

RENATA MARACCINI FRANCO

***A SUPERAÇÃO DOS CRITÉRIOS JURÍDICO E BIOLÓGICO NA
DETERMINAÇÃO DA PATERNIDADE***

Curitiba

2001

RENATA MARACCINI FRANCO

***A SUPERAÇÃO DOS CRITÉRIOS JURÍDICO E BIOLÓGICO NA
DETERMINAÇÃO DA PATERNIDADE***

Monografia apresentada no Curso de Direito, da
Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Sérgio Seleme.

Curitiba

2001

RENATA MARACCINI FRANCO

**SUPERAÇÃO DOS CRITÉRIOS JURÍDICO E BIOLÓGICO NA DETERMINAÇÃO
DA PATERNIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Professor

Professor

Professor

Curitiba, 2001

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
INTRODUÇÃO.....	06
CAPÍTULO I – A DETERMINAÇÃO DA PATERNIDADE SEGUNDO A FORMA DE ESTRUTURA FAMILIAR.....	08
1 – A família matrimonializada e a presunção da paternidade.....	08
2 – Discrepância e evolução.....	13
2.1 – A evolução legislativa no Brasil.....	14
2.2 – A Constituição Federal de 1988.....	16
3 – A verdade biológica.....	20
CAPÍTULO II – AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DE FILIAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	24
1 – O Código Francês e a reforma de 1972.....	24
2 – A reforma em Portugal	29
CAPÍTULO III – A PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA.....	32
1 – A importância do afeto nas relações matrimoniais e parentais.....	32
2 – A noção de posse de estado de filho para determinação da paternidade sócio-afetiva.....	34
2.1 – Elementos constitutivos da posse de estado.....	38
3 – A superação das verdades jurídica e biológica.....	41
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

RESUMO

O sistema adotado pelo Código Civil brasileiro, fundado na família patriarcal, patrimonializada, hierarquizada e transpessoal, determinava a paternidade, ante a sua incerteza, e com o intuito de manutenção do instituto matrimonial, em presunções fundadas no princípio *pater is est quem nuptiae demonnstrant*, sofrendo uma série de prescrições. Paralelamente a esta paternidade jurídica o fato social-biológico se impôs, mediante avanços tímidos e paulatinos, passando-se a reconhecer o reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, independentemente do estado civil de seus pais, bem como extinguindo quaisquer restrições ao reconhecimento. No momento em que se conseguiu um meio científico de determinação da paternidade com quase absoluta precisão, impositivo foi admitir a denominada paternidade biológica. No entanto, o vínculo biológico, que aparentemente constituído critério tão seguro e adequado para determinação da paternidade, de repente passou a ser contestado, por não se revelar a verdadeira paternidade. Há que prevalecer a verdade afetiva, pois paternidade é algo que se constrói, não apenas o dado, em detrimento da paternidade biológica, quando se revelar o meio mais adequado de realização dos direitos assegurados ao ser humano em desenvolvimento.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar, de maneira sintética, as formas de determinação da paternidade, porque os critérios jurídico e biológico, isoladamente, não mais correspondem à realidade e o modo mais adequado à superação.

Iniciaremos com a retratação da família que inspirou a criação do Código Civil brasileiro, de 1917, e de que forma era estabelecida a paternidade naquela estrutura, bem como a evolução obtida com as legislações subseqüentes, decorrentes da transformação operada em todo o cenário brasileiro e mundial.

A evolução atinente ao direito de família como um todo dá-se com a Constituição Federal, com a qual foram derogadas as leis com ela incompatíveis, e possibilitou mais uma enxurrada de novas leis para regulamentar a nova realidade.

A partir da exibição sucinta da evolução legislativa concebida em no nosso ordenamento jurídico, apontaremos inovações ocorridas no direito francês e português que transformaram o direito de filiação, trazendo o elemento posse de estado de filho, concebendo a existência efetiva da paternidade sócio-afetiva.

A paternidade sócio-afetiva se apresenta como uma realidade presente, em que a família passou a ser nuclear, fundada no afeto, devendo, portanto, um fato que necessita ser abarcado pelo direito.

É com base nesta necessidade que será demonstrada a forma de determinação da paternidade sócio-afetiva, superando a determinação pelos critérios jurídico e biológico, isoladamente considerados.

CAPÍTULO I - A DETERMINAÇÃO DA PATERNIDADE SEGUNDO A FORMA DE ESTRUTURA FAMILIAR

1 - A família matrimonializada e a presunção da paternidade

A família retratada pelo Código Civil de 1916 refletia essencialmente uma comunidade de sangue fundada no casamento. Somente através do casamento era possível formar uma família legítima.

Este modelo de família fundado pelo Código Civil, inspirado por um país essencialmente agrícola, intensamente influenciado pela Igreja Católica, *"funcionava como um grupo altamente hierarquizado, no qual o chefe exercia os seus poderes sem qualquer objeção ou resistência, a tal extremo que se chegou a descrevê-la como um agregado social constituído por um marido déspota, uma mulher submissa e filhos aterrados"*¹.

Este conceito matrimonializado de família atribuía ao casamento a fonte de legitimidade dos filhos, dificultando, assim, o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e favorecendo a família decorrente do casamento, bem como os filhos provenientes dessa relação matrimonial.

¹ GOMES, Orlando. O novo direito de família. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984, p 64.

O Código Civil, elaborado no início do século XX, retratava portanto uma família matrimonializada, hierarquizada e instituiu a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, aqueles concebidos no casamento e estes advindos de relações extramatrimoniais, que podiam ser naturais ou espúrios (a qual pode ser adúlterina ou incestuosa)².

Dessa forma, percebe-se que a distinção criada pelo sistema de filiação codificada repercutia no estabelecimento da filiação, criando obstáculos para que o filho concebido fora do matrimônio fosse reconhecido pelo pai biológico (no caso de filiação adúlterina *a patre*), com o intuito de garantir a estabilidade da organização familiar, fazendo prevalecer os interesses da instituição matrimônio sobre os interesses dos membros que a compunham.

Em relação à filiação adúlterina *a matre*, enquanto a maternidade é notória em razão dos sinais externos que apresenta (parto e gravidez), confirmando que *mater sempre certa est*³, a paternidade decorre da presunção *pater is est quem nuptias demonstrant*⁴.

² Eram considerados filhos naturais quando derivados de relação extramatrimonial entre pessoas sem impedimento legal para o casamento, decorrente do parentesco ou de casamento anterior. Os filhos espúrios compreendiam tanto os filhos adúlterinos, isto é, oriundos de relação adúlterina, onde pelo menos um dos pais, no momento da concepção, se encontrava casado com outra pessoa, como os filhos incestuosos, provenientes de relação sexual entre parentes próximos.

³ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, a. 27, p. 402, maio 1979. Esclarece ainda que, "como a gravidez é um fenômeno feminino e ostensivo, a responsabilidade social da mulher pela procriação sempre esteve razoavelmente acautelada. A do homem, cuja participação não deixa vestígios seguros, apenas estaria caso o associasse à mulher o vínculo de justas núpcias".

⁴ Conforme ensina o professor Luiz Edson Fachin, In: Estabelecimento da filiação e paternidade presumida, p. 20-21, "Por isso o vínculo jurídico da filiação liga uma pessoa a seus pais, numa relação paterno-filial, harmonicamente correspondente a uma relação materno-filial. Encarta-se aí o estabelecimento da filiação perante uma genitora e um genitor, admitido que 'mater is sempre certa

Assim, em face da necessidade de estabelecer, no âmbito da família, a filiação paternal, o sistema se vale de alguns mecanismos diante da certeza da figura da mãe: se esta for casada, opera a presunção *pater is est*⁵; se a mãe não for casada, a filiação paternal pode ser estabelecida pelo reconhecimento⁶ voluntário (ou espontâneo)⁷ ou judicial (ou forçado)⁸.

Dessa forma, a incerteza acerca do pai em relação à filiação havida dentro do casamento é eliminada no interesse da segurança jurídica, através da incidência da ficção criada pela presunção da paternidade.

Pai, então, é aquele que o sistema jurídico define como tal. No entanto, pode ocorrer que não coincida a figura do pai biológico com a do pai jurídico, mas

est, a incerteza acerca do pai, em relação à filiação havida dentro do casamento, é eliminada no interesse da "segurança jurídica" através da incidência da presunção 'pater is est'".

⁵ O Código Civil abrigou a presunção *pater is est* no art. 337, dispondo que são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que nulo ou anulado. E seguindo os termos do art. 338, presumem-se concebidos na constância do casamento: os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (I); e os nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal (II). Os prazos fixados neste artigo dizem respeito aos limites temporais de duração máxima e mínima da gravidez.

⁶ O ato de reconhecimento é declaratório porque, segundo a melhor doutrina, apenas declara um fato do qual o direito tira uma série de conseqüências sem criar a paternidade (como veremos a seguir). Este ato vem estabelecer, juridicamente, o parentesco biológico já presente entre pai e mãe e filho.

⁷ Entendeu Orlando Gomes, In: Direito de Família. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, ser o "ato solene e público, através do qual alguém, de acordo com a lei, declara que determinada pessoa é seu filho".

⁸ O reconhecimento judicial opera-se por intermédio da ação de investigação da paternidade ou da maternidade. Este reconhecimento compulsório tem lugar, pois, nas situações em que a vontade do(s) genitor(es) não se manifesta livremente, razão pela qual a lei garante ao infante o seu direito de ser declarado filho, e os efeitos daí resultantes, como o direito ao nome, à prestação alimentar e o direito à sucessão.

"sobre a verdade biológica, faz o sistema prevalecer a verdade jurídica"⁹. Este seria o caso da hipótese do filho adúlterino a *matre* cuja paternidade não tenha sido contestada pelo marido da mãe, nos termos do Código Civil brasileiro.

Mesmo assim, é sob o modelo biológico que o sistema jurídico inicialmente organiza o estabelecimento da filiação, embora não o reproduza fielmente.

O Código Civil, ao determinar que é legítimo o filho concebido na constância do casamento, presume que o marido é tido como sendo o pai do filho havido durante o matrimônio. Opera assim a presunção *pater is est*, com o intuito de estabelecer a paternidade. E, nos termos do sistema do Código Civil, a presunção de paternidade implicava em presunção de legitimidade.

O Código Civil brasileiro, filiando-se à orientação do Código napoleônico, incorporou, por isso, a regra *pater is est* de forma a dificultar o seu afastamento, enfeixando-se num sistema de causas determinadas.

A adoção da presunção de paternidade veio ligada à legitimidade exclusiva do marido¹⁰ para contestar a paternidade e, mesmo posta essa legitimidade ao

⁹ FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 21.

¹⁰ O Código Civil brasileiro segue o exemplo dos sistemas latinos codificados, inspirados em duas características marcantes desses sistemas: a legitimidade exclusiva do marido para contestar a paternidade do filho tido pela mulher com a qual contraiu núpcias e a enunciação taxativa de número limitado de motivos aptos a ensejar a contestação. Também se moldou à semelhança dos demais sistemas influenciados pelas regras do Código Civil francês, enfeixando-se num sistema de "causas determinadas" (FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação..., p. 32).

marido que desejasse contestar a sua paternidade, somente se permitiu lançar mão da contestação em causas ou circunstâncias previamente enumeradas em lei.

A taxatividade¹¹ das causas permissivas da contestação da paternidade ensejava situações muitas vezes visivelmente contrárias à paternidade legítima. O intuito do legislador ao estabelecer este regime de "causas determinadas" não foi contrapor a verdade jurídica à verdade biológica, pois, na normalidade das relações, o pai biológico é realmente o marido da mãe.

A rigor, o reconhecimento dos filhos havidos na constância do casamento se opera automaticamente com o nascimento da criança através da presunção *pater is est*.

Com relação à filiação havida fora do casamento, de acordo com o sistema do Código Civil, a paternidade se estabelece somente através de reconhecimento voluntário (art. 359 e seguintes) ou por sentença judicial (através de ação de

¹¹ A presunção consagrada pela regra *pater is est* só pode ser afastada em uma das hipóteses do art. 340, com ressalva do art. 341. A enumeração é pacificamente considerada taxativa. No plano da prova, o caráter restritivo do elenco de fundamentos admitidos é reforçado por três dispositivos. Segundo o art. 342, só a impotência *absoluta* é alegável contra a legitimidade do filho. Entretanto, há necessidade que o Autor demonstre a persistência da situação de impotência durante todo o período legal da concepção. Os arts. 343 d 346, por sua vez reforçando a idéia de que a prova a ser feita é a da impossibilidade da paternidade, tornam certo serem insuficientes, para o sucesso da contestação de paternidade, quer a simples demonstração do adultério da mulher 'com quem o marido vivia sob o mesmo teto', que a confissão materna. O nosso sistema positivo restringe ainda as possibilidades legais de afastamento da presunção *pater is est* por dois outros caminhos: limitando a legitimidade ativa para a propositura da ação, e estabelecendo prazo decadencial curto. Quanto ao 1º aspecto, é privativa ao marido da mãe a propositura da ação de contestação da legitimidade do filho (art. 344). Se o marido falece após proposta a ação, seus herdeiros poderão dar seguimento à ação (art. 345), mas ninguém poderá ajuizá-la se ele falecer sem a haver proposto. E em relação à Segunda via limitativa, estabelece o Código os prazos decadenciais do art. 178, §§ 3º e 4º, I. Se o marido estava ausente, o prazo eleva-se a três meses, a contar de sua volta à casa conjugal.

investigação da paternidade¹², art. 363 e seguintes), pois não se presume que os filhos de mulher não casada têm por pai o homem com quem ela tenha convivido sexualmente.

2 - Discrepância e evolução

Conjetura-se que o objetivo precípua do sistema codificado é a defesa da família matrimonializada, muitas vezes no sentido de impossibilitar ou impedir o reconhecimento da paternidade, chegando ao ponto extremo de deixar uma criança sem pai declarado.

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 biológica e a paternidade jurídica, a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica a primeira em favor da segunda.

A defesa da família fincada no matrimônio e a supremacia da autoridade paternal, decorrentes da concepção patriarcal e hierarquizada da família, ajudam a explicar esse desencontro entre a verdade biológica e a mentira jurídica.

¹² Somente tem legitimidade para propor a Ação de Investigação de Paternidade o filho, e poderá fazê-lo se no termo de nascimento não existir qualquer indicação de quem seja o pai ou a mãe (art. 348CÓDIGO CIVIL): I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o suposto pai; II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai ou suas relações sexuais com ela; III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade. (WALD, Arnold. Direito de família. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990).

No entanto, o comportamento matrimonial, a partir de meados do século XX, demonstra que o casamento deixou de apresentar aquela estrutura patriarcal e hierarquizada, alterando os papéis dos cônjuges e dos filhos e o relacionamento entre eles.

Diante dos novos fatos advindos da conjuntura mundial, a saber, a industrialização, o liberalismo e, enfim, o capitalismo, o qual consagrou a inserção da mulher no mercado de trabalho e sua conseqüente autonomia financeira, a família teve seu conceito, sua constituição e sua organização interna modificadas¹³.

E como o objetivo do direito é que ele seja conectado à realidade, o direito de família captou a evolução de forma gradual, tentando manter-se atualizado.

2.1 - A evolução legislativa no Brasil

Em relação ao âmbito legislativo, após o Código Civil, muitas foram as inovações¹⁴ trazidas tanto por leis ordinárias quanto pelas Constituições, chegando

¹³ *“O legado do sistema clássico, no entanto, não se manteve incólume à evolução da própria idéia de família”, haja vista que as “as concentrações urbanas, a inserção da mulher no processo de produção, constituem, entre outros fatores importantes que provocaram essa mudança. Essa transformação gerou um modo de apreender as relações familiares e repercutiu no estabelecimento da filiação” (FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da paternidade...p. 22).*

¹⁴ Inovações nas quais o traço dominante é a busca da eliminação da desigualdade entre a família legítima e natural.

no ápice com o advento da Constituição de 1988, que instituiu vários princípios imprescindíveis ao direito de família contemporâneo.

Em face dos filhos adulterinos, o Decreto-Lei n. 4.737 de 24 de setembro de 1942 possibilitou o reconhecimento, voluntário ou forçado, após o desquite, e a Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, modificou o art. 358 do CÓDIGO CIVIL para permitir o reconhecimento em todos os casos de dissolução da sociedade conjugal.

Mais tarde, em 26 de outubro de 1977, a Lei n. 6.515 (a conhecida Lei do Divórcio), alterou a Lei 883/49, passando a permitir o reconhecimento ainda na constância do casamento, por qualquer um dos genitores, desde que em "testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e nesta parte, irrevogável". E, ainda, em seu artigo 2º, igualou o direito à herança dos filhos consangüíneos de qualquer natureza.

Através de Lei n. 7.250, de 14 de novembro de 1984 (trazendo nova alteração à Lei 883), facultou o reconhecimento de filho adulterino quando o pai adulterino estivesse separado de fato de seu cônjuge por um período superior a 5 anos ininterruptos.

Percebe-se daí que, mesmo havendo a possibilidade de que seja reconhecido o filho ilegítimo, este só poderá reivindicá-lo depois de finda a sociedade conjugal do pai adúltero.

No tocante aos filhos naturais, a Constituição de 1937, em seu artigo 126, equiparou-os aos filhos legítimos, facilitando o seu reconhecimento e assegurando-lhes os direitos e deveres.

A mudança na ordem jurídica nacional representou um abrandamento dos rigores do Código Civil, mas o que não significou a abolição dos princípios prevalentes em termos de paternidade, pois ainda era feita uma associação entre legitimidade e casamento¹⁵.

Será com a Constituição Federal de 1988 que a realidade jurídica será alterada, *"pondo fim a uma longa história de discriminações, e a rigor poderia evitar maiores investigações em tema de igualdade, encerrando o debate doutrinário, tal a clareza do Texto"*.¹⁶

2.2 - A Constituição Federal de 1988

¹⁵ A associação entre legitimidade e casamento dá a direção básica das regras de direito de família e, à medida que se opera a dissociação entre ambas, se verifica uma evolução na matéria. (FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação...p. 64).

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.) *Direitos de família e do menor..* 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

O Texto Constitucional de 1988 é um marco para todo o direito. Mas, de todas as inovações trazidas, talvez, no direito de família¹⁷ elas se manifestem de modo mais intenso revelando a defasagem existente entre a realidade social e a proposta legislativa¹⁸.

Relativamente à filiação, a Constituição da República operou a alteração do ordenamento jurídico, abolindo a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, consagrando a igualdade da filiação, resultando na possibilidade a todos do reconhecimento da paternidade e estabelecendo o sistema unificado da filiação.

Ao estabelecer a igualdade entre os filhos¹⁹, não importando serem decorrentes do casamento ou não, o texto constitucional não mais admite o tratamento discriminatório aos filhos. Logo, *"todos os dispositivos legais estruturados em função daquelas diferenças são inconstitucionais restando, portanto, sem sentido e esvaziados"*²⁰.

¹⁷ O professor Eduardo de Oliveira Leite aponta, resumidamente, as orientações básicas da Magna Carta: a) manutenção do casamento como instituto originador da família, b) proteção da família como um todo, c) igualdade entre marido e mulher, d) possibilidade da ruptura do vínculo matrimonial, e) paridade de direitos entre filhos de qualquer origem e, finalmente, f) reconhecimento expresso das uniões estáveis. (LEITE, Eduardo de Oliveira. Temas de direito de família. São Paulo: RT, p. 99).

¹⁸ *"Operando rompimento com o que estava ancorado no Código, o novo Texto Constitucional transformou alguns dos princípios sob os quais o Código Civil fincou seu sistema. O legislador constitucional assim procedeu ao reconhecer a união estável não-matrimonializada, ao lado do casamento, e ao alargar a concepção de família. Recolheu ao direito o mundo dos fatos"* (FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999).

¹⁹ Dispõe o art. 277, § 6º da CF/88: "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".

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 100.

Disso deve-se entender, portanto, que todas as espécies de filiação passam a ter direito a ser reconhecidas, pois a paternidade passa a ser um direito, não mais acontecendo daqueles que biologicamente são filhos não sejam juridicamente considerados como tais.

Outra inovação trazida pela Carta Constitucional se refere ao princípio da paternidade responsável²¹ o qual foi responsável pela extinção das conseqüências negativas imputadas aos filhos, decorrentes de atos praticados pelos pais.

Com isso, a nova Constituição iguala todos os pais, aos menos, em nível de responsabilidade paterna, o que não significa que a Constituição obriga, quem quer que seja, a assumir uma paternidade, pois violaria à própria idéia de paternidade. Mas mesmo que o pai não queira assumir a paternidade confirmada pelo nascimento, a responsabilidade existente em relação ao filho, passa a existir desde a data do nascimento²².

A disciplina jurídica da família e da filiação, calcada no Código Civil, estava voltada para a proteção da paz doméstica, considerando a família como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial.

²¹ Art. 227, § 6º, "os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas às filiações".

²² LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 101.

Hoje, ao pelo contrário, não se pode ter dúvida quanto a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade²³ de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana²⁴ e, em particular, da criança e do adolescente.

Após a Constituição de 1988, outras três Leis infraconstitucionais foram promulgadas com o intuito de adequar os preceitos da legislação ordinária à nova realidade constitucional.

A Lei 7.841, de 17 de outubro de 1989 revogou o art. 358 do CÓDIGO CIVIL, norma impeditiva de reconhecimento de filhos espúrios (incestuosos e adúlteros). A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, confirmando os princípios trazidos pela Carta Magna.

²³ Assim como comenta Paulo Luis Netto Lobo, *“Em relação à família, desapareceu suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica, recuperando a função de grupo unido por desejos laços afetivos, em comunhão de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-reponsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais - é a chamada repersonalização das relações familiares”* (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

²⁴ Tal como Pietro Perlingieri, no âmbito do direito italiano, In: Perfis do direito civil, p. 243, *“A família como formação social, como ‘sociedade natural’, é garantida pela Constituição (art. 29, I) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde desenvolve a pessoa”*.

A revogação do art. 337 do CÓDIGO CIVIL foi obtida com a Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992, a qual regula a investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento, introduzindo a averiguação oficiosa da paternidade.

3 - A verdade biológica e suas dificuldades

Conforme o que fora explicitado até o momento, em relação ao critério jurídico da paternidade, determinado pela presunção *pater is est*, e em face das inovações advindas posteriormente ao Código Civil brasileiro, percebe-se que a noção de paternidade esteve sempre vinculada ao conceito primário biológico: pai é quem gera um filho.

Mesmo que o sistema adotado pelo Código Civil pudesse não estar em acordo com a realidade, ante o fato de que as relações pessoais não corresponderem fielmente o previsto, ele foi estruturado de forma que coincidissem a paternidade biológica com a jurídica²⁵.

Considerando a existência de inovações legislativas e jurisprudenciais no campo do direito de filiação, por conta da Constituição de 1988 que consagrou a

²⁵ "O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir as suas funções tradicionais". (NETTO LÔBO, Paulo Luiz. O princípio jurídico da afetividade na filiação. In: , 06/08/2001, p. 01.

todos os filhos, advindos de relações matrimoniais e extramatrimoniais, o direito de ter a paternidade estabelecida, e a obtenção de um meio científico que determina a paternidade com quase absoluta precisão, impositivo foi admitir a denominada paternidade biológica²⁶.

Assim, ao lado da paternidade jurídica, impôs-se a paternidade biológica, que vem sendo questionado²⁷ por não revelar a verdadeira paternidade, pelo menos em alguns casos.

Dessa forma, com a evolução das ciências foi-se "*reduzindo o papel de presunção da paternidade legítima que, juntamente com a procura da paternidade natural, foram cedendo lugar ao poder inquestionável das provas científicas da filiação biológica*"²⁸.

Esta facilidade obtida em excluir ou atribuir a paternidade questionada, reduz-se a nada a filiação estabelecida pelo registro de nascimento, haja vista que aquele a quem se pôde determinar a paternidade, por vezes, não quer assumi-la, contrariando o sentido da paternidade.

²⁶ Além da via desenvolvida ao lado do Código Civil, dois fatos científicos vieram sobremaneira abalar toda estrutura existente, quer em doutrina, quer em direito positivo, a respeito da filiação: 1. o avanço e a utilização das técnicas de reprodução assistida, trazendo enorme perplexidade a um sistema que sequer poderia cogitar de tais formas de procriação; 2. o paralelo avanço das técnicas de determinação de parentesco mediante exame de DNA.

²⁷ Por exemplo, em face do emprego das técnicas de reprodução assistida, criando novas complexidades, ainda não resolvidas.

²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. 120.

Com efeito, o fenômeno da paternidade tem um significado mais profundo do que a simples revelação da verdade biológica, ele se completa, se perfaz com a prática reiterada de atos de amor e cuidado do pai para com o filho, passando a verdade biológica e indo ao encontro da verdade afetiva.

No mesmo sentido, João Baptista Villela alude que *"ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir"*²⁹.

Em decorrência desta evolução, os tribunais têm entendido que os filhos podem, a qualquer tempo, pleitear a paternidade que imputam a alguém, não prevalecendo a presunção *pater is est* nem o registro público de nascimento.

Com a evolução das ciências biogenéticas, no entanto, outras presunções surgiram, tais como *"a que confere pretensa certeza de filiação resultante de exame de DNA e a que considera confissão ficta a recusa em a ele submeter-se"*³⁰³¹.

²⁹ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 21, p.408.

³⁰ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Op. cit., p. 01.

³¹ O presente acórdão ilustra bem o que queremos demonstrar: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RELACIONAMENTO ÍNTIMO ENTRE O RÉU INSVESTIGADO E A MÃE DO AUTOR INVESTIGANTE. PROVAS QUE AUTORIZAM A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. EXAME SANGUÍNEO NÃO REALIZADO. RECUSA DO RÉU AO COMPARECIMENTO PARA A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA DE DNA, POR VÁRIAS VEZES CONSECUTIVAS. PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE PRETENDIDA. Estando provados os fatos básicos, tais como o relacionamento da mãe do investigador com o investigado, durante o período regular da concepção, bem como o nexo de causa e efeito entre essas relações e o nascimento daquele, dev3 ser julgada procedente a ação de investigação de paternidade. Se o investigado não consegue demonstrar qualquer causa impediante da paternidade e nem favorece essa demonstração, aparece, em favor do investigador, de forma inafastável, a presunção "pater is est". Em ação de investigação de paternidade, o investigado não pode ser obrigado, coercitivamente a submeter-se a exame pericial, mas, a sua recusa estabelece a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo investigador, notadamente quando, em razão do progresso científico, as perícias modernas (DNA – HRL) podem indicar, nesse caso, com segurança, a ascendência pretendida.

Determinada, então, a paternidade via ação judicial³², o responsável geneticamente pela procriação terá que se submeter a todas as obrigações e direitos decorrentes. Mesmo porque, devido ao princípio constitucional da paternidade responsável, o pai, mesmo que não queira assumir como seu o filho por ele gerado, deverá responsabilizar-se, seja patrimonialmente, seja em relação a alimentos.

Dessa forma, para Eduardo de Oliveira Leite, a investigação de paternidade passa a ser de um “*tocante reducionismo*” pois, se posso obrigar alguém a responder patrimonialmente pela sua conduta não posso obrigar ninguém a assumir uma paternidade que não deseja

Recurso provido. Segredo de justiça (Apel. n. 174.809, 2ª Câm. Cív. Rel. Min. Darcy Nasser de Melo, julg. 09/11/1994, TJ/PR).

³²A ação de investigação de paternidade foi paulatinamente sendo utilizada para se determinar a paternidade, afastando a presunção *pater is est*, como ainda é o entendimento majoritário: CIVIL. INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE. DECADÊNCIA SUPERADA. INTERPRETAÇÃO ATUAL DO §3º DO ART. 178 DO CÓDIGO CIVIL.- Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo da filiação (Min. Eduardo Ribeiro, Resp 194.866/RS).

CAPÍTULO II - AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DE FILIAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

1 - O Código Civil francês e a reforma de 1972

O sistema clássico de filiação do direito francês influenciou os sistemas latinos codificados, incluindo nesta relação o Brasil³³. Este Código Civil francês era assentado sobre a concepção matrimonializada e hierarquizada da família, mantendo uma desigualdade entre os filhos legítimos e os "bastardos".

Em decorrência dessa concepção, a filiação legítima decorria do casamento, cuja paternidade era estabelecida automaticamente através da presunção *pater is est*. Os filhos naturais, por sua vez, eram denominados bastardos e, em princípio, eram excluídos da família.

Com o advento da Lei n. 72 de 03 de janeiro de 1972, o direito de filiação francês sofreu sensível e importante alteração, pois adotou "*uma política em favor do filho, cujo interesse impregna toda a lei*"³⁴.

³³ De que forma o Código Napoleônico influenciou o Código Civil brasileiro já foi exposto no capítulo anterior.

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida* Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 75. Ainda, o professor Fachin, sobre as transformações geradas pela lei, comenta: "*Em favor do filho, a lei apresenta um máximo de vantagens e gera com isso uma espécie de política de compensação(...)*Nela emerge claramente um novo sentido da paternidade, rompendo as antigas amarras e transformando na forma e no fundo o direito de filiação." (FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 41).

A reforma tinha o objetivo primordial de acabar com a discriminação entre os filhos legítimos e ilegítimos, adotando-se, assim, o estatuto unitário da filiação. Sob outro prisma, concedia aos filhos naturais proteção jurídica, garantindo o seu ingresso na família.

Através da aceitação do princípio constitucional da igualdade é que foi possível a abolição de qualquer tratamento discriminador fundado na origem do filho, sob o postulado moral que deriva do princípio da inocência³⁵.

A abolição da discriminação entre os filhos possibilitou que fosse atribuído ao filho natural os mesmos direitos e deveres³⁶ conferidos ao filho legítimo.

A outra importante transformação advinda pela Lei de 72 se refere à busca da verdade da filiação, ou seja, a importância dada à procura da coincidência entre o vínculo jurídico da filiação com a filiação real, com o intuito de não mais existir as filiações fictícias.

Dessa forma, para a obtenção dessa verdade real, a presunção *pater is est* passa a ser mitigada, através da limitação do domínio da presunção e da facilitação

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento...p. 77. O presente princípio tem como base o fato de que a criança não tem culpa da sua natureza, não devendo, portanto, sofrer os efeitos decorrentes de atitudes desonrosas de seus pais.

³⁶ Quanto aos diversos direitos e deveres, aponta o professor Fachin alguns exemplos: "A obrigação alimentar; no campo das sucessões, a lei aboliu as desigualdades; quanto ao ingresso do filho na família de seus ascendentes, o filho natural possui os mesmos direitos e deveres que um filho legítimo, percebendo-se aí a extensão que se encontra com a aplicação daquele princípio, posto que, sendo iguais os filhos naturais e os legítimos, ao natural toca o direito de ter não somente uma família, como também irmãos, irmãs, avós, tios"(FACHIN, Luiz Edson. Op. cit. p. 77)

dos meios para a contestação. De acordo com a reforma, portanto, a presunção *pater is est* ainda é vigente, só que de forma mais branda³⁷.

Além da manutenção da presunção *pater is est*, a Lei que trouxe a reforma, mantém ainda a regra básica do período legal da concepção³⁸, que corresponde ao período que se estende do 300º ao 180º dias, inclusive, antes da data do nascimento. No entanto, admite prova em contrário acerca da duração da gravidez, em homenagem ao princípio da verdade.

Conforme o exposto, percebe-se que a Lei que implicou na reforma do direito de filiação francês busca primordialmente a verdade biológica da paternidade³⁹, mas, no entanto, *"há um espaço destacado à verdade sociológica, tomando-se em especial consideração o comportamento dos pais, o que aparece sob a noção de posse de estado, cujo papel realmente foi realçado pela lei"*⁴⁰.

³⁷ Além do elástico dos meios de contestação e limitação do domínio, a presunção *pater is est* é abrangida também ante ao fato de que a reforma trouxe hipóteses que afastam de pleno direito a incidência da presunção e aqueles que a restabelecem, conforme traz à lume o professor Fachin (FACHIN, Luiz Edson. Op. cit. p. 79).

³⁸ A manutenção do período legal da concepção é relevante à ação de subsídios, inovação trazida pela reforma, a qual permite que todo o filho natural, em face do qual a filiação não esteja estabelecida, o exercício do direito de reclamar subsídios a quem teve relações sexuais com a sua mãe durante o período legal da concepção. Note-se que a prestação de alimentos não se funda sobre a existência de um vínculo de filiação, mas sobre a existência de relações íntimas à época da concepção, o que denota o caráter protetivo da filiação natural ainda não estabelecida. (FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 42).

³⁹ *"Dessa forma, os progressos trazidos pela ciência seja na biologia ou genética, possibilitam a prova negativa da paternidade, com o máximo de certitude e mesmo, em certos casos, a prova positiva da paternidade. A ciência serve como árbitro quando se constata uma dúvida sobre a filiação ou um 'conflito de paternidades'".*(BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, a. 27, n. 27, 1992/1993, p. 70.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade...p. 44.

O sistema francês apreendeu essa noção de posse de estado⁴¹ em dois momentos, inicialmente ela exerce um papel de prova da filiação, e projeta-se quando o legislador de vale da posse de estado de filho para dirimir a controvérsia da filiação.

Ainda, quanto à posse de estado de filho no direito francês, Julie Cristine Delinski afirma ter dupla face: *"A principal é o caráter criador que lhe é atribuído, pois tem o papel privilegiado de criar o estado de filho, e pode também ter um caráter secundário de prova da filiação"*⁴².

A posse de estado, saindo do campo probatório, assume um caráter jurídico na medida em que torna inatacável a filiação legítima quando aquela estiver conforme o registro de nascimento. Ou seja, é inatacável a filiação legítima que estiver reforçada pela posse de estado de filho. De conseqüência, torna-se frágil a filiação quando não houver posse de estado.

A lei traz que todo o reconhecimento é nulo e toda a demanda não será recebida quando houver uma filiação legítima já estabelecida pela posse de estado⁴³.

⁴¹ A posse de estado de filho constitui-se de fatos que fazem presumir a existência do laço de filiação e que denominam *nomem, tractaus e fama*. Supõe-se através desta presunção, que a relação entre a criança e o adulto faça transparecer a existência de um laço paterno ou materno em virtude da criança ser tratada como filho e, igualmente, ser reconhecida por outras pessoas como sendo. E ainda, que haja a notoriedade do fato. Além de ser constatada a existência desses fatos, faz-se necessário que a posse de estado de filho seja contínua, legítima e inequívoca.

⁴² DELINSKI, Julie Cristine. O novo direito de filiação. São Paulo: Dialética, 1997, p. 74.

⁴³ Art. 334-9 do Código Civil francês.

Da interpretação desse artigo surte diversos posicionamentos, predominando a interpretação denominada "a contrario", aprovada pela Corte de Cassação⁴⁴.

Como visto, o sistema francês protege, em primeiro momento, a verdade biológica, que se refere à paternidade decorrente da procriação. No entanto, tal verdade é valorizada pela verdade sociológica ou afetiva, que é dada através da posse de estado de filho⁴⁵.

Assim, ao lado desta verdade biológica, encontra-se com um destaque especial o valor do afeto, buscando a coincidência da verdade biológica com a verdade sócio-afetiva⁴⁶.

⁴⁴ A interpretação a contrario sustenta que o reconhecimento de filho de mulher casada é vedado quando o filho tiver uma filiação já estabelecida pela posse de estado, e, em caso contrário, a filiação natural pode ser estabelecida, gerando, em face da presunção *pater is est* um conflito de filiação que deverá ser resolvido por uma ação de contestação da paternidade. A outra se funda numa interpretação analógica: se é vedado reconhecer um filho perante o qual a filiação legítima já se encontra estabelecida por uma posse de estado, o mesmo deverá se entender quando a filiação estiver estabelecida pelo assento de nascimento, porque em ambos os casos se cuida de filiação legítima, da filiação de um filho beneficiado pela presunção de paternidade que somente pode ser atacada pelo marido da mãe ou pela própria mãe, nos termos do art. 318 do Código Civil (FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento...p. 82)

⁴⁵ "O rigor da aplicação da presunção *pater is est* foi atenuado, sobretudo com a valorização da verdade biológica e foi também consagrada a liberdade de provas da filiação, o que acarretou no reconhecimento de uma livre apreciação dos tribunais na análise destes elementos e no fortalecimento de uma livre apreciação da função atribuída à posse de estado de filho, ou seja, a filiação vivenciada de fato", como bem salienta Maria Crespo Brauner (BRAUNER, Maria Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial ...p. 71).

⁴⁶ Nesse mesmo entendimento, "na seara da filiação, a verdade é, em primeiro momento, a verdade biológica, que se refere, por isso, à maternidade ou paternidade física. Mas na reforma há um espaço destacado à verdade sociológica, tomando-se em especial consideração o comportamento dos pais, o que aparece sob a noção de posse de estado, cujo papel realmente foi realçado pela lei". (FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento...p. 78).

2 - A reforma em Portugal

O Código Civil português, de 1966, procurava também manter a estrutura familiar fundada no casamento, assim como era assentado o sistema do Código Civil francês.

Com relação ao direito de filiação, entretanto, aquele já atribuía valor à busca da verdade biológica da filiação, bem como, a presunção *pater is est* era mais branda.

Isso foi possível porque o Código Civil português admitia prova de que o marido não fosse o pai verdadeiro, sob o ponto de vista biológico, e não havia o monopólio do marido para contestação da paternidade, pois era conferido também ao Ministério Público.

Quanto às presunções sobre o tempo, manteve-se o mínimo e máximo, assim como ocorria no sistema francês.

Com o Decreto-lei n. 496 de 25 de novembro de 1977, que adequou os preceitos do Código Civil português aos parâmetros constitucionais operou-se uma mudança no sistema vigente de estabelecimento da filiação.

Aos filhos nascidos dentro do casamento, incidirá a presunção *pater is est*, enquanto àqueles extramatrimoniais, a paternidade se estabelece por perfilhação ou decisão judicial.

Assim, mantém-se a presunção *pater is est* só que de modo mais ameno, de forma a respeitar a verdade biológica.

Foram estabelecidas formas de cessação dessa presunção e realizada a divisibilidade do período legal da concepção, restando possível, dessa forma, demonstrar o não funcionamento da presunção *pater is est*, admitindo-se prova da época real da concepção.

Além disso, foi alargado o rol de legitimados ativos para propor ação de contestação de paternidade, admitindo também ser proposta pelo filho ou pela mãe.

O Decreto trouxe, como novidade, a possibilidade da mulher casada indicar no ato do registro que o filho não é do marido e, através de procedimento próprio regulado no Código de Registro Civil, pode-se obter uma declaração judicial de inexistência de posse de estado de filho quanto à mãe e o marido desta no momento do nascimento⁴⁷.

⁴⁷ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Alguns aspectos da filiação nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Direitos de família e do menor*. 3^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 58.

Prevê, ainda a reforma, a averiguação oficiosa da paternidade cabível quando o registro há apenas a maternidade estabelecida⁴⁸.

A noção de posse de estado de filho, na reforma portuguesa, é tomada sob o mesmo ponto de vista da reforma francesa tendo papel tanto de fundamento como de prova da filiação.

A posse de estado é reputada como índice idôneo da verdade biológica, e, havendo indicação pela mãe no assento de nascimento de que o filho não é do marido, o julgador, em processo, irá apelar pela posse de estado de filho, a fim de determinar a verdade biológica.

O estabelecimento da filiação, portanto, vai depender da apreciação concreta da filiação de fato, que é demonstrada pela posse de estado de filho, que poderá ser provada por todos os meios admitidos em Direito, mas tendo papel importante e fundamental os testemunhos⁴⁹.

⁴⁸ Com relação à averiguação da paternidade, caso o pretense pai confirme a paternidade, averba-se. Se negá-la, mas presente provas contundentes, poderá o Ministério Público intentar ação de investigação de paternidade.

⁴⁹ DELINSKI, Julie Cristine. O novo direito de filiação. Op. cit. p. 77-78.

CAPÍTULO III - A PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA

1 - A importância do afeto nas relações matrimoniais e parentais

A família retratada pelo Código Civil brasileiro era essencialmente patriarcal, aquela onde o poder do chefe transcendia o núcleo familiar⁵⁰ calcado em laços consangüíneos.

Ela se caracterizava por ser transpessoal, preocupada principalmente com sua continuidade, relegando ao segundo plano os interesses de seus membros.

O conteúdo dessa família não se limitava nas noções de patriarcado, hierarquia, matrimonialização e manutenção do vínculo. O aspecto patrimonial era de relevância precípua, como bem se observa dos dispositivos do CÓDIGO CIVIL referentes à matéria.⁵¹

⁵⁰ A esfera do exercício dos poderes do pai restringia-se à família legítima, constituída pelo matrimônio válido.

⁵¹ Como, por exemplo, as formas de regime de bens e à necessidade de outorga para a alienação de bens imóveis cuja propriedade é de pessoa casada.

Dessa forma, a presença do afeto pode ser somente presumida⁵², pois a *affectio* presente na família patriarcal tem conteúdo diverso daquele apresentado na família eudemonista⁵³.

Com processo de urbanização que já estava ocorrendo com a vigência do Código Civil de 1916, vindo a se atenuar posteriormente, os costumes foram sendo substituídos com a transformação da “grande família” para a família constituída com um número pequeno de filhos, contribuindo para que ela se tornasse uma comunidade mais coesa, com maior proximidade entre seus membros.

Assim, a família sociológica vem substituir a família patriarcal, deslocando a primazia exercida pelo parentesco para a sociedade conjugal. Perde-se em quantidade de membros, mas ganha-se em qualidade de afeto entre o reduzido círculo da família conjugal. É a família fundada no afeto.

A Carta Magna teve o papel de modificar esta realidade jurídica ao estabelecer a igualdade de filhos de qualquer origem e a igualizar todas as formas de união ao casamento.

⁵² CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Coordenação Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 274.

⁵³ O que será visto em seguida.

Buscando a realização pessoal o ordenamento foi posto em segundo plano e os sujeitos se impuseram como prioridade. A verdade social não se ateve à verdade jurídica e os fatos afrontaram e transformaram o direito⁵⁴.

A partir do momento em que se instalou a igualdade e liberdade da família, *“o vínculo jurídico cedeu parte de seu espaço à verdade sócio-afetiva. Felicidade e afeto demarcaram seu espaço na noção jurídica de família em todas as esferas, a exemplo do que já havia acontecido na realidade social”*⁵⁵.

Percebe-se a operacionalidade da valorização da pessoa na família, em sentido diverso do encontrando no Código Civil, nitidamente transpessoal.

A família contemporânea é tomada como a comunidade de afeto e entreajuda, local em que as pessoas têm suas aptidões naturais potencializadas e sua continuidade só encontra respaldo na existência do afeto.

2 - A noção de posse de estado de filho para determinação da paternidade sócio-afetiva.

⁵⁴ *“Não foram somente a redução na extensão da família e a mudança nos papéis elementos significativos para sua transformação. As uniões estáveis, por muitos denominadas de concubinatos puros, que foram ignoradas pelo Código Civil, passaram a receber proteção legal indireta, através da tutela de determinadas situações. Novamente revela-se o reconhecimento do descompasso entre o modelo de família legislado e a pluralidade social existente que, impondo-se frente ao Direito, passou a exigir proteção”* (CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit. p.285) .

⁵⁵ CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit. p. 291.

Será através da noção de posse de estado de filho que o Direito poderá abrigar o novo enfoque do fenômeno da paternidade, valorizado pela verdade sócio-afetiva.

O retorno à noção de posse de estado⁵⁶ se verifica em razão da valorização das relações de afeto, da possibilidade de se encarar atualmente que a paternidade é aquela construída pelos laços que a vida diária tece.

O fundamento da validade da noção da posse de estado de filho seria, então, a valorização das relações calcadas no afeto.

A posse de estado de filho, neste momento de adaptação às modificações sociais, seria um instrumento de conjugação dos costumes com as instituições, fazendo com que o Direito possa atuar de acordo com a realidade. Esse instituto pode captar da vida social o verdadeiro sentido da paternidade.

As reformas estrangeiras no direito de filiação⁵⁷ fazem referência expressa ao emprego da posse de estado de filho como modo de reconhecimento da paternidade.

⁵⁶ *“Surgiu no Direito português das Ordenações, o qual distinguia os filhos legítimos e ilegítimos, e em que: o pai poderia ainda reconhecer a qualidade filho de alguém que naturalmente o fosse (perfilhação) podendo até ser forçado a isso, mediante ação posta pelo filho e baseada em posse de estado ou em quaisquer outras conjecturas”* (PIMENTA, José *apud* DELINSKI, Julie Cristine. O novo direito de filiação. São Paulo: Dialética, 1997, p. 38

Como o direito brasileiro codificado está calcado na preservação da instituição familiar matrimonializada, somente em casos excepcionais é autorizado o reconhecimento da paternidade não decorrente do casamento⁵⁸.

No direito pátrio inexistente menção expressa à posse de estado de filho⁵⁹, mesmo assim, esse sistema clássico não se manteve incólume ao desenvolvimento de família e de filiação ante os interesses sociais do fim do século.

Buscou-se, de forma implícita, uma menção à posse de estado, num contexto diverso daquele enfocado pelos sistemas francês e português, ao admitir que ela seja usada como meio de prova, supletiva do registro de que há filiação legítima, conforme o disposto no art. 349, inciso II do Código Civil⁶⁰.

Foi então, através de veementes presunções resultantes de fatos já certos, que a jurisprudência⁶¹ timidamente procurou superar as insuficiências do sistema

⁵⁷ As reformas mais importantes para nós e que melhor sintetizam as transformações em direito de filiação já foram abordadas de forma resumida no capítulo II do presente trabalho.

⁵⁸ Conforme explicitado no capítulo anterior.

⁵⁹ Ao contrário do que ocorre com a posse de estado de casado, que foi expressamente inserido no Código Civil brasileiro, no art. 206. A posse de estado de casado é uma circunstância dos fatos, do qual emerge circunstâncias jurídicas; instrumento de prova supletivo, previsto em lei, quando ausente registro público.

⁶⁰ "Na falta, ou defeito do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação legítima por qualquer modo admissível em direito: II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos".

⁶¹ PATERNIDADE – RECONHECIMENTO - ADULTERINIDADE "A MATRE" - ASSENTO DE NASCIMENTO – RETIFICAÇÃO – PEDIDOS – CUMULAÇÃO - CONDIÇÃO DA AÇÃO – AUSÊNCIA - FALTA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – ILEGITIMIDADE ATIVA DOS POSTULANTES – PROCESSO – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – DECISÃO "A QUO" CASSADA – RECURSOS – PROVIMENTO. É de se admitir a investigação de paternidade, em se tratando de adulterinidade "a matre", com a dispensa de prévia ação negatória, desde que o pai presumido tenha

codificado para reconhecer em alguns casos a paternidade em decorrência da falta da posse de estado de filho, tal como sucedeu nas legislações estrangeiras.

Isto demonstra a grande utilidade da noção, quer revelando as insuficiências do nosso sistema, quer fornecendo uma das maiores chaves para que a jurisprudência procure suplantar tais deficiências⁶².

A posse de estado de filho é conceituada por Mário Aguiar de Moura como um *“reconhecimento tácito de grande valia, por constituir-se em verdadeiro estado permanente e reiterado comportamento dos pais em relação ao filho, que valoriza o reconhecimento por sedimentação”*⁶³.

Clóvis Beviláqua, por sua vez, afirma que a posse de estado de filho *“resulta de uma série de fatos que, no seu conjunto, bastem para demonstrar as*

repudiado de forma inequívoca tal condição. Dispondo a nova ordem constitucional sobre a igualdade de direitos dos filhos havidos ou não da relação do casamento proibida qualquer discriminação, assim de investigação da efetiva verdade biológica. Em virtudes das peculiaridades, h[á] dispensar o desmembramento do processo por aconselhável o concomitante julgamento nos termos do parágrafo 6º do artigo 277 da Constituição Federal e artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c artigo 348 do Código Civil abre-se a possibilidade jurídica do pedido e da legitimidade ativa das partes em formulá-lo. Recursos. Provimento ao efeito de cassar a decisão impugnada devendo ser ferido o mérito com o proferimento de nova sentença (TJ/PR, Ap. Cív., Rel. Des. Altair Patitucci, Ac. n. 10634, 2ª Câ. Cív., unânime, julg. 21/09/1994).

⁶² CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; FERREIRA MUNIZ, Francisco José. *Curso de direito de família*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 50.

⁶³ MOURA, Mário Aguiar de. *Tratado prático da filiação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1984, p. 128. Orlando Gomes assevera que a posse de estado de filho *“deveria ser considerada excelente modo de prova da filiação legítima, na falta ou defeito do assento de nascimento, porque constitui um reconhecimento contínuo, perseverante, quotidiano, público e notório da filiação, mas nenhuma referência direta a ela se encontra na lei”*. (GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 325.

relações de filiação e paternidade entre um indivíduo e o chefe da família a que ele pretende pertencer”⁶⁴.

Dessa forma é possível vislumbrar que a posse de estado de filho exterioriza um estado aparente da pessoa, sendo necessário para tanto, que seja constituída de alguns requisitos para a sua configuração.

2.1 - Os elementos constitutivos da posse de estado

A posse de estado tradicionalmente pode ser constituída pela integralização de três elementos: o *nomem* (ou *nominatio*), o *tractatio* e a *fama* (ou *reputatio*).

O primeiro elemento, o *nomem* é considerado como o uso constante do nome de família do suposto pai, ou seja, àquele filho é atribuído o nome do pai.

O *tractatio* é a situação resultante de ser o indivíduo criado, educado, tido e apresentado como filho legítimo, pelo pai e pela mãe. Ou como explica Bianca, é “a *continuada atuação da condição de filiação”⁶⁵.*

⁶⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. 8ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956, p. 319.

⁶⁵ BIANCA, M. *Diritto Civile*. vol. 2., In: *Novissimo Digesto Italiano*. Editrice Torinese, 1957 p. 234, *apud* CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; FERREIRA MUNIZ, Francisco José. Curso de direito de família. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 50.

E o terceiro elemento, a *reputatio* ou *fama*, consiste na situação resultante de ser o filho sempre considerado na família e na sociedade como filho das pessoas de quem se afirma ser. Melhor, a reputação social de uma pessoa como filho da outra.

Mesmo que tradicionalmente admita-se necessária a integralização destes três elementos para a constituição da posse de estado, entende-se na doutrina que o uso do patronímico da família pelo pai não é elemento essencial para a configuração da posse de estado.

Havendo o uso dos apelidos da família, é natural que o fato corrobora para o reconhecimento da paternidade. Mas bem pode ocorrer que nunca o filho tenha usado na composição do seu nome o patronímico do pai e, no mesmo assim, restar comprovados os outros dois elementos, o *trato* e a *fama*.

Assim salientam os professores Lamartine e Ferreira Muniz: "Os outros dois elementos, porém, são da maior importância, particularmente o segundo, por permitirem revelar a existência (ou não) de um vínculo psicológico e social entre o filho e o suposto pai, isto é, de uma relação pai-filho existencialmente vivida"⁶⁶.

⁶⁶ Idem, ibidem p. 50.

Em outras palavras, mesmo ausente o elemento *nomem* é possível demonstrar a posse de estado de filho com os outros elementos, revelando, assim, a paternidade sócio-afetiva.

Sendo a posse de estado de filho um verdadeiro estado de permanente e reiterado comportamento dos pais em relação ao filho, nada melhor do que buscar a sua caracterização através do tratamento que é despendido pelo suposto pai em relação ao filho.

São, portanto, os elementos *tractatus* e *fama* que fornecem a densidade suficiente para o reconhecimento da posse de estado⁶⁷.

Disso tudo é possível concluir que não é importante a convergência de todos os elementos constitutivos da posse de estado, mas sim a maneira como esses elementos demonstram a situação que se estabelece, que só será possível através da análise do caso concreto.

Outra questão suscetível de discussão na doutrina refere-se à duração da posse de estado. Com efeito, a posse de estado é uma situação que só toma consistência com o tempo, é uma constante que se repete no tempo. “*Ela oferece não um instantâneo da vida de um indivíduo, mas uma seqüência de filme*”⁶⁸.

⁶⁷ DELINSKI, Julie. Op. cit. p. 45.

⁶⁸ RÉMOND – GUILLOUD *apud* DELINSKI, Julie. Op. cit. p. 47.

A existência da posse de estado de filho supõe habitualidade e estabilidade relativas, o que não significa que deva ser perpétua. A continuidade supõe uma duração suficiente que demonstre os laços de afeto existente na relação pai e filho.

3 - A superação dos critérios jurídico e biológico

Da família patriarcal para a família sociológica, houve um deslocamento da importância dada aos laços consangüíneos e manutenção do instituto matrimonial para a importância do afeto, transformando a família numa comunidade de afeto e entre-ajuda.

Neste entremeio, as inovações tecnológicas que passaram a intervir na vida dos indivíduos colocaram em xeque algumas verdades inatacáveis, tal como o estabelecimento da paternidade.

Através do exame de DNA, hoje é possível estabelecer com precisão quase absoluta a origem genética de uma pessoa. Os pais dos filhos passaram a serem estabelecidos através do laudo. Os filhos podem buscar a sua origem genética através do laboratório, tornando-se, desta forma, os chamados filhos do laudo.

Mas, no entanto, tal verdade não é suficiente para demonstrar a relação existente entre pai e filho, de cuidado, educação, manutenção, entre outras obrigações não menos importantes para a formação de uma criança.

Esse mesmo pensamento demonstra com primor Guilherme de Oliveira:

"O primado da verdade biológica no estabelecimento dos vínculos de filiação que vem desenhando há algumas dezenas de anos tem caminhado a par da proteção legal crescente de situações familiares cuja raiz não é biológica, mas sim puramente afectiva ou social. Ao lado de uma verdade biológica, assente sobre os vínculos naturais da descendência, pode-se falar numa verdade sociológica ou afetiva, nascida do investimento afectivo e do cuidado, da gratificação permanente e da indentificação recíproca dos indivíduos"⁶⁹

É através do aspecto sócio-afetivo do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que a integram, revela o aspecto do afeto, mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais.

Reconhecendo-se a paternidade afetiva através da noção de posse de estado de filho, não significa descartar a verdade biológica, pois esta colaboraria para tornar a paternidade forte, inatacável.

⁶⁹ OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a verdade e a ficção no Direito de Família. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 51: 278, 1975 *apud* CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartini; FERREIRA MUNIZ, Francisco José. Curso de Direito de Família. 3^a ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 49.

No entanto, poderia ser totalmente contrária à verdade biológica se na postura de pai biológico não figurar a relação paterno-filial revelada pela posse de estado.

Assim, com a posse de estado de filho a verdade biológica poderia ser reforçada quando presentes simultaneamente, afastando a possibilidade da mentira jurídica originada pela existência da presunção *pater is es*⁷⁰t.

E, ao contrário, quando ausente a posse de estado de filho, a verdade biológica seria enfraquecida, dando ensejo à manutenção da presunção, em prol da preservação da estrutura familiar.

A posse de estado de filho surge, então, como elemento caracterizador da paternidade de afeto. Valoriza não a verdade jurídica ou a verdade biológica e sim a verdade sócio-afetiva.

Dessa forma, a utilização da noção de posse de estado de filho daria subsídios ao julgador para reconhecer não a paternidade fundada apenas em presunção jurídica, ou na verdade biológica, mas sim, aquela que retrata a relação

⁷⁰ Em brilhante apontamento em relação ao reducionismo da amplitude da regra *pater is est* pelo direito brasileiro contemporâneo, o professor Villela afirma: “Se o fundamento capital da paternidade é de natureza afetiva e não biológica, torna-se imperioso abrir maior espaço, entre nós, à posse de estado de filho, cujo papel no direito de família não pode ficar limitado ao âmbito da prova, senão que deve alcançar a própria constituição do ‘status familiae’” (VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. In: *Revista brasileira de direito de família*. Ano I, no. 02, 1999, p. 132.).

paterno-filial fundamentada na relação de existência, sedimentada pela vida em comum.

Pois, uma vez que foi reconhecida a importância do afeto para o reconhecimento das uniões matrimoniais⁷¹, deve-se também reconhecê-la nas relações parentais, valorizando-se a verdade sócio-afetiva nas determinações da paternidade.

Em sentido um pouco diverso, mas que se coloca como pano de fundo no estabelecimento da paternidade através da noção de posse de estado de filho, Heloísa Helena Barbosa acredita que a paternidade sócio-afetiva estaria fundada em dois princípios, o da plena igualdade entre os filhos e o da proteção da criança e do adolescente⁷².

Outra forma de pensar a determinação da paternidade sócio-afetiva é trazida por Paulo Luiz Netto Lôbo, com a aplicação do princípio da afetividade,

⁷¹ A Constituição Federal de 1988 sedimentou o reconhecimento das uniões não matrimoniais, igualando-as às matrimoniais no que diz respeito aos direitos e deveres daqueles que juntos vivem, independentemente da forma escolhida, trazendo-se à tona a importância do afeto para a sua constituição.

⁷² É desta forma que ela nos demonstra: "*Lançados foram pela nova ordem constitucional dois princípios estruturais da nova filiação: primeiro, o da plena igualdade entre os filhos (CF/88, art. 277, §6º); nascidos ou não do casamento, incluindo os adotivos, todos têm garantidos os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (...)* O estado de filho independe do estado civil dos pais, já que decorre do fato da procriação; é um estado de direito que decorre de um estado de fato (...) O segundo princípio estrutural da nova filiação consiste na adoção pela Constituição Federal da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (CF/88, art. 227), os quais passaram a ter reconhecidos e garantidos direitos próprios a sua condição de pessoas em desenvolvimento (...) A consequência imediata da plena adoção da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente é a admissão, em termos jurídicos, da denominada "paternidade afetiva", que emerge da relação sócioafetiva entre os pais e filhos quando ausente o vínculo biológico" (BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, pp.138/140.

emergente do princípio da dignidade humana, sendo considerado, portanto, um princípio fato-constitucional, devendo, assim, ser sistematizado com as demais normas do ordenamento jurídico⁷³.

A verdadeira paternidade, portanto, a paternidade sócio-afetiva, não se adquire com o nascimento, mas com o convívio, com o cuidado, com o morar junto aprendendo a amar e a se conhecer.

Não se pode ignorar que as verdades jurídicas e biológicas ou genéticas tendem a ligar-se ao modelo codificado, posto que estão aptas a dar condições de manutenção ao modelo de legitimidade existente.

Como ensina o mestre João Baptista Villela⁷⁴, dá-se relevância à paternidade como um "ato de opção". Sob esse enfoque, a verdadeira paternidade é a que se funda na *affectio*, podendo coincidir ou não com a paternidade de sangue.

É nesse sentido que quando se atribui, via ação de investigação de paternidade, a filiação a alguém que se recusa a aceitá-la está-se violentando, segundo Villela, não tanto a pessoa, como a própria noção de paternidade.

⁷³ *"Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade(...)*a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem; b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos; c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (...) A filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade" (Op. cit., p. 03).

⁷⁴ VILLELA, João Baptista. Op. cit., p. 403.

CONCLUSÃO

O direito de ser pai se funda na liberdade de escolha, no querer, de forma que aquele que gerou não é necessariamente o que mais ama, podendo a paternidade de afeto se estabelecer em relação a uma terceira pessoa.

Tendo em vista o sistema do nosso ordenamento jurídico, para que se possa reconhecer o verdadeiro pai, dever-se-ia dar importância à noção de posse de estado de filho como apta a afastar a presunção *pater is est*, ou mesmo para reforçá-la, tal como previsto no Código Civil francês.

Bem como, para garantir eficácia ao estabelecimento da verdadeira paternidade, dever-se-ia, também, conferir tanto ao filho quanto à mãe legitimidade para intentar ação de negativa da paternidade, da mesma forma que é possível no ordenamento Português.

Assim, ante a existência entre o fato e o direito, deve-se dar prevalência do primeiro sobre o segundo, afastando-se a regra *pater is est* valorizando-se as situações calcadas no afeto e na convivência, muito mais próxima da realidade nos dias atuais.

Com isso poderia, também, de alguma forma, contribuir para que os filhos tenham pais que efetivamente desempenhem esta função, criando-os e educando-os com afeto e carinho, garantindo-lhes uma formação digna e exemplar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, José Luiz Gavião. O novo estatuto da filiação. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de família. 8ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Curitiba*, a. 27, n. 27, 1992/1993.
- 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, 2000.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; FERREIRA MUNIZ, Francisco José. Curso de direito de família. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- DELINSKI, Julie Cristine. O novo direito de filiação. São Paulo: Dialética, 1997.
- FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- _____. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- _____. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 21.
- FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. Direito de paternidade. São Paulo: LTR.

GOMES, Orlando. Direito de família. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. O novo direito de família. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984, p 64.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Temas de direito de família. São Paulo: RT.

_____. Síntese de direito civil – direito de família. J. M. Ed. Curitiba: 2000.

MOURA, Mário Aguiar de. Tratado prático da filiação. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1984.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). O direito de família e a constituição de 1998. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In:
, 06/08/2001.

OLIVEIRA, Guilherme de. Critério jurídico da paternidade. Coimbra: Almedina, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cícódo Civilo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 21ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). Direitos de família e do menor. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, pp. 21-32, jul./set. 1993.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 21, pp. 400-416, maio 1979.

_____. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. *Revista brasileira de direito de família*, Ano I, n. 2, jul./ago./set. 1999.

WALD, Arnold. Direito de família. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.