

A paternidade socioafetiva

Arthur Martins Ramos Rodrigues*

Advogado; Professor de História do Direito; Prática Jurídica II; Prática Jurídica IV, Uma Visão Constitucional do Direito Civil, da Universidade Iguazu – Campus V; Mestre em Direito na área de concentração em Direito Privado e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos.

Kamila Aparecida Iwanami*

Advogada, professora, especialista e doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNLP- Universidade Nacional de La Plata.

Victor Martins Ramos Rodrigues*

Advogado; Secretário Geral da OAB/RJ – 11ª Subseção; Professor de Direitos Fundamentais – Direitos Humanos; Ciências Políticas e Teoria Geral do Estado; Prática Jurídica Real III, da Universidade Iguazu – Campus V; Doutorando em Ciências Jurídicas pela UNLP – Universidad Nacional de La Plata (Argentina); Mestre em Direito na área de concentração em Direito Privado e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ.

Resumo

Inúmeras mudanças ocorreram na esfera do Direito de Família. Entre estas mudanças, podemos verificar o conhecimento da paternidade socioafetiva. Por não estar devidamente regulamentada no direito brasileiro, a paternidade socioafetiva, quando em conflito com outra modalidade de paternidade, jurídica ou biológica, proporciona divergências entre os doutrinadores, principalmente no que se refere à prevalência do vínculo biológico sobre o socioafetivo, o que requer toda uma argumentação teórica voltada para os valores constitucionais.

Palavras Chave: Direito de Família; Filiação; Paternidade Socioafetiva.

Abstract

Numerous changes have taken place in family law sphere. Among these changes, we can see the knowledge of the socio-affective paternity. For not being properly regulated under Brazilian law, the socio-affective paternity, when in conflict with another type of paternity, legal or biological provides disagreements among scholars, especially with regard to the prevalence of biological link on the socio-affective, which requires all a theoretical argument focused on the constitutional values.

Keywords: Family Law; affiliation; Socio-affective paternity .

1 Introdução

Desde o início da evolução histórica da humanidade já era possível visualizar o interesse e a necessidade dos seres humanos de se agruparem em grupos familiares. Isto demonstra toda a importância deste fenômeno biológico social e a necessidade de observá-lo sob diferentes ângulos, através de uma ótica interdisciplinar.

A noção contemporânea de família só foi cogitada a partir da segunda metade do século XX, com a Revolução Tecnológica, os movimentos de igualização da mulher, e, principalmente, pelo advento de uma doutrina denominada Direito Civil Constitucional que é uma corrente doutrinária dentro do direito civil que parte da premissa de que a Constituição, como fonte originária de todo ordenamento jurídico, é detentora de uma determinada hierarquia de valores e princípios que devem ser observados por toda a

legislação infraconstitucional, conferindo uma maior unidade hermenêutica ao ordenamento. Em síntese, o jurista deve interpretar a legislação infraconstitucional, *in casu* o Código Civil, conforme a Constituição e não a Constituição segundo a legislação¹.

Entretanto, a consequência desta nova doutrina que mais nos interessa é justamente a despatrimonialização² ou repersonalização³ do Direito Civil, elevando da pessoa ao epicentro do ordenamento jurídico em plena homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que influencia diretamente nas relações familiares e, principalmente, na configuração da paternidade socioafetiva.

No Brasil o marco jurídico que reconheceu todo esse fenômeno foi a Constituição Federal de 1988⁴, que trouxe em seu texto, precisamente no inciso III do artigo 1º, que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana.

Com a repersonalização, alguns valores que anteriormente eram absolutos, como o casamento e o patrimônio, dão lugar a outros que exprimem de melhor maneira a proteção da dignidade humana. O núcleo familiar, então, assume uma nova concepção baseada no eudemonismo e passa a ser regido pelo afeto como mola propulsora, deflagrando uma solidariedade social voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros⁵.

A Constituição de 1988 reconheceu a pluralidade de entidade familiares⁶, trazendo expressamente e de forma não taxativa no parágrafos 3º e 4º do seu artigo 226 outras modalidades não fundadas no matrimônio como a união estável e a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Princípios como o da solidariedade familiar (artigo 3º, I da Constituição de 1988), igualdade entre os cônjuges e companheiros (artigo 226º, §5º da Constituição de 1988 e artigo 1.511 do Código Civil), igualdade entre os filhos (artigo 227, § 6º da Constituição de 1988 e artigo 1.596 do Código Civil), não intervenção ou liberdade

¹ LÔBO, Paulo Luis Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina.asp?id=507>>, acesso em 31 de julho de 2012.

² PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 33.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das Relações de Família*. In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 6, nº 24. Porto Alegre: Síntese, jun./jul. 2006, p.151.

⁴ ALDROVANI, Andréia. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *O Direito de Família no Contexto de Organizações Socioafetivas: Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade*. In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 7, nº 34. Porto Alegre: Síntese, fev./mar. 2006, p.14.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p.28.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit. p. 250.

(artigo 1.513 do Código Civil), melhor interesse da criança, passaram a nortear em todo o Direito de Família implicando em uma mudança radical da ação do intérprete.

Esse novo modelo de família destoa do modelo patriarcal por possuir um caráter nuclear, restrito a um certo número de pessoas, as quais formam o grupo submetido à comunhão de vida, de domicílio e de patrimônio. A família extensa foi definitivamente suplantada por este modelo nuclear atual, em especial nos grandes centros urbanos.

Na ótica contemporânea os pais deixaram de ser apenas os genitores para serem algo mais que isso, algo que transcende o vínculo genético. O afeto e o amor passaram a desempenhar uma função de valor jurídico merecedores de tutela. A família passou a ser um mecanismo de desenvolvimento da personalidade de seus membros, principalmente das crianças e dos adolescentes, com o advento do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Todas estas transformações abriram novos horizontes para o estudo do Direito de Família. Como exemplo, podemos citar o fenômeno da paternidade socioafetiva, o qual, como veremos, vem sendo reconhecido pela jurisprudência, muito embora ainda não haja nenhuma previsão legal no ordenamento.

2 Paternidade e Filiação no Brasil

A filiação no Brasil pode ser entendida como “a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geram, ou que a receberam como se estivessem gerados”⁷, ou seja, a relação jurídica de parentesco que se estabelece entre os filhos e seus pais⁸.

Esta mesma relação jurídica, se encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação aos filhos, nos traz o conceito de paternidade ou maternidade. A paternidade é um direito personalíssimo e imprescritível para todos os indivíduos que têm necessidade de conhecer as suas origens. Entretanto, é certo que, em linguagem jurídica, a expressão paternidade pode possuir um sentido amplo, abrangendo tanto a paternidade *stricto sensu*, quanto a maternidade.⁹

No presente trabalho trataremos da paternidade em seu sentido amplo, principalmente no que se refere à paternidade socioafetiva, por se aplicaram tanto ao pai quanto à mãe os mesmos fundamentos para a sua configuração.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Vol. VI: Direito de Família*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 272.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p.391.

⁹ Nesse sentido deve ser interpretada a expressão “paternidade responsável” prevista no parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

O legislador brasileiro, com finalidade de preservação da segurança jurídica, da paz familiar e da manutenção do casamento, recepcionou a presunção romana de reconhecimento de filiação, atribuindo ao homem que demonstra o casamento a paternidade da criança gerada.

Neste sentido foi redigido o teor do artigo 338 do Código Civil de 1916, o qual presumia como filhos concebidos na constância do casamento, aqueles nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; ou aqueles nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.¹⁰

A presunção *pater is est*, enquanto ainda não existiam meios eficazes de determinação da paternidade biológica, apresentava-se como solução prática para a resolução dos conflitos referentes à filiação. Contudo, com o passar do tempo, essa presunção legal de paternidade passou a não mais condizer com a realidade, podendo levar a situações inusitadas ao atribuir uma paternidade fictícia em detrimento da verdade biológica.

É o que ocorre em uma situação na qual uma mulher engravida, estando ela separada de fato há anos do marido e convivendo em união estável com outro homem. Quando a criança nascer, a presunção de paternidade recairá sobre os ombros do ex-marido, visto que, pela lei, ainda não ocorreu a dissolução da sociedade conjugal de que trata o inciso II do artigo¹¹. Em outros casos, nem a confissão do adultério por parte da mulher tem o condão de ilidir que a presunção recaia sobre o marido traído (artigo 1.600 do Código Civil de 2002). Ou seja, a presunção *pater is est* remete a uma paternidade meramente jurídica, prevalecendo sempre a vontade do legislador em detrimento aos laços biológicos. Em outras palavras, entre a verdade jurídica e a biológica, prevalece a jurídica.

Atualmente essa presunção merece uma releitura, uma interpretação diferenciada, mormente pelo fato de deixar de ser um instituto favorável ao casamento e à ilegitimidade dos filhos para ser apenas um mero facilitador do reconhecimento dos filhos havidos na constância do matrimônio.

Torna-se relevante, então, analisar o critério biológico de definição da paternidade dos filhos.

¹⁰ BRASIL, Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil Brasileiro de 1916. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 de jan. 1916.

¹¹ Exemplo citado por Luiz Edson Fachin em: FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade – Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 34.

2.1 Critério biológico

Com o surgimento de novos valores e com o reconhecimento de novas entidades familiares pela Constituição, a vinculação do filho à existência do vínculo conjugal não mais é comportada pelo ordenamento jurídico.

Surgiram novas relações familiares onde, não raro, o único vínculo existente entre os pais e os filhos é o genético, o que, *per si*, não constitui um vínculo jurídico, pois necessita do seu reconhecimento, seja espontâneo ou através de procedimento judicial, para que produza efeitos previstos em lei.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, adotando o Princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente no *caput* do seu artigo 227, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito ao reconhecimento da paternidade passou a ser personalíssimo, indisponível e imprescritível, sendo comumente exercitado através da ação de investigação de paternidade.

Neste tipo de ação judicial sempre foram usadas provas periciais para se determinar a paternidade. Surge, então, o exame de DNA¹² com uma margem de confiabilidade superior a 99,99%, substituindo com eficiência os demais métodos periciais anteriormente usados para a fixação da paternidade, por não atingirem o mesmo índice elevado de êxito.

Temos, portanto, que o avanço científico da engenharia genética possibilitou o Direito chegar à verdade biológica, deixando a paternidade de ser uma presunção jurídica para se tornar um direito primário ao do ser humano de reconhecer a sua origem genética.¹³

A sentença em ação de investigação de paternidade pautada em exame de DNA reconhecendo a existência de vínculo biológico entre investigando e investigado tem o condão de gerar direitos e obrigações para ambas as partes. Para o filho nascem os direitos a usar o nome do pai, aos alimentos, à sucessão hereditária, etc.

Ainda que seja manifesta a importância do reconhecimento do laço biológico entre pais e filhos, mister se faz termos em mente que a simples atribuição a um homem da responsabilidade de uma paternidade, não significa estabelecer uma paternidade responsável, ou seja, concede sim direitos, mas não o afeto essencial para o desenvolvimento de qualquer ser humano.

¹² Abreviatura de *Deoxyribonucleic Acid*, em português: ácido desoxirribonucleico.

¹³ VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. WERLANG, Maslova. *Paternidade – Investigação Judicial e Coisa Julgada*. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 34.

A utilização do exame de DNA como único critério para o reconhecimento de filiação, entretanto, vacila ao tornar a filiação um simples laço biológico ao deixar de considerar outros fatores que, no atual sistema jurídico axiológico, se sobrepõem ao vínculo genético.

O afeto passa, então, a ser fator determinante para a caracterização da paternidade. Com referência a esse aspecto, passamos a expor sobre o critério socioafetivo, deflagrando o tema principal do presente trabalho: a paternidade socioafetiva.

3 A paternidade socioafetiva

Toda aquela comentada revolução proporcionada pela atual perspectiva civil-constitucional, mormente com o advento da Constituição de 1988 gerando efeitos para o Direito de Família pátrio, deixa transparecer que o afeto e o carinho foram elevados à condição de valores jurídicos, possibilitando o reconhecimento de situações fáticas antes não tuteladas. É o ordenamento buscando estar em consonância com os anseios da sociedade. Isto implica em afirmar que nas relações paterno-filiais os laços biológicos já não possuem a mesma relevância jurídica que possuíam.

A paternidade não é mais encarada como uma mera consequência da relação biológica entre pai e filho. Enquanto o vínculo sanguíneo é um dado, um elemento existente desde o nascimento até a morte, o liame socioafetivo é algo construído ao longo da convivência harmoniosa entre pai e filho, fundado basicamente no afeto e respeito recíproco. Tal vínculo é capaz de produzir efeitos no ordenamento jurídico, merecendo a devida tutela jurisdicional com o objetivo de resguardar a dignidade das pessoas envolvidas.

Pedro Belmiro WELTER, citando Luiz Edson FACHIM, afirma que não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas, sim, o cordão umbilical do amor, “o desvelo e o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. A verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.”¹⁴

Isso não quer dizer que as relações paterno-filiais consanguíneas perderam a sua razão de ser. A socioafetividade pode estar presente em qualquer relação, seja ela decorrente de laços genéticos ou afetivos.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Apud* WELTER, *Belmiro Pedro. Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva*. In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 4, nº 14. Porto Alegre: Síntese, jul./set. 2002, p. 148.

Nesse sentido ressalta Paulo Luiz Netto Lobo ao afirmar que “toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.”¹⁵

Em outras palavras, podemos dizer que esta nova concepção acerca da verdadeira paternidade não descarta o liame biológico da relação entre pais e filhos, mas enfatiza a necessidade de existência da paternidade socioafetiva, onde pai é aquele personagem que desempenha o papel de pai social, de afeto, que constrói uma relação com o filho, seja biológica ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constantes.

Luiz Edson FACHIN, ao dissertar sobre a paternidade socioafetiva assevera que esta:

Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos.¹⁶

Toda essa nova ótica do direito de família, exigindo uma atuação ativa no exercício da função de pai, dá notícia do que a doutrina achou por bem denominar de “desbiologização da paternidade”, que é justamente o predomínio da afetividade sobre o caráter sangüíneo da relação.

Existe, então, uma nítida distinção entre os termos pai e genitor, onde pai é o que cria e genitor é o que gera. Na visão de Paulo Luiz Netto Lôbo, pai seria aquele que, ainda que não seja o genitor, “assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação à vida, à alimentação, à educação ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar”¹⁷, previstos no artigo 227 da Constituição Federal.

O legislador brasileiro, ao contrário do que prega parte da doutrina que entende que o ordenamento optou pela tutela do vínculo genético, adotou vários dispositivos que autorizam e consagram a paternidade socioafetiva.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula 301 do STJ*. In Revista Jurídica, ano 54, nº 339. Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, jan/2005, p. 45.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade – Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 59.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A paternidade...* Op. cit. p. 46.

Na própria Carta Magna além de não existir qualquer preceito que autorize a confusão entre genitor e pai, ou a primazia da paternidade biológica¹⁸; podemos citar o parágrafo 6º do artigo 227 que traz a igualdade de todos os filhos independente de sua origem; os parágrafos 5º e 6º do artigo 227 que consagram à adoção a igualdade de direitos e proíbem designações discriminatórias; o parágrafo 4º do artigo 226 que consagra como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, inclusive os adotivos; e o *caput* do artigo 227 que garante ao ser em desenvolvimento o direito à convivência familiar como prioridade absoluta, sem fazer menção a qualquer laço biológico.

O Código Civil vigente, também trouxe alguns dispositivos que têm a mesma característica de atribuir relevância às relações socioafetivas.

O artigo 1.593 que diz expressamente que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”¹⁹ A doutrina, aqui, se posicionou de maneira a interpretar que o legislador, ao se referir à “outra origem”, teve a nítida intenção de atribuir a essa expressão a origem do parentesco socioafetivo, como sendo aquela relação norteadas pelos laços de amor, carinho, cuidado, respeito e afeto, adquiridos ao longo de uma jornada de convivência e que não advém da mesma origem genética.

O artigo 1.596 que reproduziu a igualdade constitucional dos filhos, consagrando a mesma dignidade à prole havida ou não do casamento, ou por adoção.

O inciso V do artigo 1.597 que tutela a filiação constituída a partir de inseminação medicamente assistida heteróloga, utilizando-se do sêmen de terceiro com a prévia autorização do marido da mãe. Aqui a paternidade é exclusivamente socioafetiva e não pode ser contraditada por posterior ação de investigação de paternidade.

O artigo 1.605 ainda consagra a posse do estado de filho quando houver começo de prova proveniente dos pais ou quando, destaca-se, existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos²⁰. Essas veementes presunções as quais o legislador se referiu nos abrem um leque enorme de possibilidades, inclusive de incluir aqueles laços afetivos entre pais e filhos como norte para se determinar a filiação.

Várias decisões demonstram que a jurisprudência também está assumindo um posicionamento mais axiológico, afastando o fundamento genético de relações concretas

¹⁸ *Ibid.* p. 47.

¹⁹ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de jan. 2002.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Paternidade ...* Op. cit. p. 49.

que demonstrem a existência de valores que transcendem ao liame sanguíneo, como, por exemplo:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS.

Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas.

Agravo desprovido.²¹

E ainda:

APELAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. OCORRÊNCIA.

O fundamento do presente pedido alimentar é a existência, entre apelante e apelada, de parentalidade socioafetiva. Essa relação é até incontroversa.

A relação socioafetiva configura parentesco para todos os efeitos, inclusive para a fixação de obrigação alimentícia

Juridicamente possível o pedido de fixação de alimentos, o que denota estar presente a legitimidade para a causa, seja a ativa ou a passiva.

DERAM PROVIMENTO.²²

Portanto, podemos verificar que todo o ordenamento jurídico pátrio já consagra a paternidade socioafetiva, devendo esta ser tutelada sempre que estiver presente a posse do estado de filho.

3.1 Posse do Estado de Filho

Para que se configure uma relação socioafetiva entre duas pessoas como pai e filho, não basta que haja apenas o carinho e o afeto entre eles. É perfeitamente cabível a existência do afeto sem que haja a paternidade.

Vejamos, por exemplo, o caso em que um homem que vive em sua residência com a sua família. Neste mesmo lar reside a empregada doméstica com seu filho menor, o que não raro ocorre na sociedade contemporânea. Digamos que durante toda a vida

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70018249631. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Relatora: Des. Maria Berenice Dias. Abril, 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 04 de junho de 2012.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. nº 70018070102. Sétima Cível do Tribunal de Justiça. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruchel. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 04 de junho de 2012.

desta criança o pai de família tomou cuidados para o seu desenvolvimento, dava presentes em datas comemorativas, levava para passear juntamente com os seus verdadeiros filhos, enfim, gerando uma relação afetiva com a referida criança. Este laço afetivo existente entre os dois não é suficiente para, por si só, estabelecer a paternidade socioafetiva.

É necessário, portanto, além deste afeto, a presença da posse do estado de filiação para podermos dizer com certeza sobre a existência do vínculo que gera a referida paternidade.

Este requisito da posse do estado de filho figura como sendo uma relação exteriorizada pelos fatos concretos, onde os pais assumem publicamente as funções de educação e de proteção dos filhos como se filhos fossem, ou seja, não importa que sejam frutos de um vínculo genético ou afetivo para que assumam o desempenho desta função de pai ou de mãe.

O ordenamento jurídico brasileiro não trouxe de forma expressa o instituto da posse do estado de filho, entretanto, a doutrina e a jurisprudência entendem que está implicitamente prevista no inciso II do artigo 1.605 do Código Civil, que diz que na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

José Bernardo Ramos BOEIRA leciona que “posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai”.²³

O estado de filho é irrenunciável e imprescritível, podendo o indivíduo, a qualquer momento de sua vida, pleitear a sua filiação contra seu próprio pai ou contra aos herdeiros deste, na forma do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cumpre-nos trazer o entendimento de Belmiro Pedro WELTER que, discordando da doutrina e da jurisprudência, adota o termo estado de filho afetivo, alegando que:

(...) não se trata de *posse de estado de filho*, mas, sim, de *estado de filho afetivo*, cujo vínculo entre pais e filho, com o advento da Constituição Federal de 1988, não é o de posse e de domínio, e sim de amor, de ternura, de respeito, de solidariedade, na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia. Enquanto a família biológica navega na cavidade sangüínea, a família

²³ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 60.

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.²⁴ (grifo no original)

A doutrina tem firmado entendimento de que são três os elementos para a caracterização da posse do estado de filho: a *nominatio*, a *tractatus* e a *reputatio*²⁵.

A *nominatio*²⁶, ou nome, é a utilização pelo filho do sobrenome daquele que considera seu pai.

Quanto a este elemento, notamos que a doutrina tem dispensado a sua presença para a caracterização da posse do estado de filho, visto que o filho geralmente é identificado pelo seu prenome²⁷.

O fato de o filho nunca ter usado o nome do pai não descaracteriza a posse de estado de filho caso estejam presentes os demais elementos.

A *tractatus*, ou tratamento, é comportamento que expressa a vontade de tratar e educar a criança como se fosse verdadeiro filho.

É considerado elemento objetivo de maior valor entre os demais, porque se caracteriza pelo comportamento do pai em relação ao filho, garantindo-lhe educação, assistência moral, material, ou seja, o indispensável para a sua sobrevivência e formação digna como ser humano²⁸.

Luiz Edson FACHIN cita um trecho do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal em 1º de junho de 1988, publicado no Boletim do Ministério da Justiça (378/740-752, jul. 1988), elucidando a importância deste elemento nas relações socioafetivas:

(...) um pai pode tratar um filho de muitos e variados modelos: cuidar da alimentação, do vestuário e do calçado; proporcionar a instrução possível; procurar apagar as tristezas e colaborar nas alegrias... Dir-se-á que, em termos afectivos, dificilmente se encontrará expressão mais

²⁴ WELTER, Belmiro Pedro. *Op. cit.* p. 153.

²⁵ *Ibidem*, p. 156.

²⁶ Importa mencionar que Luiz Edson Fachin utiliza para denominar os mesmos requisitos expressões diferentes, quais sejam: *nomen*, *tractatus* e *fama*.

²⁷ WELTER, Belmiro Pedro. *Op. cit.* p. 157.

²⁸ O tratamento dispensado ao filho depende da personalidade de cada pessoa, do temperamento, do caráter, da condição financeira, grau de instrução, hábitos, etc. Isto porque um pai pode dar tratamento educacional e protetivo de filho sem, contudo, prestar assistência material por falta de condições financeiras. Ou pode arcar com todas as despesas do filho sem que preste assistência moral, por ser, por exemplo, uma pessoa com dificuldades de expressar os seus sentimentos. Portanto a aferição do tratamento será realizado a partir das circunstâncias presentes em cada situação fática.

eloqüente de tratamento do que o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.²⁹

A *reputatio*, reputação, ou fama, é a exteriorização da qualidade de pai e filho perante a família e a sociedade que os cerca.

Tal elemento se caracteriza pela notoriedade da relação existente como sendo de pai e filho. É a opinião pública formada de que gozam do conceito de pai e filho. Aqui não basta o “ouvir dizer”, necessita-se que haja a convicção destas pessoas com relação ao vínculo existente.

Portanto, podemos dizer que, em síntese, se a pessoa carregar consigo o sobrenome do pai, ressaltando a opinião doutrinária da relativização deste elemento, e for continuamente tratada como filha publicamente, estará configurada a posse do estado de filho.

Preza-se sempre pela existência da publicidade, da continuidade e da ausência de equívoco na relação entre pai e filho³⁰.

Luiz Edson FACHIN alerta que, quando da falta de algum dos elementos nome, tratamento e reputação, outros fatores históricos e sociológicos de cada caso concreto são capazes de preencher os conteúdos, devendo os mesmos serem levados em consideração pelo intérprete³¹.

A jurisprudência vem acertadamente tomando por base a posse do estado de filiação para julgar casos de alegada paternidade socioafetiva, sendo imprescindível a sua presença para configurar o vínculo paterno-filial:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. VERDADE BIOLÓGICA QUE PREVALECE SOBRE A VERDADE REGISTRAL. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SOCIOAFETIVA.

1. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.
2. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar.
3. Se o autor registrou a ré como filha, sem saber que não era o pai biológico, e não possui maior relação socioafetiva com ela, a ação negatória de paternidade é medida que se impõe, pois, neste caso, a verdade biológica deve prevalecer sobre a verdade registral.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. Op. Cit. p. 68.

³⁰ *Ibid.* p. 70.

³¹ *Ibid.* p. 68.

APELO NÃO PROVIDO.³²

A importância da posse do estado de filho se destaca ainda mais perante uma situação conflituosa entre paternidades, seja jurídica, biológica ou socioafetiva, devendo sempre ser observada e tutelada, valorizando-se a *afectio* e a verdade sociológica, com o objetivo de garantir o desenvolvimento digno da criança.

4 Conclusão

Na atual conjuntura e nos moldes da atual perspectiva civil-constitucional, podemos observar uma família nuclear, dissociada do matrimônio, consagrada através da afetividade e voltada para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros.

Durante toda essa evolução, a legislação vem lutando para acompanhar estas mudanças, buscando cumprir a principal função do ordenamento jurídico: a de corresponder aos reais interesses da sociedade.

A repersonalização do Direito de Família deflagrou o afeto como um valor jurídico que deve ser tutelado, provocando, assim, uma alteração, ou, no mínimo, uma revisão dos conceitos de paternidade e a filiação até então conhecidos.

O pai deixou de ser aquele que fornece o gameta para a procriação, deixou de ser um mero genitor, passando a ser aquele que efetivamente dispensa os seus esforços para garantir a dignidade do filho, biológico ou não. Aquele que dá amor, carinho, educação, saúde, enfim, o que, sem perquirir sobre a verdade biológica, assume os direitos fundamentais da criança e do adolescente previstos no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal.

A paternidade socioafetiva passa a ser um instituto merecedor de cuidados especiais pelos magistrados, por resguardar nem sempre o interesse de pai e filho, mas, na maioria das vezes, unicamente do filho. Necessita-se, aqui, fazer-se valer dos princípios do melhor interesse da criança, da ampla proteção e da dignidade da pessoa humana, a fim de encontrar a resposta que melhor se encaixe com os preceitos constitucionais.

É nesse sentido que a idéia de posse de estado de filho surge como um elemento essencial na interpretação do julgador, determinando, em cada caso, qual paternidade, jurídica, biológica ou socioafetiva, deverá sobrepor às demais.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. nº 70018471656. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Relator: Des. Claudir Fidélis Faccenda. Março, 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 04 de junho de 2005.

Portanto, deve o intérprete buscar a verdadeira paternidade com base nos elementos específicos de cada relação em análise, com o fim de fixar a existência da posse do estado de filho, através dos seus três elementos, nome, reputação e fama (em especial os dois últimos) e, ao final, exarar o seu parecer.

Em conflito entre a paternidade socioafetiva e a biológica ou a jurídica, estando presente o estado de filiação, deve o julgador sempre prezar pela paternidade socioafetiva, não admitindo que o vínculo genético ou a própria vontade do legislador prevalecer sobre a força do liame afetivo estabelecido entre duas pessoas.

Por fim, verificamos que tratam-se de situações ainda não previstas no ordenamento jurídico pátrio e que merecem do legislador uma tutela específica norteadas pelos preceitos constitucionais. Neste processo de positivação, para que haja um resultado prático mais justo e axiológico, devem ser observados os pronunciamentos jurisprudenciais dos Tribunais que vêm espelhando com notória maestria os valores consagrados na Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J. B. Torres. FIDA, Orlando. *Investigação de Paternidade*. 8ª ed. São Paulo: A.E.A. – Albuquerque Editores Associados, 2004.

ALDROVANI, Andréia. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *O Direito de Família no Contexto de Organizações Socioafetivas: Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade*. In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 7, nº 34. Porto Alegre: Síntese, fev./mar. 2006.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva*. In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 4, nº 14. Porto Alegre: Síntese, jul./set. 2002.

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

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de out. 1988, Seção 191-A.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de jan. 2002.

BRASIL, Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil Brasileiro de 1916. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 de jan. 1916.

CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. Lisboa. Imprensa de J. G. de Souza Neves. 1867, Tomo II.

DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade – Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Família da Pós-Modernidade: em Busca da Dignidade Perdida da Pessoa Humana*. In Revista Trimestral de Direito Civil, Vol. 12. Rio de Janeiro: Padma, out/dez de 2002.

FERREIRA, Pinto. *Investigação de Paternidade, Concubinato e Alimentos*. 3ª. ed. São paulo: Saraiva, 1984.

GAMA, Guilherme Nogueira Calmon da. *Direito de Família Brasileiro: Introdução – Abordagem sob a Perspectiva Civil-Constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Vol. VI: Direito de Família*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LÔBO, Paulo Luis Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina.asp?id=507>>, acesso em 31/07/2006.

_____. *A Repersonalização das Relações de Família*. In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 6, nº 24. Porto Alegre: Síntese, jun./jul. 2006.

_____. *A paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula 301 do STJ*. In Revista Jurídica, ano 54, nº 339. Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, jan/2005.

OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos de. *Presunções de Paternidade*. In Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 7. Campos dos Goytacazes: FDC, Dezembro de 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14ª. ed. Vol. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Reconhecimento da Paternidade e seus Efeitos*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: 1977.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, n. 37

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. WERLANG, Maslova. *Paternidade – Investigação Judicial e Coisa Julgada*. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

WALD, Arnaldo. *Direito de Família*. 6ª ed. São Paulo: Revistam do Tribunais, 1988.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.