa esfera, exatamente no encaixe da tendência de igualização da prole, gerando revisão de posturas e redimensionamento doutrinário suficientemente amplos a justificar novas

incursões em matéria familiar. A similaridade de direitos importa porque repercute diretamente na questão alimentar. A igualdade constitucional certamente atinge a todos os setores do Direito de Família, inclusive àquele voltado à pensão alimentícia.

O parentesco distribui-se em classes, de acordo com os diversos aspectos de vinculação e define-se como o vínculo existente entre as pessoas em decorrência da consangüinidade, da afinidade e da adoção. Os alimentos concedidos aos filhos biológicos, cujos pais eram casados na época da concepção, não despertam muitas dúvidas, pois eles já se enquadravam no perfil conservador da filiação estabelecido pela legislação de 1916, assim, calcados na relação de parentesco tradicional.

Face ao novo texto constitucional, àqueles nascidos fora do casamento garantida está a pensão alimentícia. O novo Código Civil, por sua vez, em seu art. 1705, garante ao filho não havido das núpcias o direito de ação contra o genitor para obter alimentos. Resta saber o que

---

<sup>94</sup> MADALENO, Rolf Hanssen. Alimentos e sua Restituição Judicial. *Revista Jurídica*, n. 211, p. 7, maio 1995.

está reservado quanto a esse direito aos filhos assim considerados pela relação afetiva. Os adotados já têm seus direitos previstos. Restam aqueles sem o caráter formal da adoção.

A ação de alimentos não declara filiação, embora o julgador não possa permanecer indiferente ao problema da paternidade, que nos próprios autos daquela se apresenta como fundamento do pedido. A mesma, sem a certeza da filiação, via de regra não pode vingar, necessita de prova robusta para poder determinar a prestação. Os alimentos só são devidos em função da relação de parentesco, e se esta não se encontrar provada, não haverá êxito na sua reclamação.

A posse de estado de filho não está elencada explicitamente em lei dentre os motivos que ensejam a investigação de paternidade, valendo, no entanto, como forte elemento probatório para a declaração da relação de filiação as presunções que desta emanam. Se o investigador traz o nome do investigado; se foi por ele tratado como filho; se havido como tal no ambiente social da família paterna, há sólido indício da relação filial, fundamento para o reconhecimento da vinculação jurídica. A doutrina tem apresentado novos fundamentos aptos a declarar a relação de parentesco:

O Código Civil de 2002 também não reconheceu, expressamente, o estado de filho afetivo. Entretanto, a filiação socioafetiva pode ser admitida com base nos seguintes artigos: a) art. 1593, que diz: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Esta *outra origem* de parentesco é justamente a sociológica (afetiva, socioafetiva, social, eudemonista); b) art. 1596, em que é reafirmada a igualdade entre a filiação (art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988); c) art. 1597, V, pois o reconhecimento voluntário da paternidade na inseminação artificial heteróloga não é de filho biológico, e sim de filho socioafetivo, já que o material genético não é do(s) pai(s), mas, sim, de terceiro(s); d) art. 1603, visto que, enquanto a família biológica navega na cavidade sangüínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento

emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo; e) art. 1605, II, em que filiação é provada por presunções - posse de estado de filho (estado de filho afetivo).<sup>95</sup> (grifo deles)

A jurisprudência, como atualmente tem se posicionado, reconhece a relação de paternidade através da posse de estado de filho, e uma das conseqüências da paternidade e da maternidade sócioafetiva é o direito à prestação de alimentos. Já pronunciou o STF<sup>96</sup> que a ação alimentar é um meio de atendimento imediato a um dos deveres da paternidade. Reconhecida voluntária ou judicialmente a paternidade derivada da posse de estado, é estabelecido o estado de filho afetivo, que “atribui direitos que provocam efeitos, sobretudo morais (estado de filiação, direito ao nome, relações de parentesco) e patrimoniais (direito à prestação alimentar, direito à sucessão etc.)”.<sup>97</sup> Nesse sentido, o seguinte acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. INTEMPESTIVIDADE. REQUISITO DO ART. 526 DO CPC. NEGATIVA DA PATERNIDADE.

Intempestividade. O agravo interposto no décimo dia o prazo não é intempestivo.

Requisito do art. 526 do CPC. Segundo a nova redação do art. 526, a parte agravada, além de alegar, deverá provar que o primeiro grau não foi comunicado do recurso.

Negativa da paternidade. A obrigação alimentar se fundamenta no parentesco, que é comprovado pela certidão de nascimento. O agravante alega não ser o pai biológico do menor. Enquanto não comprovar, não se pode afastar seu dever de sustento. A rigor, mesmo esta prova não será suficiente, pois a paternidade sócio-afetiva também pode dar ensejo à obrigação alimentícia.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, ps. 161 e 162.

<sup>96</sup> ALIMENTOS. Filho Natural. Decisão que julga provada a paternidade na ação de alimentos e não na de investigação. Pensão alimentícia fixada na base de 1/6 do salário mínimo e sujeito a reatualização. Recurso extraordinário não conhecido. *Revista dos Tribunais*, São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 402, p. 391, abr. 1969.

<sup>97</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 115.

<sup>98</sup> TJRS - *Agravo de Instrumento* nº 70004965356. 8ª Cív. Rel Des. Rui Portanova. J. 31-10-2002.

Mesmo que comprovada a não-paternidade biológica, isto, por si só, não seria suficiente para afastar seu dever para com o menor. Permitir que o pai, a qualquer tempo, pudesse desfazer o reconhecimento da paternidade de um filho seria abrigar um gesto “reprovável, imoral, sobretudo se o objetivo é fugir do dever alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo”.<sup>99</sup> Ademais, os alimentos podem decorrer da paternidade sócioafetiva, pois “No art. 1694 do Código Civil de 2002 consta que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos. O Código, quando fala em parente, se refere ao parente consanguíneo (natural ou medicamente assistido) ou ao parente civil (sócioafetivo).”<sup>100</sup> A origem dessa obrigação pode ser melhor compreendida através da ementa a seguir:

ALIMENTOS. MAIORIDADE. ADOÇÃO SIMULADA. O fato de ter registrado a autora como sua filha biológica, mesmo sabendo que não era, alterando a verdade dos fatos, por sua livre e espontânea vontade, caracteriza o que doutrina e jurisprudência denominam de adoção simulada, assumindo, desta forma, todos os deveres inerentes à paternidade, sem qualquer diferenciação da prole natural (art. 226, § 6º, CF). A paternidade, muito mais do que um evento meramente biológico, é um fenômeno social, merecendo prestígio a verdade sócioafetiva. Filho não é algo descartável, que se assume quando desejado e se dispensa quando conveniente. Com o implemento da maioridade, os alimentos deixam de encontrar seu fundamento no dever de sustento dos pais para com os filhos menores (art. 231, IV, CCB) - e que faz presumida a necessidade desses - e passam a amparar-se na obrigação existente entre parentes (art. 396 e seguintes, CCB), desaparecendo, a partir daí, a presunção de necessidade, que deve ser provada por quem pleiteia os alimentos.

DESPROVERAM AMBOS OS RECURSOS. UNÂNIME.<sup>101</sup>

É indubitável que o dever de alimentos reclama uma relação de parentesco. A obrigação de alimentos dos pais com relação aos filhos pode decorrer do poder familiar,

<sup>99</sup> VELOSO, Zeno. Negatória de Paternidade: Vício de Consentimento. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre ; Síntese, n. 3, p. 73, out./dez. 1999.

<sup>100</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. De acordo com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Porto Alegre : Síntese, 2002, p. 254.

<sup>101</sup> TJRS - *Apelação Cível* nº 70004778619. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Sétima Câmara Cível. 18/12/2002.

consubstanciada na obrigação de sustento durante a menoridade - art. 1566, IV, do novo Código Civil - ou ser a de caráter geral, vinculada à relação de parentesco em linha reta - art. 1696. Estabelecida a paternidade e a maternidade sociológica, não há mais qualquer vínculo de parentesco com os pais biológicos, e sim apenas entre os parentes sociológicos, nos termos do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 1626 do Código Civil de 2002, que atribuem a situação de filho ao adotado e desligam-no de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos.

A contar da Carta Constitucional de 1988, habitam no País apenas duas verdades da perfilhação: a biológica e a sociológica, pelo que uma filiação não pode interferir na outra, impondo encargo alimentar. O filho afetivo, se necessitado de alimentos, deve voltar-se contra seus parentes afetivos, descendentes, ascendentes, colaterais (irmãos), e não contra os parentes biológicos. Se a filiação socioafetiva pretende firmar-se no ordenamento jurídico brasileiro, não pode pretender “favores legais” da paternidade e da maternidade biológica, porque os únicos vínculos que podem ser estabelecidos são: a) conhecer a origem genética por necessidade psicológica; b) para fins de manutenção dos impedimentos matrimoniais; c) para preservação da saúde do filho e dos pais biológicos.<sup>102</sup>

A adoção - e as demais formas de filiação sócioafetiva - impõe uma ruptura com o passado, e a interpretação dos dispositivos legais supramencionados não deixa dúvidas quanto à prerrogativa de pleitear essa prestação dos pais sociais, por parte de quem teve atribuída a condição de filho. Assim, se, quando menor a autora, como filha adotiva do réu tinha direito aos alimentos, face o dever de sustento dos pais com os filhos menores, agora o pleito está embasado na obrigação alimentar existente entre parentes, desaparecendo, a partir da maioridade, a presunção de necessidade, que deve, portanto, por ela ser provada - art. 331, I do CPC.

---

<sup>102</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 192.

Em uma ação negatória de paternidade que tramitou na 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre foi elucidada de forma clara o significado dos alimentos decorrentes do poder familiar. Foi intitulada em sua publicação “Paternidade sócioafetiva. Anulação de adoção ‘à brasileira’. Impossibilidade. Desconsideração da paternidade biológica.”<sup>103</sup> O autor manteve relacionamento amoroso com a mãe da requerida e, dois anos depois, soube da possibilidade de ter uma filha. Procurando ajudar a mãe a recuperar a menor daqueles a quem tinha entregado para cuidar, o autor, embora na dúvida, procedeu o registro da paternidade da menina, que ficou a seus cuidados, pois a mãe da menor, logo após, abandonou aos dois.

Anos depois, com a menina já aos cuidados dos pais do requerente, compelido a realizar uma série de exames laboratoriais, o descobriu ele ser portador de absoluta infertilidade e foi a juízo requer a declaração da negativa de paternidade e a conseqüente anulação do registro de nascimento da menor. Em audiência de tentativa conciliatória, as partes chegaram a acordo sobre a pensão alimentícia que, independente do resultado do exame pericial, seria mantida até que a menina completasse a maioridade. Realizado o exame de DNA, foi comprovada a não-paternidade biológica. Eis a decisão da magistrada:

Ao reconhecer a paternidade, assumiu o pátrio poder e com ele todos os encargos decorrentes, como é o caso do pagamento de pensão alimentícia. A filiação foi constituída pelo próprio autor e, como a Constituição Federal não permite a discriminação de filho de qualquer natureza, art. 227, § 6º, o pagamento de pensão alimentícia é decorrência lógica ao reconhecimento da paternidade. Presentes estão os pressupostos da obrigação alimentar. A necessidade da menor é presumida e, por se tratar de alimentos naturais, o pai deve continuar com o pagamento da pensão alimentícia, conforme ele próprio já admitiu em acordo.

---

<sup>103</sup> A/Z. 1ª Vara de Família e Sucessões. Comarca de Porto Alegre. Processo nº 01295046435. Comarca de Porto Alegre. Juíza Prolatora: Dra. Maria Isabel Pereira da Costa. Ação negatória de paternidade. *Revista de Sentença*, Porto Alegre : TJRS a AJURIS, v. 1, n. 2 e 3, ps. 144-148, dez. 1999/jun. 2000.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido para declarar a existência do vínculo de paternidade-filiação entre a ré e o autor, mantendo o nome de seu pai no registro de nascimento e ainda o nome de seus avós paternos. Homologo o acordo de alimentos para que o mesmo surta seus jurídicos e legais efeitos. Ressalvo à ré o direito de revogar o vínculo, na forma e no prazo legal, se assim o desejar, quando atingir a maioridade sob pena de um ser humano, menor de idade, ser atingido na sua dignidade, ao perder as suas raízes que estruturam a sua identidade de pessoa humana.<sup>104</sup>

Por fim, cabe destacar que no presente caso a obrigação alimentar foi estipulada antes mesmo da não-confirmação da paternidade biológica, atendendo-se ao espírito dos alimentos

decorrentes do poder familiar. Ainda que a pretensão versasse sobre obrigação decorrente do parentesco, e não do dever de sustento, estaria essa assegurada frente à construção da relação parental entre pai e filho - obrigação do ascendente. E mais, se na história acima fossem os avós paternos que pleiteassem os alimentos da neta, anos mais tarde, seriam eles dignos dos mesmos, visto seus cuidados com a criação da menina, que recebeu amor depois de ter passado por tantos lares diferentes - obrigação do descendente.

Justifica-se devido à reciprocidade na obrigação alimentar, e a sua extensão é indefinida entre os parentes em linha reta, iniciando-se pelos ascendentes, os mais próximos em primazia aos mais remotos, para, na falta desses, fazer recair a obrigação nos descendentes, guardada a ordem de vocação hereditária. Na ausência dos últimos, busca-se a solidariedade dos colaterais em segundo grau, que são os irmãos, não se distinguindo, para esta finalidade, entre os unilaterais e os bilaterais - arts. 1696 e 1697 do novo Código Civil.

---

<sup>104</sup> COSTA, Maria Isabel Pereira da. Juíza de Direito Substituta da 1º Vara de Família e Sucessões. (104) A/Z. 1ª Vara de Família e Sucessões. Comarca de Porto Alegre. Processo nº 01295046435. Comarca de Porto Alegre. Juíza Prolatora: Dra. MARIA Isabel Pereira da Costa. Ação negatória de paternidade. *Revista de Sentença*, Porto Alegre : TJRS a AJURIS, v. 1, n. 2 e 3, p. 144-148, dez. 1999/jun. 2000.



Reconhecendo a importância das questões alimentares, houve por bem a Carta Magna ao prever esse recíproco dever de assistência entre pais e filhos. Assim, é que dispõe o art. 229 da Constituição Federal que “os pais tem o dever de assistir os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Contamos, ainda, sobre o tema, com a Lei 8.648, de 20 de abril de 1993, que acrescentou parágrafo único ao art. 339 do Código Civil de 1916, interessando ser referido neste sustentáculo:

No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas.

O direito a alimentos já estava previsto em nosso ordenamento desde o primeiro Código Civil. A Constituição de 1988 reforçou e no seu capítulo em que trata “da família, da criança, do adolescente e do idoso”, trouxe a igualdade da filiação e o dever de amparo aos pais, que após foi frisado pela Lei 8.648, em 1993, e pela Lei 10.406, em 2002.

Não apenas esse direito, como todos os outros inerentes à relação paterno-filial, como já referido, reclamam a relação de parentesco. Reconhecida essa nas Cortes brasileiras por constatação dos elementos identificadores da posse de estado de filho, como inerência do direito à personalidade, há de prevalecer até mesmo sobre o vínculo biológico, em nome da tutela da dignidade da pessoa humana.

Não há como ignorar os atuais valores da sociedade e a realidade dos lares do país. Nem a magnitude da Lei Maior, que revoga automaticamente todos os preceitos que a ela se opõem, no seu condão de aniquilar as discriminações. Em 1988 a noção de família eudemonista foi consagrada, recepcionando a filiação sócioafetiva, que foi gradativamente prestigiada pela doutrina e pela jurisprudência. Por fim, ao ordenamento jurídico brasileiro cabe a aceitação e disposição legal do estado de filho afetivo em sua plenitude, com todos os direitos e deveres advindos dessa relação, para ambas as partes, morais e patrimoniais.

Como finalização da sucinta abordagem do tema deste trabalho, só resta reafirmar que quem foi criado é filho e, como tal, como parente, tem direito a tudo que um filho tem, inclusive a alimentos. E quem criou é pai, mãe, e merece toda a retribuição pelo seu esforço e dedicação de uma vida. Na velhice, o mínimo a que tem direito é à prestação de alimentos, embora certamente venha a receber muito mais, pois o filho é filho porque quer, não porque a sociedade impôs ou porque chegou ao mundo sem poder escolher no ventre de quem.

## CONCLUSÃO

Numa análise histórica do conceito de família vimos primeiramente uma sociedade patriarcal e parental, na qual se criou um casamento indissolúvel, tornou-se a mulher relativamente capaz ao casar e reconheceu-se os filhos havidos dentro de um casamento como filhos do pai, impedindo-se qualquer possibilidade de reconhecimento dos descendentes que excepcionassem tal regra, com a única finalidade de preservar a família. A presunção *pater is est* expulsou-os do convívio social e do mundo jurídico existente a sua volta.

No entanto, o que preservou a família não foi, com certeza, a lei civil, mas a sua própria evolução, com o movimento de mulheres, com a queda de preconceitos, com a ascensão da dignidade da pessoa humana, que derrubou tabus e vivificou a entidade familiar.

A alteração de valores sentida na sociedade não tolerou mais o estabelecimento de filiações fictas. Os progressos científicos no âmbito da genética derrubaram a supremacia da verdade jurídica como forma de estabelecimento da paternidade, através da identificação consangüínea do genitor, direito personalíssimo, que diz com a própria imagem e identidade

do ser humano. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, ordenou um tratamento igualitário a qualquer tipo de filiação, assegurando o direito, a toda criança, de conhecer suas origens e seus parentes consangüíneos.

A justiça brasileira, assim, teve base legal para amparar as pretensões de declaração da paternidade biológica. No entanto, esta via não se revelou apta a assegurar uma paternidade que correspondesse à idealizada pela Magna Carta, com solidariedade, dedicação e assistência amplas. Na medida em que a verdade consangüínea mostrava-se insuficiente para garantir seu exercício com responsabilidade, surgiu a necessidade de valorizar-se elementos outros que definissem uma verdadeira relação paterno-filial.

É indubitável que do estado da pessoa decorrem direitos e obrigações. Entretanto, a única forma de garantia do cumprimento dos deveres que emanam do estado de pai é a vontade. A dedicação de uma pessoa para com outra só pode ser assegurada através do amor. Uma terceira verdade revelou-se, assim, no estabelecimento da filiação, identificando a figura paterna através do desvelo e serviço com que se entregava a seu filho. Pôde-se apresentar, então, três verdades na busca da real filiação: jurídica, biológica e sócioafetiva.

A última revela-se pelo tratamento diário dispensado pelos pais durante a criação, consistindo na posse de estado de filho. Essa se exterioriza pelos fatos, não sendo tal postura assegurada por nenhum mandamento legal, tampouco pelo vínculo biológico. Portanto, revela-se como a mais verdadeira filiação, apta a declarar a paternidade, posto que somente esta é capaz de garantir a estabilidade de alguém perante a sociedade.

As crianças e adolescentes, por possuírem características específicas devido à sua peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento, tiveram seus cuidados priorizados na Carta Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, foi-lhes assegurada a vida em família, garantindo-lhes o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, através da Doutrina de Proteção Integral à infanto-juventude.

Subsistindo, por ocasião dos princípios constitucionais, apenas duas verdades em matéria de filiação, em que pese sejam ambas meios para buscar-se o respeito aos interesses da criança, em certas situações, uma delas poderá ser desconsiderada em favor da outra, no intuito de protegê-la, sobretudo porque a decisão a ser tomada terá reflexos diretos sobre sua situação fática, comprometendo, conseqüentemente, sua identidade.

Sendo, contemporaneamente, entendida a família como uma relação de valorização entre seus membros, o Direito de Família reconheceu que os melhores pais nem sempre são aqueles que geram, mas as pessoas que exercem tal função, porque o afeto é o único em muitos casos capaz de permitir a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial da criança. Portanto, consagrou a paternidade sócioafetiva através da Doutrina da Proteção Integral, sobrepondo-a à biológica.

Ademais, a Carta Federal determinou a paridade entre os filhos de qualquer origem, na linha ideológica da concepção eudemonista, que alterou a percepção jurídica de família, repersonalizando suas relações rumo à valorização do sujeito. Nesta esteira, destacou a família nuclear, que se distingue de todos os outros padrões familiares pelo seu peculiar sentido de solidariedade que une os membros da unidade doméstica pela espontânea vontade. No que

priorizou a realização pessoal, também consagrou verdade sócioafetiva, garantindo lugar de destaque ao afeto no reconhecimento das relações paterno-filiais.

O legislador brasileiro não contemplou expressamente a posse de estado como suporte fático para construir a filiação quando inexistente título para comprová-la. A jurisprudência e a doutrina procuram enquadrá-la como um fato, integrando-a implicitamente no sistema jurídico.

A dignidade da pessoa humana é princípio densificador do Estado Social Democrático de Direito e há necessidade que as normas infraconstitucionais, sobretudo as decisões dos aplicadores, estejam em conformidade com os valores constitucionais, em especial os atinentes à existência. A tendência que consagra a paternidade sócioafetiva como forma de estabelecimento da filiação tomou forma e, efetivamente, vem sendo corroborada nas decisões judiciais por tratar-se de uma realidade que se impõe a cada dia.

O aplicador do direito, a partir da jurisprudência, está construindo o caminho que futuramente levará à normatização com integração plena e expressa da posse de estado de filho no ordenamento jurídico brasileiro. Consagrada, terá a função criadora de um estado de filho em sua plenitude. Deste modo, afirmará a noção de interesse superior da criança como critério principal e indispensável à solução das questões litigiosas no âmbito familiar.

O objetivo da Lei Maior é tutelar primeiramente o indivíduo enquanto ser. Neste diapasão, buscará um sentido de justiça na elaboração e aplicação das leis protetivas da família. Por isso, torna-se necessário que os operadores do Direito de Família compreendam a

dimensão constitucional atribuída a este ramo, buscando interpretá-lo à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e, ainda, das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Estabelecido o estado de filho afetivo, dele emana um recíproco feixe de direitos e deveres entre pais e filhos, morais e patrimoniais. Estes, devem derivar da família como consequência natural do verdadeiro sentido da relação de paternidade na concepção eudemonista. A norma insculpida no diploma constitucional tem como maior propósito aniquilar as discriminações, concedendo uniformemente os direitos advindos da relação paterno-filial.

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

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROS, Fernanda Otoni de. Paternidade. Do Direito do Pai: sobre a Paternidade no Ordenamento Jurídico. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre : Síntese/IBDFAM, v. 6, p. 21, jul./ago./set. 2000.

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

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

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito de Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre : Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, p. 193-216, jun. 2000.

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

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

CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira. 2.ed. rev. e acrescida de um suplemento. 10ª impressão: fev. 1998.



DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo : Saraiva, 1998. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 17.ed. São Paulo : Saraiva, 2002. 5 v.

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

\_\_\_\_\_. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, ago. 1995.

\_\_\_\_\_. A Tríplice Paternidade dos Filhos Imaginários. ALVIM, Teresa Arruda (coord). *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.

FACHIN, Luiz Edson; LIRA, Ricardo Pereira (coord.). *Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

FELIPE, J. Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. *O Novo Código Civil Anotado*. Colaborador João Bosco Cascardo de Gouvêa. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

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

\_\_\_\_\_. *Direito de Família*. Forense, Rio de Janeiro, 1993.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. O direito de visitação do pai não-biológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, ano 1, p. 95-102, abr./jun. 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro : Forense. 1987.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo : RT, 1994.

LOSEKANN, Luciano André. Paternidade: Elo Biológico ou Afetivo? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 27, n. 83, p. 243-259, set. 2001.

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

MADALENO, Rolf Hanssen. *Alimentos e sua Restituição Judicial*. *Revista Jurídica*, n. 211, p. 5, maio 1995.

\_\_\_\_\_. A Multa Afetiva. Aspectos Processuais do Direito de Família. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, n. 8, p. 33, maio 2002. (Número especial).

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

MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia (col.) VITÓRIA, Ana Paula da Silva (col.). Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro Atual - Direito Pós-Moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 764, p. 11-32, 1999.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e Investigação de Paternidade*. 3.ed. rev e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. Relacionamento Interfamiliar. Interfaces e Conexões Do Direito de Família. *Del Rey Revista Jurídica*, Belo Horizonte : IBDFAM, 2002, n. 8, p. 32, maio. (Número especial).

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1990, p. 417. v. 5.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas Questões de Direito de Família na Nova Constituição. A Igualdade na Filiação, Inclusive para Adotados. *Revista AJURIS*, n. 45, v. 16, p. 145-154, março 1989.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma Proposta Interdisciplinar*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

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

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27.ed. atual. por Francisco José Cahali, com Anotações sobre o Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo : Saraiva, 2002. v. 6.

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

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. rev. e atual. Renovar. Rio de Janeiro/São Paulo : Renovar, 2001.

WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 13.ed. rev. atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a Jurisprudência e com Referências ao Projeto de Código Civil, com a Colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas e da Profª Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo : Saraiva, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. Investigação de paternidade sócioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, Síntese/ IBDFAM, v. 6, p. 50-52, jul/ago/set. 2000.

\_\_\_\_\_. *Alimentos no Código Civil*. De acordo com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Porto Alegre : Síntese, 2002.

\_\_\_\_\_. *Igualdade entre as Filiações Biológica e SócioAfetiva*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

VELOSO, Zeno. Negatória de Paternidade: Vício de Consentimento. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 3, Porto Alegre : Síntese, p. 73, out./dez. 1999.

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

LUANA BABUSKA CHRAPAK DA SILVA

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A  
OBRIGAÇÃO ALIMENTAR**

BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

PORTO ALEGRE - 2003