

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

***LIMITES À FUNÇÃO CONSTITUTIVA DA POSSE DE ESTADO
NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL***

CARLOS GONÇALVES DE ANDRADE NETO

TESE DE DOUTORADO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PRIVADO

**RECIFE
OUTUBRO DE 2007**

CARLOS GONÇALVES DE ANDRADE NETO

***LIMITES À FUNÇÃO CONSTITUTIVA DA POSSE DE ESTADO
NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL***

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Geraldo de Oliveira Santos Neves.

Andrade Neto, Carlos Gonçalves de

Limites à função constitutiva da posse de estado na relação paterno-filial / Carlos Gonçalves de Andrade Neto. – Recife : O Autor, 2007.

187 folhas.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2007.

Inclui bibliografia e anexo.

1. Afeto - Vínculo paterno-filial - Natureza sócio-afetiva. 2. Relação paterno-filial - Reconhecimento jurídico - Convivência afetiva. 3. Filiação - Aspectos jurídicos - Brasil. 4. Filiação - Direito. 5. Posse de estado - Brasil. 6. Parentesco - Aspectos jurídicos - Brasil. 7. Família - Aspectos jurídicos - Brasil. 8. Família (Direito) - Pós-modernidade. 9. Direito civil – Constitucionalização. 10. Posse de estado - Direito comparado. I. Título.

347.6(81)
346.810175

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2008-003

AUTOR: Carlos Gonçalves de Andrade Neto

TÍTULO: "Limites 'a função constitutiva da posse de estado na relação paterno-filial".

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção de grau de Doutor.

Área de Concentração: Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. Geraldo de Oliveira Santos Neves.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgamento nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: aprovado

Prof. Dr. **SYLVIO LORETO** – Presidente - UFPE

Julgamento: aprovado assinatura Sylvio Loreto

Prof. Dr. **FERNANDO ANTÔNIO DE VASCONCELOS** – 1º Examinador - UFPB

Julgamento: aprovado assinatura Fernando Vasconcelos

Prof. Dr. **Pe. FRANCISCO CAETANO PEREIRA** - 2º Examinador - UNICAP

Julgamento: aprovado assinatura Francisco Pereira

Prof. Dr. **PAULO LUIZ NETTO LÔBO** - 3º Examinador - UFAL

Julgamento: aprovado assinatura Paulo Netto Lobo

Prof. Dr. **FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE** - 4º Examinadora - UFPE

Julgamento: aprovado assinatura Fabiola S Albuquerque

Recife, 01 de outubro de 2007.

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior

A minha mulher Frederica.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de todo o bem.

A minha esposa, sempre paciente e compreensiva diante das horas que lhe furtei.

A meu orientador nesta empreitada, Professor Doutor Geraldo Neves, cujo saber muito me guiou na visão de continuidade entre o passado e o futuro dos institutos jurídicos.

A meus professores da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

Aos meus alunos amiúde, que continuam me ensinando.

“Em suas ‘famílias’, exclusivistas e predestinadas, as crianças, como você disse, passam um período longo na prisão, sob a guarda de um par de carcereiros. É claro que esses carcereiros podem ser bons, sábios e inteligentes. Nesse caso, os pequenos prisioneiros emergirão mais ou menos intactos. Mas o fato é que a maioria dos pais-carcereiros do ‘seu mundo’ não é realmente boa, sábia ou inteligente. Podem ter boas intenções e ser ignorantes, podem ser frívolos e destituídos de qualquer intenção boa e podem ser neuróticos, maus ou definitivamente mórbidos. Desse modo, Deus que ajude aos jovens convictos que são compelidos pela lei, pelos costumes e pela religião a se submeter às suaves misericórdias familiares! Considere agora o que acontece numa família escolhida voluntariamente. Nada de cabines telefônicas nem carcereiros predeterminados. Aqui, as crianças se desenvolvem num mundo que é um modelo de sociedade em pleno funcionamento e que é uma miniatura perfeita do ambiente no qual terão de viver quando atingirem a idade adulta. Um Todo sagrado e saudável: todos oriundos de uma mesma raiz, cada um trazendo nuances diferentes, porém com a mesma significação. Etimologicamente nossa família (a espécie escolhida de forma voluntária) é aquela que de fato pode ser chamada de sagrada. A de vocês é a não sagrada.”

HUXLEY, Aldous. *A ilha*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 151.

RESUMO

ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves de. **Limites à função constitutiva da posse de estado na relação paterno-filial**. 2007. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A presente tese de Doutorado em Direito Civil trata da posse de estado de filho, em sua função constitutiva de relação paterno-filial que, em determinadas circunstâncias, leva a incompatibilidades lógicas com o sistema jurídico, no presente trabalho discriminadas como limites estático e dinâmico da função constitutiva da posse de estado. Através de um apurado do estado da arte da paternidade jurídica, evidencia-se a construção da filiação sociológica, bem como da assunção de nova função ao instrumento denominado de posse de estado de filho, desta feita no estabelecimento da filiação. A seguir, demonstram-se os problemas teóricos advindos desta força constitutiva em relação às restrições do próprio sistema, notadamente no que concerne ao fragilização da constelação de parentesco e à possibilidade de elisão do dever alimentar dos filhos em relação aos pais.

Palavras-chave: Paternidade – Filiação – Posse – Estado – Solidariedade – Constituição – Sócio-afetividade – Limites

ABSTRACT

ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves de. **Possession d'état: effectiveness' limits on establishment of paternity.** 2007. 187 p. Doctoral Thesis. Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The objective of the following work is to present the limits of juridical effectiveness of 'possession d'état' applied to constitution of juridical paternity. Starting at the 'state of art' of the theme, the text applies the main lines of the so-called 'sociological filiation', as well as the new function assumed to 'possession d'état' related to filiation. In advance, theoretical frontiers are established to the constitutive function of this instrument, related to intrisecal limitations of the whole system, specially those referred to 'parenthood constellation' (the ancient order of denominations by wich individual are called among themselves inside the family *lato sensu*) and the possibility of someone avoid to his obligation of supplying the parents whenever personal circumstances justify this duty. At, least, theoretical alternatives and instruments are proposed to solve the problem.

Keywords: Parenthood – Paternity – Filiation – Possession – Etàt – Solidarity – Constitution – Sociological –Affectivity – Limits

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O MOMENTO NUPCIALISTA DA PATERNIDADE.....	17
1.1 QUEM É O PAI?.....	17
1.2 CRITÉRIOS DE PATERNIDADE JURÍDICA – TERMINOLOGIA ADOTADA.....	17
1.3 CRITÉRIO NUPCIALISTA – CONTEXTO HISTÓRICO.....	19
1.3.1 Do liberalismo à codificação.....	22
1.3.2 A paternidade segundo o Código Civil de 1916 – critério nupcialista.....	26
1.3.3 A família legítima como instituição.....	26
1.3.3.1 <i>Filiação legítima.....</i>	29
1.3.3.2 <i>Filiação ilegítima e legitimação.....</i>	35
1.3.4 A que fins militava a figura da família legítima.....	38
1.4 CONCLUSÃO.....	38
2 O MOMENTO BIOLOGISTA DA PATERNIDADE.....	41
2.1 VÁCUO AXIOLÓGICO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E PRECEDENTES HISTÓRICOS.....	41
2.2 SOLIDARISMO – PREMISSAS HISTÓRICAS.....	45
2.2.1 O solidarismo como discurso político.....	46
2.2.2 O solidarismo como princípio jurídico.....	49
2.2.3 Novas perspectivas do solidarismo no mundo globalizado.....	51
2.3 INSERÇÃO CONSTITUCIONAL.....	54
2.3.1 Princípios na Constituição.....	54
2.3.1.1 <i>Algumas distinções entre princípios e regras.....</i>	55
2.3.2 Eficácia do princípio da solidariedade social – prolegômenos..	57
2.3.3 Do princípio ao dever fundamental.....	59
2.3.4 Evolução dos princípios da liberdade e da solidariedade nas principais instituições privadas.....	61
2.3.5 Solidariedade e eficácia privada.....	62
2.3.5.1 <i>Contrato e solidariedade.....</i>	65
2.3.5.2 <i>Propriedade e solidariedade.....</i>	67
2.3.5.2.1 <i>Do bem de família.....</i>	67
2.3.5.2.2 <i>Desapropriação e requisição de uso.....</i>	71
2.3.5.3 <i>Família e solidariedade.....</i>	75
2.4 A DETERMINAÇÃO CIENTÍFICA DO GENITOR BIOLÓGICO E SUA REPERCUSSÃO DA DETERMINAÇÃO JURÍDICA DA PATERNIDADE.....	79
3 O MOMENTO SOCIOLOGISTA DA PATERNIDADE.....	82
3.1 A FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE.....	82
3.2 O PAPEL DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	86
3.3 CRITÉRIOS CUMULATIVOS DE PATERNIDADE.....	91
3.4 O ARQUIPÉLAGO DA PATERNIDADE SOCIOLÓGICA.....	93
3.4.1 Técnicas de reprodução assistida e paternidade legal.....	96

3.4.2	Adoção “à brasileira” e paternidade sócio-afetiva.....	100
3.4.3	“Filhos de criação” e reconhecimento de paternidade.....	103
3.5	CONCLUSÃO.....	107
4	POSSE DE ESTADO DE FILHO: LIMITES DE APLICAÇÃO.....	109
4.1	ORIGENS E CONCEITO DA POSSE DE ESTADO DE FILHO.....	109
4.2	A DIFÍCIL DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA POSSE DE ESTADO DE FILHO.....	112
4.3	EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO – FRANÇA E PORTUGAL.....	115
4.4	FUNÇÕES PROBATÓRIA E CONSTITUTIVA DA POSSE DE ESTADO.....	121
4.4.1	Função probatória.....	121
4.4.2	Função constitutiva.....	123
4.5	FUNDAMENTOS ADOTADOS PARA A ADOÇÃO DA POSSE DE ESTADO – DA DIGNIDADE HUMANA À AFETIVIDADE.....	126
4.6	LIMITES DE APLICAÇÃO DA POSSE DE ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL.....	127
4.6.1	Posse de estado e o atual fenômeno familiar – combinação perigosa?.....	134
4.6.2	O caso de Artur e a mutabilidade do vínculo afetivo paterno-filial.....	138
4.6.3	O limite estático da aplicação da posse de estado de filho – o parentesco incestuoso entre pai e filho afetivos.....	141
4.6.4	O limite dinâmico da aplicação da posse de estado de filho – a possibilidade de fuga do dever de assistência entre parentes.....	145
5	APORIAS E PROPOSTAS DE SUPERAÇÃO.....	152
5.1	POSSE DE ESTADO E INCESTO <i>LATO SENSU</i>	152
5.2	POSSE DE ESTADO, PAIS BIOLÓGICOS E DEVER DE ALIMENTOS.....	153
5.2.1	Paternidade alimentar e filiação alimentar.....	155
5.3	RELAÇÕES DE FAMÍLIA, PATERNIDADE E FILIAÇÃO ALIMENTAR E DIREITO SUBJETIVO.....	158
5.4	POR UMA PROPOSTA LEGISLATIVA.....	160
5.5	O PROBLEMA INICIALMENTE PROPOSTO.....	164
	CONCLUSÃO.....	168
	BIBLIOGRAFIA.....	172
	ANEXO – SENTENÇA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA DE “FILHO DE CRIAÇÃO”	182

INTRODUÇÃO

A família brasileira, em seus mais de quinhentos de História, tem construído realidades próprias, dignas de atenção do mundo, dada a sua flexibilidade e inventividade. A inventividade característica do brasileiro transpõe em muito as tênues paredes da família conceitualizada e dogmatizada pelo Direito Civil clássico.

Parte desta criatividade nacional tem sido detectada pela construção teórico-dogmática civilista nacional. Esta, com o influxo de contribuições estrangeiras construiu, por sobre a milenar tradição da paternidade oriunda das justas núpcias e da mais recente ascensão do critério exclusivamente biológico de paternidade, a idéia de que a convivência afetiva deve servir de base, de suporte fático, para o reconhecimento jurídico da relação paterno (ou materno) filial, quiçá à revelia da origem nupcial (isto é, da presunção do *pater ist est*), refletida no assento civil do filho ou mesmo na origem biológica comprovada pelo exame de DNA.

Chama atenção a importância do tema. Está em jogo a identidade e a dignidade de indivíduos que, por razões as mais diversas, foram separados da convivência com seus ascendentes genéticos e passaram a crescer e terem suas personalidades formadas num contexto familiar não atrelado aos genes. Tudo isto ocorrendo muitas vezes à parte da chancela oficial e ao largo de qualquer reconhecimento e proteção que a norma daria aos filhos biológica ou nupcialmente ligados aos pais.

O Código e a legislação civil em geral ainda são fortemente impermeáveis às construções familiares informais, o que justifica críticas pela rigidez do sistema:

Finge o sistema codificado o desconhecimento de direitos e interesses próprios das intensas relações intersubjetivas, na interação das pessoas envolvidas emocionalmente com seus valores éticos, vida mais íntima imantada de sentimentos

familiais, imbuídos de dignidade comportamental, com respeito garantido no princípio basilar da Carta Magna.¹

Tal situação não merece prosperar. E neste sentido tem caminhado a doutrina e, a seu reboque, a jurisprudência nacionais.

A exurgência da posse de estado de filho como técnica de solução de conflitos de paternidade e mesmo, numa segunda fase, de determinação de paternidade, tem merecido crescente adesão no meio jurídico, tanto estrangeiro, quanto nacional.

Entretanto, como é da natureza de todo avanço da humanidade, a adoção de tal técnica, transplantada de outro contexto teórico, a saber, a proteção da outrora hegemônica família legítima, para um contexto social e jurídico-ideológico completamente diferente, faz ela mesma surgir novos problemas com os quais os juristas terão que se debater.

As conseqüências (nem sempre positivas) da ressurreição da figura da posse de estado de filho no mundo jurídico com força constitutiva de vínculo paterno-filial tornam-se o problema central desta obra, bem como seus desdobramentos na constelação familiar e nas categorias jurídicas que compõem família e parentesco, assim como as propostas para contornar tais dificuldades sem desconsiderar o próprio avanço da conquista da paternidade sócio-afetiva.

Tal empreitada não se faz tão simples quanto possa parecer à primeira vista. Pressupõe, nos três primeiros capítulos da presente obra, uma vista panorâmica do estado da arte em matéria de paternidade jurídica.

Tal apreciação encaminha-se desde a milenar tradição de vínculo entre a relação paterno-filial e encadeamento nupcialista, atravessando a dissolução da hegemonia da instituição familiar em favor das entidades familiares informais.

¹ TAVARES, José de Farias. Novo Código Civil e a família informal In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 5. N. 19. Ago/Set. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2003, pp. 5-30.

Confronta-se também com a ascensão do biologismo nas relações familiares, erigido mesmo como uma espécie de fetiche a determinar, de modo místico-irredutível, a relação paterno-filial em sede de investigação de paternidade/maternidade promovida em juízo.

Felizmente coaduna-se com a moderna e nascente tendência em se reconhecer o papel sócio-afetivo na constituição do referido vínculo, contribuindo com a superação do vício voluntarista na constituição deste regime.

Doravante, no quarto capítulo, analisa o instrumento denominado “posse de estado de filho”, passando pela sua origem clássica, bem como sua recontextualização como instrumento de reconhecimento do vínculo paterno-filial fático, seus fundamentos, e assim as aporias levantadas pela sua aplicação no estado em que a literatura jurídica nacional, um tanto apressadamente, o tem apresentado.

O quinto capítulo é dedicado a propor mecanismos de superação das aporias levantadas, trazendo contribuições de natureza doutrinária e legislativa, bem como indicando novos instrumentos necessários à abordagem dos problemas levantados, tais como a filiação alimentar e a crítica do direito subjetivo nas relações familiares.

Os instrumentos estão todos disponíveis, dados pela evolução do conhecimento que o jurista tem de si mesmo e de seu papel. Esta autoconsciência que traz à tona o caráter retórico do jogo jurídico², a funcionalização da hermenêutica à realização antes de valores do que de regras ditadas de modo absoluto pelo Legislativo, bem como a combinação destas e outras técnicas na busca de satisfatórias soluções de conflitos perante a lei são o cadinho onde se fundem os fundamentos deste interesse fundamental que é o do filho de ser identificado no seio de sua família afetiva. Busca-se aí a prevalência da realidade sobre o formalismo das

² Irrefutável, como bem demonstrado pelo Jusfilósofo pernambucano, quando da análise do silogismo retórico e seu papel na argumentação judicial: “...a estrutura discursiva judicial mostra-se entimemática e não silogística, entre outros aspectos, porque nem todas as normas utilizadas explicitam-se, permanecendo muitas delas não só fora de questão, como também ocultas. O que de fato importa é deixado de lado, e até por vezes inconfessável. [ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 262.]

presunções arcaicas (tanto que ainda enunciadas solenemente em uma língua morta) de modo acrítico pelo Judiciário, com honrosas exceções.

Resta apenas usar as ferramentas disponíveis, embora o presente trabalho não almeje buscar soluções fora do ordenamento³, por opção metodológica.

Para alcançar o exame íntimo do tema, necessário se faz apresentar a família e o parentesco como entidades em mutação. Necessária se faz delinear os principais traços da família tradicional, que foi adotada pelo direito codificado. Com seu núcleo de inspiração religiosa, passando pelo advento do Estado Moderno e a ascendência da função fortemente patrimonial da entidade familiar, bem como copulando no desmonte desta estrutura pelas mutações sociais que desconstruíram a família tradicional liberal na múltipla entidade (para não dizer, fenômeno mutante) que ora se apresenta na experiência jurídica e social do Ocidente.

Para isto, o Direito Romano tardio, secundado pela experiência ibérica medieval e suas repercussões no Direito Codificado moderno restam evidentes. Das Institutas de Justiniano, passando pelas Ordenações do Reino, desembocando no desenho familiar de matriz liberal apresentado claramente pelo Código Civil de 1916, ver-se-á a petrificação progressiva de um fenômeno de matriz biossociológica inerente à experiência humana e de ocorrência praticamente universal.

Em contraponto da dialética histórica que, no devir, esfacela toda a aspiração do contingente ao *status* do Ser, desnuda a desconstrução do arquétipo familiar (e, a reboque, parental) pela força de mudança sociais profundas no Ocidente moderno, tais como a chegada da mulher ao mercado de trabalho, a urbanização radical, a revolução sexual, os socialismos da direita à esquerda, a perda de influência do Cristianismo no imaginário popular, dos novos horizontes do conhecimento científico, entre outros.

³ “O dogmático, por mais que se espere em interpretações, está adstrito ao ordenamento vigente. Suas soluções tem de ser propostas nos quadros da ordem vigente, não a ignorando jamais.” [FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, pp. 40-41.]

Tais mudanças, ocorrentes no bojo de um parto da pós-modernidade, parto este ainda em processo inicial do nascimento de uma nova civilização, e, portanto de ainda difíceis contornos, tem repercussão direta na nova família e na característica fluidez conceitual de sua definição.

É nesta nova família que tem seu espaço jurídico garantido o filho lastreado na sócio-afetividade.

Posto o contexto, evidenciam-se os principais fundamentos da moderna multiplicidade familiar: afeto e solidariedade exurgem como elementos em simbiose e a servir como critérios máximos na visualização da família pós-moderna, na regulamentação minimamente necessária das suas repercussões jurídicas, na decisão judicial que interfere nesta figura tão plástica.

O afeto, elemento passional inerente à condição humana, presente em maior ou menor grau nas convivências familiares, tem sido reconhecido e trazido para o universo jurídico para exercer função diretiva e principiológica em matéria de família. Por via jurisprudencial, foi mais além, erigido à categoria de componente do suporte fático do que se passou a denominar de vínculo paterno-filial de natureza sócio-afetiva.

O solidarismo, ou seus análogos, fraternidade, solidariedade, todos intercambiáveis em sua essência, categoria principiológica da modernidade, corolário do princípio-chave da dignidade da pessoa humana, subjaz à ordem jurídica familiar desde tempos imemoriais, apenas eclipsado pelos apegos às instituições religiosas e econômicas. O solidarismo é, antes de tudo, parte do instinto animal e humano que, em múltiplas formas, demonstra impulso de cooperação e assistência, a teor das melhores revisões do darwinismo clássico.

Implícito à norma desde a Antiguidade, mormente no que se refere às relações familiares, do solidarismo depende em grande parte a moderna fundamentação da tese que ora é proposta.

Vicejando por entre o árido solo do direito privado retributivo, o solidarismo em família choca-se com paradigmas que engessaram estas relações na conta de balcão dos regimes de bens à partilha do monte deixado pelo *de cuius*, a atribuir ônus a indivíduos em relação a outros, não a título de punição, mas por dever de guarida e sustento em face da sua aplicação nas relações privadas mais íntimas, as quais, aliás, não estão avessas a este tipo de interferência.

Ambos, afeto e solidariedade, em separado não conseguem desatar todas as aporias que a experiência dos Tribunais tem enfrentado na aplicação à realidade familiar hodierna os vetustos moldes da Codificação pseudo-reciclada. Neste mister forçoso é o reconhecimento dessa interação necessária: tanto a liberdade-afeto quanto o solidarismo são imprescindíveis como diretrizes hermenêutico-normativas da família tratada pelo direito da pós-modernidade.

O grau de incidência de cada um não pode ser ditado *a priori*, mas no detido olhar do caso concreto, nas circunstâncias que autorizam a ponderação de interesses e fundamentos para a solução razoável do problema.

Revisitam-se o conceitualismo e o dogmatismo inerentes à abordagem jurídica da família, como, aliás, de todo o Direito Privado. Desnudam-se suas verdadeiras intenções. Sob o feroz olhar da Constituição, que nada perdoa quando se trata de dignidade da pessoa humana, chama ao palco a figura tão esquecida do filho do coração.

Inolvidável o permear de contribuições de outras áreas do conhecimento humano, estas mesmas também em um momento de repensar, num convergir entre ciência e arte que não deixa de fora o eudemonismo que subjaz a toda e qualquer construção – seja de conceitos, seja de tijolos –, essencialmente humana.

Entretanto, a opção dogmática do presente trabalho torna as contribuições destas áreas de conhecimento como pressupostas ou axiomas, sobre as quais o missivista não interpela ou tenciona discutir, sob pena de construir em ciência alheia.

A exurgência da referida figura jurídica, longe de contribuir para mais conceitualismo excludente, vem antes para atestar a fluidez dos conceitos e a abertura de novos espaços de parentesco, família e solidariedade, transpondo os estreitos muros que mantinham de fora “os outros” e de dentro “os que me pertencem”. De certa forma, destrói os muros exclusivistas da família para concebê-la como destaque momentâneo da indivisa amálgama maior que é a fraternidade humana como um todo.

Propõe mudanças legislativas, hermenêutico-judiciais e executivas no trato da matéria. Aponta novos problemas e possíveis rotas na busca de soluções.

1 - O MOMENTO NUPCIALISTA A PATERNIDADE

O direito como objeto de estudo, notadamente o direito positivado, tende a levar o expositor numa preleção abstrata de regras, princípios, categorias e conceitos. Tal não precisa se dar estritamente desta maneira. Como objeto histórico, o direito interage constantemente como o mundo concreto, fático, no afã de realizar o seu papel de ordenador de condutas e posições⁴, de mantenedor da ordem e guardião de um determinado desenho social que se crê ideal em cada época.

Se no plano dos valores as normas são construídas, não se pode olvidar igualmente sua clara interação contínua com os fatos que simbioticamente interagem com o direito, reconstruindo-o e sendo por ele reconstruído⁵.

1.1 – QUEM É O PAI?

Para fins de exposição, optamos, nos três capítulos introdutórios do presente trabalho, por efetuar uma abordagem do tema da paternidade jurídica através de um problema fático

⁴ “Seria ocioso questionar se as normas criam a ordem, ou se a pressupõem. Na verdade são lados de uma só realidade, que é dinâmica, e não se imaginam normas sem referência a uma ordenação, nem se tem uma ordem sem uma normação que lhe seja correlata, ou que faça parte dela” [SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 159,160.].

⁵ “No nosso entender, a compreensão do fenômeno jurídico, em sua integralidade, não pode prescindir da visão de conjunto das três dimensões a que nos referimos. Os valores, enquanto apenas considerados em si, portanto, quando ainda não traduzidos em normas jurídicas, não tem qualquer efeito vinculante da conduta social. A conduta social enquanto não consubstanciada em uma norma também não pode ser considerada jurídica, uma vez que não produzirá o surgimento de direitos/deveres, ou seja, de relações jurídicas. A norma jurídica, por sua vez, que não revele os valores sociais ou contrarie os valores fundamentais da juridicidade (paz social, bem comum, justiça, ordem, segurança) ou a natureza das coisas, ou que não obtenha a adesão da comunidade, não poderá ser considerada ainda uma norma jurídica na verdadeira acepção do termo. Desse modo, é imperioso que o direito seja sempre analisado sob o tríplice aspecto dos valores, da norma e do fato, para que assim se possa ter um direito que, efetivamente, se realize no meio social por que consubstancia os seus valores. Mesmo porque não se consegue jamais um isolamento completo nessas atitudes monistas. Exemplo ilustre dessa impossibilidade nos foi dado pelo próprio Hans Kelsen. Apesar de todo o seu esforço para purificar o direito, não conseguiu furtar-se ao sociologismo quando relacionou a eficácia do direito ao efetivo comportamento social, em um mínimo que seja, segundo os ditamos da norma” [MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.]

(porém hipotético) que, uma vez apresentado ao sistema jurídico, num determinado momento e lugar, apresentará mais provavelmente uma específica solução.

A abordagem de um determinado instituto jurídico – v.g. Estado, família, contrato – a partir de um dado problema fático, real ou hipotético, permite ao destinatário da informação uma visualização ampla do objeto de estudo. O “método problematicista” permite sintetizar a dimensão dogmática do Direito, consistente em conceitos e categorias pelos quais a comunidade jurídica comunica-se e faz aplicar a norma ao caso concreto, sem perda desta mesma faceta concreta do objeto de estudo.

Permite ainda, ao se mover no tempo a problemática proposta e suas soluções, a visualização histórica do mesmo, decodificando o processo dialético de sua exurgência entre o fato e o valor. Tal método pode ser aplicado de modo bastante proveitoso ao instituto jurídico da paternidade, e doravante servirá de guia à revisão do estado da arte da matéria.

O estudo do complexo de normas referentes à relação jurídica paterno ou materno-filial se dará, nos três capítulos prolegomênicos deste trabalho, a partir de um caso hipotético de conflito positivo de paternidades levado às barras dos tribunais. As soluções possíveis evidenciam a mutabilidade do critério jurídico de paternidade ante a força de fatores ideológicos e sociais de cada momento histórico.

Imagine-se a seguinte situação: Isabel, casada com João, gera em seu ventre, dentro do período legal de concepção, a Caio. Entretanto o futuro infante não é filho biológico do marido de Isabel, mas de Pedro, com quem esta teve relações sexuais. Logo após o nascimento de Caio, Isabel abandona o lar conjugal com o filho e passa a viver maritalmente com José. Caio cresce sob os cuidados de Isabel e José, e estes – Caio e José – convivem como se pai e filho fossem, tanto no trato doméstico quanto público. Sabendo-se que todos os três desejam ver prevalecente a sua paternidade em relação a Caio, juridicamente, quem deve “ser seu pai”?

Dentro do contexto histórico alcançado pelo presente trabalho, torna-se imperiosa a constatação, análoga à de Guilherme de Oliveira para o direito lusitano e ademais europeu continental, da ocorrência de uma transição, mais ou menos regular, do critério legal definidor da relação paterno-filial: a partir de um patamar de supremacia *nupcialista*, seguido crescentemente pelo *biológico*, concorrendo este último gradativamente com o que passou a se denominar de critério *sociológico*. Cada momento da paternidade indicará um rol estreito de respostas que nem sempre, nos fundamentos ou no desfecho, poderá coincidir com o anterior, como se verá a seguir.

1.2 – CRITÉRIOS DE PATERNIDADE JURÍDICA – TERMINOLOGIA ADOTADA

Cabe aqui um parêntese crítico em relação à terminologia adotada por parte da doutrina nacional: paternidade (e filiação) “jurídica, biológica e sócio-afetiva”⁶, com variantes, a exemplo da paternidade “registral, explicitada pela identificação no assento de nascimento de quem são os genitores da pessoa”⁷.

Esta deve ser rejeitada por confundir jurídico com nupcialista, reduzindo um atributo comum a todos os três critérios de paternidade a apenas um. É jurídica a filiação constituída sob o signo das justas núpcias, ainda que dissidente do elo biológico, como se verá a seguir.

É igualmente jurídica a paternidade biológica, notadamente em face da adesão das normas familiares ao princípio da igualdade e a conseqüente desnupcialização do vínculo paterno-filial. É igualmente jurídica, a filiação sociológica, manifestada desde antanho pela

⁶ VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1.

⁷ CHAVES, Adalgisa Wiedemann. *A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva)* In: Revista Brasileira de Direito de Família. Ano VII. N. 31. Ago-Set. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 144. Há outras conformações, ainda mais dissociadas de qualquer sistematicidade razoável, o que reforça a necessidade de uma uniformidade doutrinária na matéria, lastreada em um finalismo que a justifique: “Contudo, além dessa paternidade biológica e da paternidade sócio-afetiva, existe uma terceira modalidade, denominada de paternidade jurídica ou presumida, a qual interessa à nossa discussão.” [ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito In: Revista dos Tribunais. Ano 94. Vol. 838. Agosto. São Paulo: RT, 2005, pp. 87-100.]

adoção, mais modernamente pela procriação artificial heteróloga e, peculiarmente no Brasil, pela “adoção à brasileira” e pelo “filho de criação”, quando, por algum mecanismo – legal ou ilegal – tais são inseridos no sistema e o vínculo é declarado ou constituído.

Outrossim, quanto ao elemento afetivo da filiação sociológica, como convencionou-se denominar na doutrina pátria, a nosso ver um tanto quanto acriticamente, é significativa a advertência sobre a relatividade desta presunção, tanto em matéria de vínculos jurídicos horizontais (v.g., cônjuges, conviventes), quanto verticais⁸, como entre adultos e hipossuficientes.

Trata-se de um elemento subjetivo, ao qual o sistema somente pode aferir de modo indireto, e ainda assim a custo de uma presunção lastreada em fatos que se acredita poder evidenciar sua existência. Mas como é amplamente sabido, o raciocínio indutivo dos fatos sociais nem sempre pode ser aplicado ao fenômeno individualizado, posto que trate de realidades coletivizadas e generalizadas. Doutra maneira, não passa de probabilidade a admissão de que o fator emocional (afeto) é a mola mestra da convivência familiar após a queda do sistema jurídico clássico.

Antes de arriscar um monismo de fundamentos, valeria a pena estudar o quanto o “afeto” é sensível aos fatores econômicos⁹, religiosos, morais, e mesmo às idiosincrasias da nossa sociedade hipercomplexa, na determinação da convivência familiar (sem embargo da diluição deste conceito e a multiplicação de suas formas).

Assim, já se afirmou que “os afetos, no âmbito da união estável não passam de mera presunção, pois que presentes ou não, ante a existência dos requisitos à constituição e configuração da entidade familiar, esta deverá ser reconhecida e pelo tempo em que tais

⁸ A terminologia não é original: “Nesse íterim, o afeto está presente nas relações familiares, tanto na relação entre homem e mulher (plano horizontal) como na relação paterno-filial (plano vertical, como, por exemplo, a existente entre padrasto e enteado), todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos.” [ASSUMPCÃO, Luiz Roberto de. Aspectos da paternidade no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.]

⁹ Por uma abordagem economicista das modernas relações afetivas (em tom notoriamente crítico), cf. BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 28 e segs.

pressupostos mostraram-se presentes.”¹⁰ Igualmente, a relação paterno-filial pode ser buscada pelos pais por diversas razões, a maior parte delas egoístas, o que comprovam estudos psicológicos relativos à adoção¹¹.

Portanto, para efeito deste trabalho, será mantida a tríplice nomenclatura adotada na doutrina lusitana e consistente nos critérios nupcialista, biológico e sociológico da paternidade.

É factível, pela análise aprofundada das portas jurídicas de acesso à paternidade e seus critérios limitadores a proeminência, em sucessivo, destes três critérios, igualmente na *orbis* legal brasileira. Herdeira que é da tradição jurídica lusitana, não surpreende que o mesmo fenômeno tenha ocorrido na dogmática e jurisprudência nacionais¹².

Os influxos dos centros de poder continuaram, por evidente, para além da Independência do Brasil, como, exemplificadamente, já constatava Rui Barbosa, criticando, em 1900, os projetos de divórcio apresentados ao Senado, denominando seus adeptos de “macaqueadores satisfeitos do protestantismo germanico e da impiedade franceza, no rol dos povos civilizados pela polygamia occidental.”¹³

¹⁰ MALHEIROS FILHO, Fernando. *O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável* in: Revista de Direito Privado. N. 22. abr-jun. São Paulo: RT, 2005, p. 68-9.

¹¹ Exemplificadamente, “uma criança pode ser adotada como: criança substituto de uma criança falecida; criança terapêutica ou remédio (que vai resolver os desequilíbrios pessoais); criança compensação (das carências afetivas dos pais); criança refúgio; criança prova (da competência dos pais); criança valorização; criança exibição; criança prova de anti-racismo; criança como manifestação humanitária; criança como companhia de um filho único; criança como status social; criança salvação do casamento. Todos os motivos citados acima fazem da criança um instrumento para a realização dos pais – ilustrando o enfoque ‘clássico’ da adoção.” [WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj; CORNÉLIO, Soraya Afonso. *Filhos adotivos: amores ou dissabores?* In: Revista de Ciências Humanas. n. 4. Curitiba: Editora da UFPR, 1995, p. 124.]

¹² “Em 1500, quando do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, às quais se seguiram, a partir de 1521, as Ordenações Manuelinas e, a contar de 1603, as Ordenações Filipinas. Estes, os três Códigos pelos quais se regeu o Brasil, desde o seu descobrimento até a sua independência, e mesmo algum tempo depois, por força da lei de 20 de outubro de 1823, que, em seu art. 1º, determinou continuassem em vigor em nosso país, enquanto não se organizasse novo Código, as ordenações, leis, regulamentos, alvarás, decreto e resoluções promulgados pelos reis de Portugal, pelos quais nos regêramos até 25 de abril de 1821, data do regresso de D. João VI à metrópole.” [DAYRELL, Carlos. *Da filiação ilegítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 50.]

¹³ BARBOSA, Ruy. *O divórcio e o anarchismo*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1933, p. 9.

1.3 – CRITÉRIO NUPCIALISTA – CONTEXTO HISTÓRICO

Neste primeiro capítulo, há de visitar-se o tempo em que o direito de família nacional, sob o premente influxo do liberalismo europeu, suplantara a legislação ibérica medieval para traduzir numa codificação o espírito e os valores da época.

1.3.1 – Do liberalismo à codificação

As transformações sociais, econômicas, políticas e ideológicas dos Séculos XVII a XIX consolidaram, no direito privado, alguns corolários do liberalismo no conseqüente Código Civil de Napoleão (promulgado em 1804). Inaugurava-se na Europa continental, e posteriormente nas Américas Central e Sul a tendência em abolirem-se as normas herdadas do período pré-iluminista, assistemáticas e portadoras de um desenho de sociedade destoante com as novas crenças do ideal em ascensão¹⁴.

Demandava-se uma nova ordem jurídica privada em que despontassem algumas características da nova era que nascia, tanto na forma quanto no conteúdo.

No que tange à forma, deveria a nova ordem normativa privada privilegiar a sistematicidade, abolindo de vez a vigência de normas esparsas que foram se acumulando desde os tempos romanos até então, mesclando disposições frequentemente díspares, posto que surgidas em épocas diferentes e sob influxos sociais, étnicos e até religiosos distintos.

¹⁴ “Não é de admirar o impacto mundial do Code, sobretudo nos países latinos. Em primeiro lugar, nos países tocados pela conquista napoleônica ou dos seus irmãos (Países Baixos, Itália, Espanha), ele afirmou-se ou serviu de modelo dos ulteriores códigos civis e comerciais, sobretudo da Itália (1865 a 1940), de Espanha, de Portugal, dos estados latino-americanos, mesmo na Louisiana, este último caso servindo de testemunho digno de nota de codificação do tipo continental nos Estados Unidos da América; depois na Bélgica, Luxemburgo e Holanda (por último em 1883); no fim do século XIX, com a derrocada do império otomano, também nos Bálcãs (Romênia, 1865) e no Próximo Oriente (Egipto, por volta de 1875/6). Ao lado do Code Civil a maior parte dos outros códigos napoleônicos foi adaptada integralmente ou com ligeiras adaptações. Só a pandectística e os dois modernos códigos da <<família jurídica alemã>> que daqui provieram (o BGB de 1900 e o SchwZGB de 1907/11) fizeram parar e eventualmente recuar a expansão do Code Civil, sobretudo na Europa do sueste (Hungria, Grécia, Turquia), no Extremo Oriente (China, Japão, Sião) e em alguns Estados sul-americanos.” [WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 394.]

Basta lembrar a história da Península Ibérica para chamar a atenção ao fato de que contribuíram com o direito luso-espanhol medieval as influências romanas, os costumes visigóticos, as idéias islâmicas, entre outros. A codificação deveria superar as Ordenações do Reino que se sucederam e procuraram, de modo nada científico, reunir as normas que deveriam vigorar, ainda sem a distinção formal entre o público e o privado, típicos da ordem jurídica pós-revolucionária.

No que se refere ao conteúdo, haveria de se abolir os privilégios de casta como, por exemplo, o tratamento desigual no que se refere às sanções por atos ilícitos, dependendo da posição social do ofensor ou ofendido. Deveria ainda abolir as corporações de ofício e, através de modificações nesta linha, implementar em alto grau a cosmovisão da ideologia dominante: reduzir o ser humano ao átomo primordial da sociedade, isolado na sua liberdade.

Deveria também primar pela uniformidade e não-equivocidade dos conceitos, bem como ter abrangência exaustiva e globalizante de todas as relações jurídicas privadas, prevendo as hipóteses em que necessário se fazia a intervenção da lei, através do mecanismo da subsunção do fato à norma e conseqüente desdobramento jurídico:

Como o código é um instrumento científico e sistemático, tem na sua base um plano ou ordenação técnica de matérias, em que se apóia. Isso significa que a codificação supõe um estado científico na análise do material jurídico, que prepara essa sistematização. Foi justamente isso o que se verificou no século XVIII. Esforços doutrinários muito fecundos tornaram possível a codificação. A visão de conjunto de cada ramo do direito que proporcionaram está na base da estrutura dos códigos que foram surgindo. Puderam assim distinguir-se da mera justaposição de textos legais. Além disso, a codificação era também uma instantânea necessidade prática. Uma evolução social profunda, e nalguns casos precipitada, reclamava tradução no plano jurídico, exigindo grandes reestruturações. A essa evolução não eram estranhos a revolução industrial e o predomínio alcançado pelas classes burguesas. É também muito significativa a situação caótica em que na época se encontravam as fontes do direito. O que dissemos sobre o estado das fontes no direito português assemelha-se ao que se verificava também nos vários países europeus. Difícil era não aspirar a definir num único diploma todas as regras respeitantes a cada setor da vida social.¹⁵

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 381-382.

Mas é no reino das finalidades que a distância mais se evidencia (e, paradoxalmente, mais se assemelha) entre as normas pré-codificadas e a nova ordem codificada. Se o direito medieval tinha por objeto precípua de tutela a ordem estamental e religiosa do mundo de então, o direito privado posterior vinha com a clara missão de proteger a nova nobreza, não mais designada pelo sangue, mas pela titularidade dos meios de produção. Aliás, pode-se até mesmo enxergar o direito codificado como mais alienado, esquizofrenicamente dissociado da realidade social que seu antecessor.

Para o código civil de 1916 todos possuem propriedade, constituem família exclusivamente pelas duras formalidades das justas núpcias, contratam amiúde e dispõem seus bens numa complexa rede de dispositivos testamentários e legais. Sem dúvida nenhuma o direito codificado foi feito por e para o serviço de uma classe política e economicamente dominante. Para os demais, o limbo jurídico, a ilegitimidade familiar e filial, o despojamento da titularidade de bens e a transformação do próprio ser humano destituído de bens em mera mercadoria cuja utilidade e figuração na ordem privada resumia-se à titularidade de um dos pólos um contrato de locação de serviços.

Por certo que, por trás do asseio pelo qual se desenhava a sociedade dita livre igualitária no Código Civil escondia-se a realidade de uma desigualdade de forças sociais que tinham como consequência econômica a brutal concentração dos meios de produção nas mãos de cada vez menos pessoas, bem como a degradação da existência humana da maioria da população pela urbanização acelerada e a precarização consciente das relações de trabalho imposta pelos empregadores.

Do ângulo dos três pilares do sistema codificado oitocentista (sem embargo de sua promulgação já em idos de 1916), a saber, propriedade, contrato e família, o aspecto patrimonialista se assoberba claro.

A propriedade exurge como direito absoluto e projeção da própria personalidade do titular¹⁶. O contrato, radicalmente apegado ao princípio *pacta sunt servanda*¹⁷, servia como instrumento de circulação da propriedade em segurança, e a família, de igual modo, apesar de formalmente ser concebida para a tutela de interesses predominantemente existenciais, na prática não concorria para a afirmação da referida assertiva:

Seria o direito de família o mais pessoal dos direitos civis. As normas de direito das coisas e de direitos das obrigações não seriam subsidiárias do direito de família. Entretanto, os códigos civis da maioria dos povos ocidentais desmentem essa recorrente afirmação. Editados sob inspiração do individualismo liberal, alçaram a propriedade e os interesses patrimoniais a pressuposto nuclear de todos os direitos privados, inclusive o direito de família.¹⁸

Nesse contexto, a relação jurídica paterno-filial servia-se do critério eminentemente nupcialista – sem descurar de modo radical do biológico, para o seu estabelecimento. A relação paterno-filial, dentro do sistema proposto, deveria servir à proteção do patrimônio, evitando que este se dispersasse em razão das condutas erráticas dos homens e mulheres que dessem à luz filhos cujo contexto geracional contrariasse esta mesma proteção, subvertendo as claras e precisas linhas de legitimados a suceder.

Estabelecido que o patrimônio deveria ficar dentro da família, restava delimitar este conceito para que seu papel estivesse estabelecido. A família – pelo menos a juridicamente reconhecida – deveria originar-se de um ato de fundação, a saber, o casamento. E a filiação, por óbvias razões, deveria conciliar o fato biológico com o fato social das justas núpcias,

¹⁶ No que concerne à noção liberalista de propriedade, faz-se digno de destaque o acento de expoentes da dogmática civil nacional no apego a esta concepção: “não hesitamos em afirmar que a corrente doutrinária mais sólida esse respeito é a teoria da natureza humana, segundo a qual a propriedade é inerente à natureza do homem, sendo condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade.” [DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das coisas*. V. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 115.]

¹⁷ Contratualismo este, que aliás, tornou-se o centro do direito privado: “A extremada liberdade do indivíduo na ordem política tem perfeita ressonância na ordem civil, e como naquela se elevou a dogma o famoso princípio: - lasciate fare, lasciate passare, assim também neste toda a força das relações obrigatórias se apóia na livre contractação das partes interessadas. A revolução francesa representa o triumpho d’este duplo princípio; e no Código napoleônico, salvo aquella parte que se mostra dictada pelo ódio profundo contra velhas instituições, consagrou-se a livre contractação como a fonte principal, senão única, das relações obrigatórias de Direito privado.” [CIMBALI, Enrico. *A nova phase do Direito Civil em suas relações econômicas e sociaes*. Trad. Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Livraria Clássica, 1900, pp. 432.]

¹⁸ LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, V.6 n.24. jun/jul., 2004, pp. 136-156.

excluindo-se, portanto da família dita legítima todos aqueles que, por um acidente do destino, não se conformassem a esta realidade eleita pela norma como ideal¹⁹.

Destaque-se aqui a idéia central: o biológico, enquanto critério de paternidade, deveria submeter-se ao nupcialista como posição final para o reconhecimento da filiação e das conseqüências jurídicas daí advindas. É o que deixa claro todo o exposto a seguir.

1.3.2 – A paternidade segundo o Código Civil de 1916 – critério nupcialista

Faz-se mister, para adequada compreensão do papel da filiação na proteção da família fundada no casamento, a revisitação dos principais conceitos e categorias jurídicas atinentes à matéria, evidenciando o que se convencionou denominar por critério nupcialista de paternidade, i.e., a paternidade como instrumento de proteção da família legítima, sobrepondo-se tal critério até a um eventual reconhecimento de vínculo biológico de paternidade.

Diz-se nupcialista o critério de paternidade que, *pari passu* com o biológico, determina quem seja o pai jurídico, sob influência da visão institucionalista da família e da paternidade.

1.3.3 – A família legítima como instituição

A proteção da família legítima²⁰ corria em paralelo à necessidade do contexto ideológico liberal de então, de proteger o trânsito patrimonial²¹ dentro de uma estrutura

¹⁹ Assim, “Toda disposição discriminatória contra filhos ilegítimos resulta em desvantagem relativa a mulheres não casadas. É assim, disposição ligada ao regime patriarcal, à sociedade que funciona em favor dos homens, oprimindo as mulheres e as crianças.” [CABRAL, Pedro Manso. Paternidade ilegítima e filiação. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 78.]

²⁰ Assim, “as situações existenciais estabelecidas entre homem e mulher, entre pai e filho, que não estivessem alicerçadas no casamento não alcançavam proteção plena, isto quando tinham alguma tutela.” [VENCELAU,

familiar pré-ordenada, hierarquizada e concentradora, conciliando este controle do patrimônio com interesses econômicos e morais vigentes à época, de longa tradição liberal-cristã.

Mas sem medo de incorrer em equívoco é possível recuar-se ainda mais no tempo, para os primórdios das origens da família clássica.

Noticia-nos Engels que a família patriarcal (i.e., baseada na chefia da comunidade familiar pelo homem) segue a esteira do desenvolvimento da propriedade privada²². Há uma clara coincidência entre a ascensão do poder masculino com a detenção exclusiva dos meios de produção.

Primevas experiências matriarcais de sociedade deram lugar ao patriarcalismo pela consolidação da propriedade privada. Neste espaço em que a matéria passou a desenhar as conformações do espírito, a mulher passou a *pertencer exclusivamente* ao homem, em situação de desigualdade, bem como a prole.

Vale lembrar que o conceito romano antigo de família coincide com a *domus*, conjunto de seres humanos e demais *coisas* sob o poder do *paterfamilias*, rei, sacerdote e juiz da corporação familiar. Embora com abrandamentos, a situação hierárquica da família sobreviveu por milênios, refletindo-se claramente nas diversas codificações oitocentistas, do qual o Código Civil de 1916 é dos últimos rebentos.

Tal perspectiva e funcionalidade social da família, herdeira de tempos imemoriais, a tornava uma verdadeira *instituição*: a norma codificada protegia antes os interesses da família legítima ao dos indivíduos que a compunham, sejam os membros fundantes, marido e esposa,

Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 11.]

²¹ Nas preciosas palavras de Biagio Brugi: “la familia moderna perdió lo que la antigua tenía de compacto, especialmente com la merma de bienes hereditarios de generacion en generacion, y de las comunidades domesticas” [BRUGI, Biagio. *Instituciones de Derecho Civil*. Cidade do México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946, p. 408.]

²² “Em sua origem, a palavra família não significa o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu de nossa época – a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, ma somente aos escravos. Famulus quer dizer escravo doméstico e família é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Gaio, a família ‘id est patrimonium’ (isto é, herança) era transmitida por testamento.” [ENGELS, Friedrich. *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. 3. ed. Rio e Janeiro: Civilização Brasileira, 1963, p. 61.]

sejam os membros agregados, filhos oriundos do casamento ou por ele legitimados (no caso de ilegítimos naturais legitimados pelo casamento subsequente de seus pais biológicos). A família clássica é supra-individual e tem interesses próprios, analogamente a um sujeito de direito²³.

Este caráter *corporativo* ou *institucional* da família reflete-se também, por corolário lógico, no tratamento *institucionalista* da relação paterno ou materno-filial (doravante apenas por abreviação, relação paterno-filial).

Num eventual conflito entre os interesses da família e do indivíduo, os primeiros deveriam prevalecer. A relação paterno-filial era vista em função de interesses desta corporação familiar, e não em face dos interesses de seus titulares, muito menos, entre eles, dos do hipossuficiente.

O casamento (justas núpcias) servia como acesso único e exclusivo à constituição da família. O formalismo é típico de sociedades organizadas em castas ou hierarquias justificadas pela ordem cósmica transcendente. Servia como signo de submissão ao poder religioso (mesmo antes do cristianismo, em Roma a nobreza formalizava o casamento através de uma cerimônia pública, bem diferente da realidade plebéia, que reconhecia uniões não sacramentadas pela religião vigorante), e depois político. Vale lembrar que um dos alvos do ataque da revolução cultural do pós II Guerra Mundial era contra, não propriamente a família como realidade fática, mas a instituição familiar e seu formalismo iniciático como condição de reconhecimento e aceitabilidade social²⁴.

²³ Há quem, mesmo modernamente, perceba no dispositivo constitucional brasileiro (arts. 205, entre outros) traços de uma categorização da entidade familiar como sujeito de direito.

²⁴ “In this critique of the family most of my paradigmatic references will concern primarily the nuclear family unit in capitalist society in this part of this century. The broader reference, however, and most of my general statements, will cover the social functioning of the family as an ideological conditioning device (the non-human phrasing is deliberate and necessary) in any exploitative society – slave society, feudal society, capitalist society from its most primitive phase in the last century to the neo-colonizing societies in the first world today. It also applies to the first-world working-class, second-world societies and third world countries in so far as these have been indoctrinated into a spurious consciousness that, as we shall see, is definitive of the secret suicide pact conducted by the bourgeois family unit, the unit that labels itself the ‘happy family’” [COOPER, David. *The death of the family*. London: Penguin Press, 1971, p. 5.]

Era através das justas núpcias que o legislador de 1916 procurava situar e justificar a relação paterno-filial, procurando claramente fazer a segunda servir e proteger a primeira, mesmo que com eventual sacrifício do elo biológico, ocorrido em situações aporéticas ou patológicas da paternidade, tais como a filiação adúltera à *matre*.

O casamento a que se referia o Código de 1916 já se tornara exclusivamente civil, por força de lei promulgada em 1891, o qual definitivamente retirara da ordem jurídica nacional o matrimônio religioso (católico), reconhecendo apenas o casamento civil como válido e eficaz a constituir o feixe de conseqüências jurídicas deste advindo. O Estado tomou das mãos da Igreja o poder de constituir instituições familiares, expulsando o último, e talvez mais importante, bastião de *jurisdictio* da Religião, o poder de chancela de validade de uma relação jurídica, consumando, assim, a separação entre Igreja e Estado e reafirmando o caráter laico do Poder Público.

1.3.3.1 – *Filiação legítima*

Embora a doutrina fizesse referência à família e à filiação como relação consangüínea²⁵, é no casamento válido que a tutela da relação familiar e paterno-filial gozava de reconhecimento pleno²⁶. Assim, a distinção entre filiação e filiação legítima funcionalizava-se como categoria includente-excludente de direitos e deveres mútuos.

A falsidade da afirmação esconde (e paradoxalmente evidencia) certa indistinção entre o fático e o jurídico na dogmática nacional da paternidade.

Fala-se em paternidade e filiação como vínculo biológico, era o sistema jurídico quem vedava, por exemplo, o reconhecimento da filiação ilegítima incestuosa ou adúltera a

²⁵ “No direito moderno, família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja efficacia se estende ora mais larga, ora mais restrictamente, segundo as várias legislações.” [BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, pp. 16-17.]

²⁶ BEVILAQUA, *Direito da Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, pp. 20-21.

*patre*²⁷. Ora, se o ordenamento não permitia o reconhecimento desta espécie de filiação, tal filiação não passava de um estado de fato insusceptível de qualquer menção no universo jurídico. Tratava-se de um fato jurídico inexistente, exceto no tocante mesmo à sua proibição de existir.

Donde se conclui que o vínculo biológico nem sempre podia identificar-se com o jurídico, demonstrando o descuido de parte da doutrina da época em distinguir o fático do jurídico nas conotações utilizadas para os vocábulos “pai”, “mãe” e “filho”, quando utilizados no sentido biológico.

Se o biológico nem sempre coincidia com o jurídico, apenas havia paternidade jurídica quando as janelas do ordenamento abriam-se para o fato natural, sob severa vigilância da finalidade precípua do ordenamento no que tange à matéria familiar, que era proteger a instituição da família legítima contra o assalto da bastardia²⁸.

Não se faz ocioso lembrar a advertência da doutrina pretérita, quando à clara dissociação entre o fato biológico da paternidade e maternidade, do estabelecimento jurídico da relação paterno ou materno filial. O que apenas em aparência parece-nos ter surgido da exurgência da filiação sócio-afetiva, não é fenômeno desconhecido do direito privado, como já pontificara a doutrina, ao tratar da relação entre o biológico e o jurídico no reconhecimento dos filhos ilegítimos naturais:

...nem sempre se incluir entre os efeitos que decorrem da procriação a atribuição de um estado de filiação, não sendo para o Direito um absurdo a existência de um ser humano sem pai e inclusive sem mãe, o que não importa admitir que biologicamente isto seja possível, mas significa simplesmente que nenhum homem

²⁷ Em conclusão, ao tempo da vigência do Código Civil, na forma como entrou em vigor em 1916, o filho havido pela infidelidade do marido, era tido pela lei como nascido fora do casamento e considerado como gerado exclusivamente pela mulher, sem a participação do homem, já que o seu reconhecimento era proibido, quer voluntária, quer judicialmente. Já o filho concebido pela infidelidade da mulher era considerado como nascido dentro do casamento, pois era presumido legalmente como sendo do marido, nos termos dos arts. 337 e 338, do Código Civil. [FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. *Direito de paternidade*. São Paulo: Ltr, 1997, p. 123.]

²⁸ Excepcionalmente, o critério biológico prevalecia: “A verdade biológica acerca do tempo da gravidez só podia revelar-se quando não havia lugar para a protecção do estatuto da legitimidade, isto é, no âmbito da filiação extramatrimonial.” [OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico de paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 29.]

e nenhuma mulher tem a respeito do referido ser os direitos e deveres jurídicos que ao pai ou à mãe correspondem por imperativo e concessão da norma jurídica.²⁹

A tutela legal não era a da paternidade ou da filiação, mas do casamento, das “justas núpcias”, expresso nestas relações pela legitimidade ou não das mesmas.

Assim, tinha-se filiação legítima, “1º, se, no momento da concepção, o pae e a mãe se acham vinculados por casamento válido; 2º, ou putativo; 3º, ou anulavel”³⁰. Em tal situação, presume-se que os frutos do casamento são oriundos da coabitação dos cônjuges (*pater ist est quem justae nuptiae demonstrat*), vale dizer, o biológico reconhecido dentro do âmbito nupcial.

Tal não ocorria, por exemplo, com o casamento considerado nulo, posto que a nulidade do ato implique na sua ineficácia, tornando a filiação despojada do qualificativo essencial à inserção familiar.

A experiência ibérica de casamento despojado de solenidades religiosas, oriundo dos costumes herdados das invasões das tribos germânicas, conviveu pacificamente com o casamento celebrado pela Igreja, situação esta que perdurou até o Concílio de Trento que, em 1563, determinou aos povos católicos que apenas reconhecessem o casamento efetuado perante o pároco e cumpridas as solenidades prescritas pela Santa Sé. Nascia o monopólio do casamento católico, que perdurou no Brasil, por herança colonial, até 1861, ocasião em que se restabeleceu a concorrência entre o casamento católico, o casamento misto (entre católico e cristão dissidente) e o casamento entre não católicos, outorgando ainda a juizes laicos a apreciação de impedimentos e nulidades do ato. Somente com o advento da República é que a ordem jurídica tornou-se integralmente laica neste mister, reconhecendo como válido apenas o casamento civil efetuado conforme as normas estatais.³¹

²⁹ DAYRELL, Carlos. *Da filiação ilegítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 69.

³⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 331.

³¹ BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, pp. 60-61.

A anulação do casamento gerava, *contrario sensu*, legitimidade do vínculo paterno-filial, embora tal legitimidade não se estenda para os demais parentes, cuja afinidade será forçosamente ilegítima.

É putativo o casamento quando os cônjuges, ou apenas um deles, desconhece a causa que torna nula ou anulável aquele matrimônio, tendo conseqüências no âmbito dos efeitos da filiação. Assim, mesmo nulo, o casamento putativo gera legitimidade aos filhos oriundos da relação.

Por força da forte probabilidade de vínculo biológico, dois períodos, um imediatamente posterior à constituição, e outro imediatamente posterior à extinção do matrimônio válido também geravam a presunção de paternidade legítima. Assim, a prole nascida entre um mínimo de 180 dias após o casamento e 300 dias após a morte, desquite ou sua anulação (período legal de concepção), de inspiração grego-romana³².

Para elidir estas presunções, necessário se fazia provar que não havia possibilidade material de os cônjuges terem coabitado nos períodos indigitados³³. Sequer o adultério confessado e provado a matre justificava o afastamento desta presunção, ponderando-se que, na dúvida, prevalece a presunção em favor da legitimidade³⁴.

Vê-se aqui, neste momento patológico da paternidade legítima presumida, que entre o critério biológico e o nupcialista, em favor da família legítima e da paz familiar, a presunção de legitimidade pende para o lado do prevalecimento da segunda, deixando claro que a

³² Tirando partido da doutrina de Hipócrates e do precedentes romanos, que deram à gestação um termo mínimo de 6 meses e um máximo de 10 sustenta (posto que contra os resultados da moderna ciência biológica) que a concepção deve ter tido lugar no período que decorre entre o 180º e o 300º dia anterior ao nascimento, excluindo-se pois que qualquer geração possa durar menos de 180 ou mais de 300 dias. [RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II – Direito de Família, Direitos reais e posse. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 167.]

³³ “Tais regras não são, todavia, absolutas; importam presunção, que se cria não interesse dos filhos e dos pais; mas é das presunções não absolutas cederem ao que provavelmente se tem por anormal. (...) Aulo Gélío informa que o Imperador Adriano fizera legítimo um filho nascido onze meses após a morte do marido de uma *femina bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia*, e, segundo Plínio, certo Pretor admitiu como sucessível filho nasido após treze meses de gestação.” [PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo IX – Direito de Família: direito parental. Direito Protectivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 28.]

³⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 334.

filiação, neste sistema, antes de servir à identidade biológica do sujeito, serve à proteção da família constituída por justas núpcias.

Poderia ocorrer claramente que o filho gerado do adultério *à matre* não fosse biologicamente do marido. Este, porém, sendo legitimado para contestar a legitimidade (e, a reboque, a origem genética do filho), e não o fazendo, permite a prevalência da presunção legal em seu desfavor, colocando a defesa da família legitimamente constituída acima de qualquer interesse em defender um critério meramente biológico de filiação.

Assim, estas as únicas portas abertas para a filiação legítima *ope legis* abertas pelo legislador, atento à proteção da instituição do casamento como condicionante da existência da família legitimamente constituída.

A contestação de legitimidade da filiação, por opção do legislador, ficara reduzida a hipóteses taxativas em que, dentro do período legal de concepção, se comprova a impossibilidade de coabitação do marido com a esposa, por moléstia ou ausência física do mesmo do lar conjugal. A filiação atacada se daria, portanto, por adultério da esposa. Mas esta não é uma matéria de ordem pública, posto que o próprio marido possa optar por suportar privadamente a desonra da infidelidade conjugal, posto que “os interesses moraes e econômicos que o adultério vem conturbar, pertencem, diretamente, ao marido e aos filhos legítimos”³⁵

Aqui mais uma vez conflitam a verdade biológica e a defesa da família legalmente constituída. Optando o marido pela paz familiar, e evitando as referidas conseqüências morais e econômicas que a evidencia de um escândalo desta monta poderia trazer para o seio da instituição, mais uma vez prevalece, como faculdade do marido, a opção por não excluir da relação paterno-filial quem ele saiba ou desconfie não ser biologicamente seu. Trata-se de

³⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 336.

direito imprescritível, mas não sujeito a transmissão por morte, exceto se já iniciada a ação pelo de cujus.

Nascido o filho fora do primeiro período legal de concepção, i.e., antes dos 180 dias da celebração do casamento, não poderá o marido contestar a legitimidade, se expressa ou tacitamente os reconheceu como seus. O que hodiernamente se consideraria uma clara manifestação de paternidade “sócio-afetiva”, à época seria impensável nestes termos. Trata-se de mais uma manifestação do legislador no instinto protetivo da instituição familiar, evitando-se que um deslize moral da futura esposa pudesse dar azo ao desfazimento das núpcias. Como tal fato ocorria fora do período legal de concepção, e dentro do espírito de prevalência da autonomia da vontade da codificação oitocentista, não faria sentido outro caminho senão deixar ao arbítrio do marido fazer prevalecer o critério registral sobre o biológico, a despeito da franca improbabilidade de ter sido este o genitor, a presumir-se a conduta casta do casal ou do noivo (embora, como é bem sabido, nem sempre essa presunção condizia com a realidade da coabitação pré-nupcial, exatamente para a qual esta regra foi apresentada).

Ao admitir, portanto, sob a égide da autonomia da vontade, ao marido receber como seu um filho não coberto pela presunção do *pater ist est* o legislador reafirma o princípio da prevalência do nupcialismo sobre o biologismo como critério estabelecente de paternidade.

Pelo interesse jurídico que sobrelevava ao reconhecimento da legitimidade da filiação, era possível também vindicar tal estado quando não expressamente reconhecido. Pela sistemática do Código de 1916, analogamente à imprescritibilidade do direito de impugnar a filiação, a norma então vigente outorgada igual privilégio ao direito do filho ver reconhecida a sua legitimidade, já que “como as ações relativas à determinação do estado familiar das pessoas são imprescritíveis, também não era possível que adoptássemos estas restrições para o direito pátrio.”³⁶

³⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 341.

Deverá provar o candidato a filho legítimo a ocorrência de um casamento válido, putativo ou que tenha sido anulado, sua identidade e que nasceu de seus pretensos pais no prazo de presunção legal da paternidade. Caso o registro civil seja lacunoso ou inexistente, basta um começo de prova escrita ou quando presunções ou indícios, resultantes de fatos já certos, “pareçam bastante graves para determinar a sua admissão”³⁷.

Afastou o legislador nacional a aplicação integral da posse de estado de filho, tal como concebida como o conjunto de fatos que, no seu conjunto, bastem para demonstrar as relações de filiação e paternidade entre um indivíduo e o chefe da família a que elle pretende pertencer.³⁸, sintetizada no trinômio *nominatio, tractatus e reputatio*³⁹. Vale salientar que a posse de estado de filho, que no presente contexto serve à família legítima, instrumentaliza-se posteriormente no que concerne ao estabelecimento da paternidade sociológica, obviamente por fundamentos valorativos distintos, mas que demonstra uma vitalidade formal digna de nota. Sobre tal critério de filiação trataremos adiante.

1.3.3.2 – Filiação ilegítima e legitimação

Fora das portas abertas à filiação legítima, os filhos procedentes de relação sexual ilícita, i.e., não cobertas pelo manto das justas núpcias, “o direito não presta o seu reconhecimento”⁴⁰, posto que “é conhecida a máxima que os filhos naturaes não têm família”⁴¹.

³⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 344.

³⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 343.

³⁹ “Tener la posesión de estado de hijo legítimo, es pasar por tal a los ojos del público; es reunir cierto número de condiciones enumeradas en el art. 321 y que la sabiduría de las naciones há condensado em las tres palabras consagradas: nomen, tractatus, fama; es llevar el apellido de los padres, es haver sido tratado por ellos como su propri hijo, paternal y maternalmente, es, em fin, haber sido considerado como tal por todos, bien em el círculo restringido de la familia, o bien em el círculo más amplio de la sociedad.” [JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. T. I. Vol. II. La Família. Buenos Aires: Bosch, 1952, pp. 215-216.]

⁴⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 344.

⁴¹ OLIVEIRA, Cândido de. *Manual do Código Civil Brasileiro – Do Direito de Família (art. 189-329)*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribieiro dos Santos, 1929, p. 44.

Classificavam-se tais filhos em naturais e espúrios. Eram filhos naturais os tais cujos pais, ao tempo da concepção, não estavam sob a égide de algum impedimento matrimonial⁴². Já os espúrios eram classificados ainda em adúlteros, caso qualquer dos pais biológicos, ao tempo da concepção ou do parto, estivesse casado com outrem, e incestuosos, quando originados de parentes tão próximos que eventual casamento seria inválido⁴³.

Essa classificação obedecia integralmente à lógica da discriminação entre filhos para efeitos patrimoniais. Para além da discriminação do nome e do parentesco, a maior distância se dava entre filhos legítimos e ilegítimos quanto à proteção alimentar e os direitos sucessórios. Em casos extremos, como no dos filhos ilegítimos adúlteros, era vedado mesmo o seu reconhecimento, tornando-os, por ficção legal, filhos sem pai e sem mãe: “Relativamente ao filho incestuoso, permanece em vigor, em sua inteireza, o art. 358 do diploma civil. Tal filho não pode ser reconhecido, e, conseqüentemente, representa, em termos jurídicos, o resultado de uma verdadeira ‘geração espontânea’, já que não tem pai nem mãe!”⁴⁴

A categoria dos filhos naturais podia ser legitimada pelo casamento subsequente, i.e., pela constituição de família legítima, tendo como efeito a equiparação destes aos nascidos dentro do período legal de concepção⁴⁵.

O decreto de 24 de janeiro de 1890, em seu art. 56, § 1º, estatui como efeito do casamento civil “constituir família legítima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo se um destes, ao tempo do nascimento ou da concepção

⁴² Cf. DAYRELL, Carlos. *Da filiação ilegítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.67.

⁴³ “Os filhos ilegítimos podem ser naturais ou espúrios. Naturais quando descendem de pessoas não casadas, mas entre as quais não existe impedimento para casar, e espúrios quando provêm de pais impedidos de casar ao tempo da concepção. Os espúrios são chamados incestuosos quando existe impedimento entre os procriadores decorrente de parentesco em grau proibido e adúlteros quando oriundos de pessoas ligadas por vínculo conjugal com terceiros.” [OLIVEIRA, José Lopes de. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: Sugestões literárias, 1980, pp. 331-332.]

⁴⁴ MARCATO, Antônio Carlos. *Reconhecimento dos filhos ilegítimos* in: Revista dos Tribunais. Ano 75. Abr. Vol. 606. São Paulo: RT, 1986, p. 22.

⁴⁵ “El hijo legitimado ocupa la misma posición jurídica que si hubiera nacido del matrimonio.” [JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. T. I. Vol. II. La Familia. Buenos Aires: Bosch, 1952, p. 415.]

dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa”, isto é, salvo se ilegítimos adulterinos. Não era necessária nenhuma manifestação adicional dos pais para que tais filhos gozassem de legitimação pelo matrimônio destes, abrindo-se assim excepcional porta para o reconhecimento da filiação legítima aos tais. Entretanto, para que tal legitimação operasse *ope legis*, necessário se fazia que os tais contivessem, em seu registro de nascimento, o nome dos seus pais. Caso contrário, tal lacuna somente poderia ser suprida pelo reconhecimento voluntário da paternidade.

O reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos, pela letra da lei com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, tinha finalidade apenas alimentar, não constituindo vínculo paterno-filial juridicamente reconhecido (sem embargo da dubiedade desta proposição – afinal, ao se reconhecer o vínculo biológico entre alimentante e alimentado, de certo ângulo, está a se reconhecer alguma *relação paterno-filial* que serve de causa de pedir aos referidos alimentos, mesmo que tal reconhecimento não fosse formalmente considerado como tal. Como já referido no que concerne ao conceito de família, a divisão entre o fático e o jurídico não parece bem delineada para permitir a categorização das situações paterno-filiais sob o antigo sistema).

Digna de nota foi a tentativa de progresso do projeto Beviláqua, que propunha a possibilidade de reconhecimento, pelo genitor, do filho adulterino ou incestuoso. Tal proposta foi abortada pela Câmara dos Deputados, por razões morais⁴⁶, prevalecendo a redação do art. 358 da Lei Civil de 1916 que vedava peremptoriamente o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos.

Contudo, a filiação adulterina experimentou progresso no que concernia ao reconhecimento e à declaração judicial de sua filiação (ilegítima), tanto pelo Decreto-Lei 4.737/42 quanto pelo advento da Lei 883/49, que lhes permitia, após a dissolução da

⁴⁶ MARCATO, Antônio Carlos. *Reconhecimento dos filhos ilegítimos* in: Revista dos Tribunais. Ano 75. Abr. Vol. 606. São Paulo: RT, 1986, p. 15.

sociedade conjugal, a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, e ao filho, a ação para declaração de sua filiação⁴⁷.

1.3.4 – A que fins militava a figura da família legítima

Em todas as portas de acesso, parciais ou totais, da tutela jurídica da filiação, o valor preponderante é claramente a proteção da família legítima, sem embargo de uma necessidade solidarista de amparar, por via excepcional e muito limitada, os excluídos do estado pleno de filiação e suas conseqüências legais:

O princípio que informa o instituto da legitimação, desde o direito romano, é um princípio de utilidade e de equidade. A utilidade estava na extinção do concubinato, a equidade, na situação igual dos filhos de um mesmo leito, que o casamento legitimou. A existência de filhos duma união ilegítima é o maior incentivo a que os pais a legalizem.⁴⁸

Assim, nota-se que todas as portas de entrada da filiação legítima e legitimada serviam à proteção da família constituída sob justas núpcias, reforçando a submissão da filiação antes ao nupcialismo, funcionalizado a este.

1.4 – CONCLUSÃO

O profícuo casamento da tradição cristã de proteção do matrimônio e o interesse de classe em manter na família as riquezas acumuladas traduziu-se nas seções das codificações modernas destinadas ao direito de família.

À religião ficara o papel forte no imaginário europeu, de que para a felicidade dos homens e respeito às divinas ordenanças (totem depois substituído por outro não menos

⁴⁷ MARCATO, Antônio Carlos. *Reconhecimento dos filhos ilegítimos* in: Revista dos Tribunais. Ano 75. Abr. Vol. 606. São Paulo: RT, 1986, p. 22.

⁴⁸ SÁ PEREIRA, Virgílio. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 381.

“divino” – a razão), a família legítima (i.e., constituída sob a benção do sacerdote), era a única porta de entrada aceitável de convivência familiar.

Tal padrão, de origem religiosa, contudo, não se mostrou incompatível com a ordem liberal que justificou ideologicamente as novas codificações. Apenas destronou-se o fundamento axiológico outrora teocêntrico pelo antropocêntrico (na sua forma mais bruta e ignorante – eurocêntrico). E embora o novo regime tivesse trabalhado sistematicamente para afastar o poder de atuação da Igreja do imaginário popular, deixou praticamente intacta a instituição familiar, seus tabus e seus traços clássicos⁴⁹.

Tanto isso é verdade que, parafraseando Nelson Saldanha⁵⁰, o princípio da igualdade, característico do velho regime apoiado pela religião, demorou praticamente duzentos anos para atravessar a praça (o espaço político, público) e entrar no jardim (o espaço privado, notadamente familiar).

O afrouxamento da influência política e ideológica da igreja não afetou, no que tange à classe dominante, o paradigma estrutural familiar codificado. A burguesia não queria distanciar-se da nobreza que lhe antecederá, mas tanto quanto possível assemelhar-se a ela, principalmente no que se referia às experiências sexuais dos homens antes e fora do casamento, que serviam para dar vazão à libido mas que não se coadunavam com o sistema protetivo do patrimônio baseado nas justas núpcias. Esta opção pela ordem em detrimento da satisfação do prazer é analisada por Bauman como orgulho e pedra angular da modernidade⁵¹.

⁴⁹ O liberalismo, já se apontou, deixou mesmo de lado o espaço privado, privilegiando o espaço público: “The long-standing disregard of the family and the private sphere by liberal philosophy was part of the ideological background of the phenomenon that medieval concepts prevailed much longer in family law than in society in general. It also probably forms at least a part of the explanation for the fact that the first and most radical reforms of family law did not take place in the countries that were most influenced by classical liberal philosophy.” [ANTOKOLSKAIA, M. The Process of Modernisation of Family Law in Eastern and Western Europe: Difference in Timing, Resemblance in Substance, vol 4.2 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (September 2000), <http://www.ejcl.org/42/art42-1.html>]. Disponível em: 15/11/2006.]

⁵⁰ É clara a metáfora do pensador citado: “A liberdade pode ser disciplina, a autoridade pode ser o diálogo, o poder pode ser justiça; o público e o privado se complementam. Deste modo é correto pretender que no jardim exista algo de praça, e que a praça tenha algo de jardim”. SALDANHA, Nelson. O Jardim e a Praça: o Privado e o Público na Vida Social e Histórica. São Paulo: Edusp, 1993, p. 119-120.

⁵¹ Cf. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 8.

Sob esta perspectiva, o direito absorveu claramente as categorias clássico-medievais de filiação: filhos legítimos e ilegítimos; estes últimos, naturais, adulterinos, espúrios, sacrílegos.

Voltando ao problema inicialmente proposto, tem-se por clara a resposta do sistema ao dilema do conflito positivo de paternidade. O vínculo biológico entre Pedro e Caio era irrelevante para a determinação jurídica de paternidade. A convivência afetiva entre o infante e José seriam igualmente irrelevantes. A paz do lar e a proteção das justas núpcias indicavam uma presunção de paternidade de Caio por parte de João, marido se sua genitora, presunção esta inatacável, exceto pelo próprio marido, o qual, no caso em concreto, concorrendo com os demais no estabelecimento da paternidade, tinha em seu favor o complexo jurídico-valorativo a estear-lhe a vitória: Caio deveria ser juridicamente filho de João.

Dando continuidade a esta análise jurídica da paternidade, será verificado que, concomitantemente à mudança de paradigmas axiológicos no direito, com reflexos no direito de família, a solução razoável e adequada para o caso em tela será diversa da primeira.

A ascensão do paradigma biológico sobre o nupcialista fez-se, entretanto, sem sacrifício da visão estática de paternidade e filiação. Apenas a partir do terceiro capítulo revisional da matéria os primeiros traços de uma filiação dinamizável – parte do núcleo finalístico do presente trabalho- hão de ser tocados.

Outras mudanças na própria técnica jurídica, notadamente no campo hermenêutico, bem como a crescente rebelião dos fatos aos paradigmas tradicionais de família herdados do passado vão justificar uma nova abordagem da relação paterno-filial: da perspectiva clássica de *estado*, herdeira do institucionalismo da família alhures referida, para a pós-moderna concepção dinâmica, mutável e mutante de relação paterno-filial.

2 - O MOMENTO BIOLOGISTA DE PATERNIDADE

Nesta segunda seção procura-se demonstrar como o nupcialismo, a submissão do vínculo fático biológico ao vínculo jurídico conjugal foi sucumbindo, ao longo do Século XX, tanto por fatores negativos, i.e., pelo o vácuo criado ante a perda dos valores que justificavam a referida discriminação, quanto por fatores positivos, notadamente a necessidade de fortalecimento da rede solidarista familiar. Este último fator traduz-se no corolário de um Estado Social que se propôs a contrapor o modelo individualista de sociedade e de Estado que lhe antecederam, ignorando ou minimizando as fronteiras entre o público e o privado no atendimento das crescentes necessidades de sustento mútuo entre parentes biológicos.

E como que a coroar este esforço da modernidade, surge afinal o teste científico (também um claro clichê típico do Século XX) que passou a permitir, com certeza quase absoluta, determinar a ascendência genética de um indivíduo, fragilizando ainda mais a associação outrora tão venerada entre matrimônio e filiação.

2.1 – VÁCUO AXIOLÓGICO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E PRECEDENTES HISTÓRICOS

O contexto maior foi o do deslocamento, ao longo do século XX, do Código Civil para a Constituição como centro de interesses, razão pela qual a legislação civil passou a ter papel periférico na conformação de sua própria principiologia, notadamente no campo da solidariedade. Tal processo culminou com o que hodiernamente se qualifica como constitucionalização do Direito Civil.

Tal “vácuo axiológico” do Código Civil ante a ascensão da principiologia constitucional teve fundamental papel na penetração do princípio solidarista na esfera privada,

como se verá a seguir. E embora a expressão não deva ser entendida de modo absoluto, reflete a posição de supremacia de influência que alcançou a topografia dos princípios e figuras constitucionais (inclusive figuras típicas de direito privado constitucionalizadas) sobre o microsistema civil, funcionalizado pela técnica de aplicação dos princípios.

Claramente, todas estas mudanças implicarão em alteração do quadro originário da paternidade-filiação, a ponto de possibilitar, no nosso esquema hipotético, a alteração dos pressupostos decisoriais da determinação jurídica de paternidade.

Se a hierarquização e discriminação familiares foram os últimos redutos do espírito medieval banido da vida política pelo advento do liberalismo, já se referiu alhures que tal mudança de paradigma demorou a atravessar a praça e alcançar o espaço privado⁵². Em parte porque o pretenso igualitarismo pregado pela revolução se satisfazia em seu aspecto formal, público e econômico.

A estrutura familiar clássica, ao contrário, servia muito bem aos propósitos da burguesia, garantindo as cercas e valados que protegeriam o patrimônio familiar do ataque da bastardia.

Igualmente, não se pode negar que a burguesia em ascensão via a si mesma como a nova nobreza, esforçando-se para parecer com os ícones do antigo regime, àquele tempo ainda fortes paradigmas no imaginário ocidental, de sorte a justificar a paradoxal igualdade formal do espaço público e as desigualdades do espaço privado familiar.

Mas foi a força de outro paradigma, o advento do Estado Social, quem impôs as primeiras baixas na muralha privada da instituição familiar. Para o solidarismo, como

⁵² Assim, “Especialmente em relação ao pensamento jurídico, identificamos um conjunto de fantasias absolutistas de um controle social absoluto como expressão de permanências de uma cultura jurídico-política bastante antiga. A penetração de propostas iluministas não foi suficiente para alterar de forma expressiva a organização social e política que fundamentava as práticas jurídicas em Portugal e no Brasil. A visão de mundo tomista, espriada na Península pela prática política e ideológica da Igreja Romana, sustentava uma concepção de sociedade rigidamente hierarquizada, produzindo efeitos de permanência cultural de longa duração, com fortes desdobramentos para os afetos e as emoções presentes nas formações históricas portuguesa e brasileira, que resistem, ainda hoje, ao corolário das tantas mudanças promovidas pelas concepções iluministas e liberais sobre os direitos.” [NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei In: REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS SOCIAIS - VOL. 16 N o 45. Fev. São Paulo: ANPOCS, 2001, p. 116.]

ideologia, não fazia sentido a discriminação dos filhos biológicos na participação do bem-estar dos genitores, notadamente no que se referia à prestação alimentar, já que, por princípio desta cosmovisão, todo o ônus social não suportado pelos particulares recairia *ipso facto* sobre as costas do Estado-Providência. É o que nos ensina Caio Mário da Silva Pereira, com habitual argúcia:

Por isso, ao lado do zelo pelos que procedem de justas núpcias, procura o Estado suprir onde faltou o cumprimento de um dever moral, e amparar os que, provindo de uniões não legalizadas, nem por isso tem menor direito à vida.⁵³

Não foi portanto, apenas e tão-somente o princípio democrático e a igualdade liberal quem dissolveu as travas que justificavam o nupcialismo rígido a impedir o avanço dos bastados, mas o dever de solidariedade, típico do Século XX⁵⁴.

Paradoxalmente, vê-se que a paternidade está associada à responsabilidade pela criação (de natureza solidarista) em outros tempos históricos, e que, como um pêndulo, quando o ambiente ideológico permite, tal associação aflora novamente e permite que o genitor biológico responda pela sobrevivência física do gerado, mesmo que não haja necessário liame jurídico entre eles:

FLATTET recorda que certos direitos cantonais, antes que entrasse em vigor no ano 1912 o C. Civ. suíço, de âmbito federal, estabeleciam a responsabilidade solidária de todos os homens que houvessem coabitado com a mãe à época da concepção.⁵ E HANS FEHR, em alentado estudo sobre a posição jurídica da mulher e dos filhos nos direitos comunais, faz, por outro lado, esta curiosa verificação: enquanto, de uma parte, não foi possível identificar, diretamente, qualquer responsabilidade alimentar por parte da mãe em relação ao filho bastardo, fontes suíças e austríacas constringiam energicamente o pai, que não era absolutamente considerado sequer seu parente, à obrigação de sustentá-lo. Recorda FEHR que, "segundo os Estatutos de Malans e de Bergün, o pai do bastardo devia contribuir com dois terços e a mãe com um terço para a sua manutenção. O Código de Obwalden determina que o pai deva educar seus filhos ilegítimos como um outro pai educaria os legítimos". Tão manifestamente fora dos quadros da verdadeira paternidade a matéria se colocava, que, em se tratando de atos delituais, pelo chamado Código de Rheingau respondia notoriamente o lado da mãe, a qual era parente, e não o do pai, este, em rigor, juridicamente um estranho no direito

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 48.

⁵⁴ Sem olvidar de outras variáveis em interação dialética: "O progresso deste século, a complexidade que assumiu a vida, a maior liberdade dos costumes, a admissão da mulher nos trabalhos que antes eram realizados somente pelos homens, a promiscuidade de uns e outros nos mesmos ambientes, tudo ocorreu para que certos preconceitos herdados dos velhos tempos fossem combatidos, e, com isso, alguns problemas sociais encarados de maneira mais livre, solucionados com maior desenvoltura." [PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 49.]

daquelas fontes: "Was ein bastard verbricht, das gelden die magen der mutter und nicht des vaters". Como explicar, há bons séculos passados, essa responsabilidade econômica do pai biológico, expressamente excluído de qualquer vínculo de parentesco com o filho que não descendesse de justas núpcias? Não estão aí claramente delimitadas a responsabilidade civil pela geração - resolúvel em prestações de natureza econômica - e a responsabilidade social, decorrente do status de pai?⁵⁵

Mesmo no auge do nupcialismo, havia um largo consenso sobre a responsabilidade social do genitor biológico sobre o gerado:

O enunciado da chamada lei da oscilação é a afirmação de que a prestação de alimentos aos ilegítimos encontra guarida em todos os sistemas legislativos, desde aqueles em que se faculta amplamente a pesquisa parental, até os mais reacionários, nos quais a declaração de estado de ilegitimidade depende exclusivamente da manifestação espontânea do genitor. Sem receio de incidir numa generalização apressada, podemos afirmar que em todas as legislações, quer se facilite a prova da paternidade, quer se reserve o reconhecimento de filiação à declaração voluntária do pai, está assegurado o direito do filho natural à prestação alimentar.⁵⁶

A natureza humana, projetada na convivência familiar, acaba enfrentando sempre um rol mínimo de problemas que variam pouco em função do momento histórico ou cultural. A questão da associação entre geração e responsabilidade pelo sustento é claramente uma delas. Seu fortalecimento foi propiciado por um cadinho cultural solidarista, a ser demonstrado nas páginas seguintes.

No caso brasileiro, em especial a legislação previdenciária, como não poderia deixar de ser, particularmente tratou de fazer avançar o compasso entre responsabilidade social e genitor biológico: "foram as leis esparsas da assistência social que forçaram as ameias da vigorosa fortaleza."⁵⁷

Orlando Gomes elenca, de modo exemplificativo, uma vasta lista de normas relacionadas a acidente de trabalho e pensão por morte de trabalhadores que estendiam os seus efeitos assistenciais aos filhos de qualquer condição. Passou-se a admitir, em face da

⁵⁵ VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade In: Revista Forense. V. 271. Jul/Set. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 48.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 259.

⁵⁷ GOMES, Orlando; CARNEIRO, Nelson. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 641.

resistência dos tribunais na justificação judicial para prova da filiação espúria, a mera declaração do próprio genitor de que o mesmo era seu descendente biológico⁵⁸.

2.2 – SOLIDARISMO – PREMISSAS HISTÓRICAS

Do ponto de vista histórico, podem-se visualizar os primeiros marcos da idéia de solidariedade tanto na filosofia grega quanto na fé cristã. Fontes importantes que são da Civilização Ocidental, nas suas dimensões cultural, religiosa e, por que não dizer, jurídica, tem no estoicismo e no cristianismo primitivo suas primeiras ocorrências.

Os estóicos propugnavam que a solidariedade tinha raízes na própria natureza, do mesmo modo que o amor a si mesmo⁵⁹. Por outro lado, ocioso seria reafirmar o óbvio caráter solidarista do discurso cristão primitivo, de tempos em tempos ressuscitado por místicos, teólogos, reformadores e pensadores católicos, mas mais hodiernamente em face do advento da chamada doutrina social da Igreja⁶⁰.

Entretanto, o solidarismo como hoje o conhecemos constitui-se numa cosmovisão laica, republicana, filha da Revolução Francesa, porém compreensível apenas levando-se em conta o fato de ser esta uma espécie de antítese do pensamento liberal que ascendeu ao poder imediatamente após a queda do antigo regime.

⁵⁸ Em síntese, é o que nos traz o autos em aproximadamente nove laudas de uma clara associação entre o avanço do dever de solidariedade e a ruptura do castelo da legitimidade. (Cf. GOMES, Orlando; CARNEIRO, Nelson. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 641-652.)

⁵⁹ “O homem é impulsionado pela natureza a conservar o próprio ser e amar a si mesmo. Mas esse instinto primordial não está orientado somente para a conservação do indivíduo: o homem estende imediatamente a oikeíosis aos seus filhos e aos seus parentes e mediatamente a todos os seus semelhantes. Em suma: é a natureza que, como impõe o amar a si mesmo, impõe também amar aos que geramos e aqueles que os geraram; e é a natureza que impulsiona o indivíduo a unir-se aos outros e também a ser útil aos outros. De ser que vive encerrado em sua individualidade, como queria Epicuro, o homem torna-se ‘animal comunitário’. E a nova fórmula demonstra que não se trata de uma simples retomada do pensamento aristotélico, que definia o homem como ‘animal político’: o homem, mais ainda do que ser feito para associar-se numa Polis, é feito para consorciar-se com todos os homens. Nessa base, os estóicos podiam ser fautores de um ideal fortemente cosmopolita.” [REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: Antigüidade e Idade Média*. São Paulo: Paulus, 1990, v. 1. 4. ed. pp. 264-265.]

⁶⁰ “Falar sobre o solidarismo implica, necessariamente, abordar a doutrina social da Igreja, porquanto ele constitui uma das facetas dos ensinamentos do magistério eclesiástico, em seu dinamismo histórico-social.” [ULMANN, Reinhold Aloysio. *O solidarismo*. São Leopoldo: Unisinos, 1993, p. 153.]

2.2.1 – O solidarismo como discurso político

Não seria exagero atribuir ao tríplice lema da Revolução francesa um enorme papel no imaginário ocidental dali em diante. Por liberdade, igualdade e fraternidade, nesta mesma seqüência, foi moldada a própria História do Ocidente como a conhecemos.

A experiência histórica de liberdade ampla e irrestrita concedida aos atores sociais redundou na conclusão de que esta era historicamente autofágica. Ficou claramente constatado que indivíduos livres de qualquer freio estatal, porém não materialmente iguais, geram relações mútuas que tendem antes à escravidão do mais fraco pelo mais forte do que ao incremento da liberdade, tudo isto sob as asas do contratualismo como paradigma de relação humana.

A figura jurídica do contrato não é, por óbvio, uma invenção do liberalismo, porém não sem razão tornou-se o instituto mais importante da legislação positivada⁶¹, a ponto de ser utilizado como instrumento da própria cosmovisão – contratualista – que passou a ser o paradigma descritivo da sociedade humana em suas relações, donde se origina a teoria filosófica básica do liberalismo, o contrato social.

A experiência liberal levava às últimas conseqüências seu paradigma de atomização do sujeito, a reboque de justificativas teóricas que propugnavam pela emancipação do homem dos laços do coletivo como condição *sine qua non* de seu pleno desenvolvimento e, segundo se presumia, do de toda a sociedade⁶².

⁶¹ Com efeito, "a autonomia da vontade, liberdade individual e propriedade privada transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado Liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e intemporalidade," (FACHIN, Luiz Edson. *Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em Pontes de Miranda* in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. v.33. Porto Alegre: Síntese: 2000, pp. 91-7.)

⁶² "Tendo mostrado ser a individualidade o mesmo que o desenvolvimento, sendo tão-só a cultura da individualidade que produz, ou pode produzir, seres humanos bem desenvolvidos, poderia encerrar aqui meu argumento." [MILL, John Stuart. *Da liberdade – Clássicos da Democracia*. São Paulo: Ibrasa, 1963. Trad. de E. Jacy Monteiro. p. 72.]

Parafrazeando a célebre frase atribuída a Napoleão, a “idéia que encontrou suas baionetas” moldou o mundo, a economia, a sociedade e o Estado à sua imagem e conforme sua cosmovisão, levando, entretanto, não à emancipação do indivíduo, como acreditavam os teóricos liberais, mas ao novo jugo do capital, da máquina e do salário, muito mais pesado do que se poderia conceber nos termos do feudalismo.

Igualmente nascente com a revolução, o discurso solidarista emerge ainda um tanto associado à filantropia e à caridade, vindo a ter um caráter normativo de modo expresso pela Constituição Francesa de 1793, que reconhece o dever de assistência aos que não tem emprego e aos que não podem trabalhar⁶³.

Em paralelo, a noção de solidarismo tem na Sociologia e Filosofia destaque nascente. Comte se mostrava avesso a uma concepção atomizada do indivíduo. Significativa foi também a contribuição de Proudhon no cadinho formativo do discurso solidarista. Em seu *Princípio Federativo*, o autor francês propugna uma visão da sociedade em que, de um só momento, reconhece a diversidade de entes sociais e a distribuição de bens como um grande pacto solidarista⁶⁴.

Mas o discurso solidarista afina-se apenas ao final do Século XIX, matizando uma nova forma de pensar a interação entre o indivíduo e as múltiplas facetas do coletivo, tal como o Estado. Como principais referências deste refinamento temos Leon Bourgeois e Emile Durkheim. O primeiro pugnando por uma visão orgânica da sociedade, apontando para a perspectiva de que não está na relação indivíduo-Estado a problemática do direito e do dever, mas antes entre os homens mesmo, partindo-se do pressuposto que todos são partícipes

⁶³ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 188.

⁶⁴ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 189.

de uma obra comum⁶⁵; o segundo tratando dos aspectos propriamente éticos do discurso solidarista⁶⁶.

No Brasil, a crítica ao viés individualista do liberalismo não passou em branco por expoentes do pensamento nacional, tais como Rui Barbosa, Tobias Barreto e Joaquim Nabuco⁶⁷.

A consequência prática mais palpável do advento deste discurso solidário foi a adoção dos sistemas de seguridade social⁶⁸ e no caráter progressivamente interventivo do Estado sobre as relações privadas, com o claro objetivo de alcançar o reequilíbrio material das partes, deixando de lado a assunção fetichista do pretense equilíbrio formal entre os indivíduos livres.

Levando-se em conta o contexto histórico, notadamente em face do surgimento de ideologias revolucionárias, tais como o marxismo e o anarquismo⁶⁹, a busca pela igualdade material foi ganhando o espaço então ocupado apenas pela liberdade, a ponto de degenerar-se no igualitarismo a qualquer preço, deixando esta última – a liberdade – tão à míngua que, em determinados contextos, o indivíduo simplesmente desapareceu ante a onipresença do coletivo.

Não existe, entretanto, melhor argumento do que o experimental para derrubar a sucessão de concepções paradisíacas que as ideologias em desfile nos têm oferecido ao longo dos últimos três Séculos. O problema do tempo e a experiência como professora, dizem os

⁶⁵ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 190-191.

⁶⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 190-193.

⁶⁷ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 191.

⁶⁸ *Pari passu* com a mudança de visão frente às intempéries da existência, já que a fortuna ou a danação deixavam de ser vistas como parte do destino para se tornarem um jogo de probabilidade racionalmente compreensível. Assim, “a fronteira entre os tempos modernos e o passado demarcou-se a partir do domínio do risco, isto é, da noção de que o futuro é mais que um capricho dos deuses, e homens e mulheres não são seres meramente passivos ante a natureza.” [HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 39.]

⁶⁹ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 196.

chineses, e que seus alunos são mortos pelos seus mestres. E em todo este tempo o elemento de equilíbrio, a *Fraternité*, ínsito à primeva declaração revolucionária, estava, ora adormecido, ora retirado de foco. Sobre ele nos deteremos adiante.

O ideal de igualdade sem liberdade evidenciou-se, na prática radical do “socialismo real”, numa espécie de nova nobreza ou oligarquia estatista (os membros do Partido que estivesse no poder, porque os opositores estavam obviamente na cadeia ou nas valas comuns), que uniformizava os homens por baixo em todas as suas dimensões – econômicas, sociais, culturais entre outras – a ponto de oferecer a milhões o terrível novo jugo do totalitarismo, que nenhuma concepção de liberalismo jamais tinha imaginado ou praticado.

A então superação do *ismo* liberal (já que se pode hodiernamente falar de um neoliberalismo, como se houvesse algo de novo nessa visão de mundo), apesar de suas mazelas igualmente atrozes, teve o condão de despertar para o valor da alteridade, pelo menos no plano do discurso. Isto porque, conforme já amplamente demonstrado ao longo da História Moderna, não há muito relevo para esta no liberalismo clássico.

Soa, aliás, sutilmente penitencial a referência de renomados pensadores liberais, como Roberto Campos, à previsão de mecanismos de compensação aos excluídos do jogo competitivo do mercado, mecanismos, aliás, sonoramente inexistentes nas economias liberais dos séculos XVIII e XIX.

2.2.2 – O solidarismo como princípio jurídico

Do ideológico ao jurídico, como não poderia deixar de ser, o solidarismo foi deixando seus traços. Neste plano, o discurso solidarista apresenta-se ao direito notadamente pela pena de Leon Duguit, Maurice Hauriou e Georges Gurvitch, todos propondo um repensar das

relações entre direito e Estado⁷⁰. Mas especial destaque se faz ao primeiro, por sua crítica ao chamado direito subjetivo.

Duguit busca lastrear sua descrição da relação entre Estado e sociedade ou indivíduo a partir da assertiva de que um ato não deve ter reconhecimento social ou jurídico apenas porque teve sustentação na vontade do sujeito, mas se for determinado por uma finalidade em adequação com a solidariedade social, levando-o a afirmar:

Daí, a primeira regra de conduta se impondo a todos os homens: respeitar todo ato de vontade individual determinado pelo fim da solidariedade social; nada fazer para impedir a sua realização; cooperar o melhor possível para sua realização.⁷¹

O jurista de Bordeaux foi um dos primeiros a criticar a descrição da relação jurídica a partir do direito subjetivo. Sua crítica em síntese atingia a visão individualista do direito pelo fato de não enxergá-lo como relação social, mas mero querer consciente do sujeito, pelo simples fato de que, segundo ele, o direito somente poderia existir na medida em que o sujeito entra em relação com outros sujeitos.

Sua perspectiva era a de eliminar do sistema jurídico toda descrição que dependesse da autonomia da vontade, reconhecendo no ato jurídico, por exemplo, situações jurídicas subjetivas sempre baseadas na conformidade com o direito objetivo⁷².

A principal, a nosso ver, contribuição do solidarismo à epistemologia jurídica foi a crítica à concepção de direito subjetivo.

O indivíduo atomizado do liberalismo exurge no universo jurídico como o sujeito de direito, detentor exclusivo de certas “faculdades” sobre as coisas ou pessoas. É sujeito de direito a entidade reconhecida pela norma como apta a ser titular, “apropriar-se”, usado de modo literal na relação entre sujeitos e coisas, e abrandado nas relações pessoais.

⁷⁰ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 222.

⁷¹ APUD FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 227-228.

⁷² Vide FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 237-241.

Os bens e as demais pessoas estão sob sujeição do titular, seja na relação jurídica real, em que a coisa é concebida como a própria extensão do titular, seja nas relações jurídicas pessoais, nas quais a coisificação do sujeito passivo é representada pela metáfora do jugo – *obligatio* – inspirada do direito romano.

Um redesenho dos caracteres básicos da relação jurídica sem o viés individualista, procura construir situações ou posições jurídicas ante as quais direitos e deveres são finalisticamente atribuídos⁷³.

2.2.3 – Novas perspectivas do solidarismo no mundo globalizado

O valor do outro, da alteridade, claramente de inspiração judaico-cristã, sintetizada na antiga fórmula da Torá que manda amar ao próximo como a si mesmo, também tomou novo alento com o advento do pensamento holístico motivado pelo que, de modo um tanto reducionista, se poderia qualificar como uma cosmovisão ecológica emergente, *pari passu* com o fenômeno da globalização.

Se por um lado todas as categorias pelas quais se explicava a realidade física, social e cultural estão em um intenso turbilhão⁷⁴, revisitadas pela crítica à razão tomizante, cartesiana

⁷³ “São facilmente criticáveis aquelas concepções que, para salvar a noção de direito subjetivo, identificam, no poder da vontade que se exprime em forma arbitrária e absoluta, o princípio; e, nos limites, a exceção. (...) O enfoque não é correto. No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações ao titular. Os chamados limites externos, do ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo. O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem para a identificação da sua essência, da sua função.” [PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 121-122.]

⁷⁴ Aos poucos, ou de repente, as coisas, as gentes e as idéias desenraizam-se parcial ou totalmente, o que multiplica as identidades e alteridades, complicando o nacionalismo e o cosmopolitismo. Ocorre que múltiplas são as relações, o process e as estruturas que configuram o globalismo, além do nacionalismo e do regionalismo. No âmbito do globalismo, tudo que é local pode ser simultaneamente nacional, regional e mundial. [IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 255.]

e das próprias ciências, visões recorrentes de inspiração pré-cristã ressurgem para apresentarem-se como único paradigma que sobreviverá à morte da modernidade em suas várias dimensões⁷⁵.

A perspectiva ecológica parte do pressuposto desta visceral inter-relação entre todos os seres, o que implica no raciocínio de que, ou esta relação é de ajuda mútua – vale dizer, solidária – ou de exploração desequilibrada. Utilizando-se da metáfora do parasita e do hospedeiro, Serres descreve, num contexto ecologista, um modo particular de inter-relação que bem poderia ser aplicado sem retoques ao tipo de mundo historicamente construído pelos ismos liberal e igualitário sem a verdadeira ponderação no valor da alteridade⁷⁶.

Assim, uma solidariedade advinda da consciência desta nossa “casa comum planetária”, agora não apenas sobre base antropocêntrica, mas englobando a vida em toda a sua plenitude, e o universo como parceiro de existência e não objeto a ser apropriado, tem formado uma nova maneira de pensar as relações políticas, sociais e jurídicas.

Não se pode ignorar a perspectiva holística nascente nem sua influência na História das idéias do Ocidente, nem sua conseqüente influencia nas ordens jurídicas nacionais e no direito internacional. Claro exemplo disso é a proliferação de regulamentações ambientais no plano dos tratados internacionais e sua inserção em significativo número de Constituições,

⁷⁵ “O impedimento de uma visão holístico-ética, da interdependência com todos os seres e o sufocamento da sensibilidade humana em sua busca de ‘con-vivência’, sufocamento da capacidade estético-contemplativa, da ética, da compaixão e sabedorias sustentáveis, interpuseram-se de forma violenta no roldão de um mundo que se legitimava pela força dos vencedores e sua inteligibilidade teoricamente justificada.” [PELIZZOLI, M. L. *A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o Século XXI*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 14.]

⁷⁶ “Na sua própria vida e através das suas práticas, o parasita confunde correntemente o uso e o abuso; exerce os direitos que a si mesmo se atribui, lesando seu hospedeiro, algumas vezes sem interesse para si e poderia destruí-lo sem disso se aperceber. Nem o uso nem a troca têm valor para ele, porque desde logo se apropria das coisas, podendo até dizer-se que as rouba, assedia-as e devora-as. Sempre abusivo, o parasita. (...) Portanto, é preciso proceder a uma revisão dilacerante do direito natural moderno que supõe uma proposição não formulada, em virtude da qual o homem, individualmente ou em grupo, se pode tornar por si sujeito do direito. E aqui reaparece o parasita. A Declaração dos Direitos do Homem teve o mérito de dizer: <<todos os homens>> e a fraqueza de pensar: <<apenas os homens>> ou os homens sozinhos. Não estabelecemos ainda nenhum equilíbrio em que o mundo entra em linha de conta no balanço final. Os próprios objectos são sujeitos de direito e não simples suportes passivos de apropriação, mesmo colectiva. O direito tenta limitar o parasitismo abusivo entre os homens, mas não fala dessa mesma ação sobre as coisas. Se os próprios objectos se tornam sujeitos de direito, então todas as balanças tendem para o equilíbrio.” [SERRES, Michel. *O contrato natural – coleção epistemologia e sociedade*. Trad. Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, pp. 63-64.]

bem como mais ou menos desenvolvidos arcabouços legislativos de tutela do meio-ambiente, matéria na qual o Brasil pode se considerar pioneiro em complexidade.

Se a perspectiva cosmocêntrica vai destronar o antropocentrismo que inspirou os ideais revolucionários de 1789 é matéria que refoge ao discurso racional para situar-se como exercício de futurologia. Entretanto ambas as visões do mundo já convivem e já conflitam aqui e ali topicamente, demonstrando a necessidade de uma síntese entre ambas ou, ao reverso, uma superação unilateral.

Hodiernamente, somente a título de exemplo, o poder de ONGs internacionais em vetar financiamentos do Banco Mundial e outras instituições de envergadura, considerados ecologicamente danosos é formidável, principalmente quando tais financiamentos são destinados a países subdesenvolvidos economicamente, onde serviços básicos abundantes no primeiro mundo, tais como água potável e energia elétrica, geralmente a finalidade de tais financiamentos, é item de luxo para uma privilegiada minoria. Parece um tanto monstruoso do ponto de vista antropocêntrico privilegiar a manutenção de determinadas espécies animais em seu habitat originário a trazer energia elétrica e água potável a centenas de milhões de seres humanos que vivem ainda na Idade da Pedra. Do ponto de vista ecológico, todavia, tal conflito é apenas aparente.

Como se já não fosse suficientemente difícil superar as aporias de um solidarismo humano carente de desenvolvimento ao longo do Século XX, em que o discurso solidarista não logrou suficientemente uniformizar o acesso dos indivíduos a um mínimo comum de bem-estar (sem embargo das dificuldades em se definir precisamente este mínimo⁷⁷), afrontamos a consciência o dado aterrador de que, por exemplo, se todo cidadão chinês pudesse consumir anualmente o volume de derivados de petróleo que o cidadão norte-americano ou

⁷⁷ Em *Além da justiça*, (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998) Agnes Heller discute a questão tão clássica e ao mesmo tempo tão moderna da justiça distributiva, expondo os diversos modelos propostos, particularmente na literatura filosófica anglo-saxônica. Firma sua explanação a partir da tentativa de definição das necessidades humanas individuais e procura abordar as diversas possibilidades de construção deste conceito. Em nossa opinião a eminente pensadora tem algo de importante a contribuir.

européu consome, inúmeros recursos naturais (e não apenas o petróleo) se esgotariam em poucos anos, demonstrando uma barreira fática para a disponibilização a toda a população mundial a prosperidade que o primeiro mundo goza parcialmente como fruto histórico do liberalismo, aprimorado pela contribuição do pensamento social.

Qualquer que seja o modelo de solidarismo que desejemos para nossos filhos, este terá que levar em conta os custos ecológicos do igualitarismo em escala mundial, ou a manutenção da opção atual que é de disponibilizar abundância a uma pequena parcela da população à custa da miséria de bilhões.

A perspectiva ecológica tem algo a ensinar ao antropocentrismo ocidental: o de que ele não é sustentável a longo prazo, e que este modelo de produção/consumo e opulência desigual restará por subverter (caso novas tecnologias ou uma radical mudança de paradigma, ou ambas, não superem os limites atuais de recursos naturais) a própria ordem econômica que sustenta o modelo, e por fim, a própria civilização. Afundaremos com o nosso próprio peso?

2.3 – INSERÇÃO CONSTITUCIONAL

Duas premissas devem ser de logo apresentadas: o solidarismo aparece na Constituição como princípio e como dever fundamental, sendo o reconhecimento do segundo parcialmente dependente da previsão positiva do primeiro. Senão vejamos:

2.3.1 – Princípios na Constituição

Ínsito ao art. 3º, inciso I da Constituição Federal brasileira está o enunciado de que, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil elenca-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A solidariedade em suas variações, no sentido de dever de assistência mútua aqui assumida ocorre no texto constitucional apenas no art. 40, cujo *caput* foi alterado por duas vezes, a primeira em face da Emenda Constitucional no. 20/1998 e a segunda pela Emenda Constitucional 41/2003. O artigo em questão trata do regime de previdência dos servidores públicos e, curiosamente, apenas em sua mais recente versão atribui expressamente o caráter solidário ao instituto.

Porém, por que se há de reconhecer o dispositivo introdutório em tela como princípio, e quais os seus possíveis papéis na dialética constitucional-normativa?

2.3.1.1 – *Algumas distinções entre princípios e regras*

Construída sobre a decadência do positivismo jurídico⁷⁸, a admissão dos princípios como categoria autônoma de normas e sua ocorrência constitucional tornou-se majoritário consenso na dogmática constitucionalista nacional.

Assim, é possível enunciar a classificação das normas constitucionais, quanto ao critério estrutural, entre regras e princípios⁷⁹. Quanto à sua distinção, vários critérios têm sido apresentados, alguns mais consistentes que os outros. Por amor à objetividade, elegemos aqui o critério apresentado por Ronald Dworkin e desenvolvido por Robert Alexy, que é o da sua aplicação.

A distinção primária entre princípios e regras está baseada na relação entre os entes de mesmo gênero. Se duas regras se contrapõem num mesmo sistema jurídico, a avaliação de validade das normas fatalmente fará uma prevalecer sobre outra, pois "se duas regras entram

⁷⁸ A ascensão dos princípios, que vivem hoje a sua 'idade de ouro', coincide com a crise do positivismo, que se instaura na seqüência do 2º pós-guerra, e importa numa investida contra duas idéias centrais da teoria positivista tradicional: a separação completa entre o campo jurídico e o da moral, e a concepção de que o processo de aplicação do Direito deveria valer-se apenas da racionalidade formal. [SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 78.]

⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de se saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras."⁸⁰.

Com os princípios tal não ocorre. Dworkin enxerga nos princípios uma dimensão de peso ou importância, remetendo ao aplicador do direito a avaliação do peso de cada um na solução do conflito⁸¹.

É bem verdade que a tese de Dworkin foi elaborada tendo-se em vista o continente jurídico do *common law* e suas peculiaridades, as quais propiciam ao aplicador do direito a inquirição de "normas" mais genéricas do que as apresentadas pelo sistema jurídico, que permitam a solução dos chamados *hard cases*.

Entretanto, a funcionalidade dos princípios se apresenta análoga no *civil law*, embora estes se apresentem doravante explicitamente positivados, não sendo necessário ao aplicador do direito lançar mão de sua broca indutiva e partir da multiplicidade de julgados pretéritos para solver o problema que ora se lhe apresenta. E, embora não haja unanimidade sobre a teoria do referido autor acerca mesmo da existência⁸² destes princípios (jurídicos), tomamos por pressuposto sua opinião para dar continuidade à argumentação.

Segunda crucial distinção entre regra e princípio averba-se a partir do seu caráter de generalidade. Isto porque regra e princípio, apesar de compartilharem caráter geral, apresentam nesse atributo natureza distinta para cada um. A regra tem caráter de generalidade "porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. (...) Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações."⁸³

⁸⁰ E continua: "Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero." cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

⁸² cf. ALEXANDER, Larry e KRESS, Kenneth. *Contra os princípios jurídicos* in: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e Interpretação - ensaios de filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 491.

⁸³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 102-3.

Para Alexy, a mera distinção formal entre princípio e regra não satisfaz. Distinguindo-os pela finalidade, os princípios seriam reputados como mandatos de otimização, cuja realização deveria se desdobrar na maior medida possível, ponderando-se as possibilidades jurídicas e reais existentes.⁸⁴

Assim, tem-se no enunciado do art. 3º da Lei Fundamental o enunciado de uma norma sem aplicabilidade imediata à *fattispecie*, tornando-a, portanto ocorrência de princípio jurídico – princípio da solidariedade social.

2.3.2 – Eficácia do princípio da solidariedade social – prolegômenos

Uma abordagem exaustiva das funções desempenhadas pelos princípios constitucionais na aplicação da norma constitucional e infraconstitucional distancia-se dos objetivos do presente trabalho. Entretanto, necessário se faz enunciar as conseqüências da inserção constitucional de determinado princípio, e ainda desenvolver tais possibilidades especificamente no que tange ao princípio da solidariedade em estudo.

No plano da eficácia, corremos o risco de sobrepor esta exposição à análoga pertinente ao dever fundamental de mesma ordem. Isto porque, no final das contas, tais conseqüências tenderão a convergir no que tange à eficácia privada. Entendemos, entretanto, que a abordagem posterior é mais ampla que a primeira, i.e., o solidarismo como dever fundamental possui mais densidade eficaz – posto que tem, atrás de si, toda a força normativa jusfundamental – que a abordagem meramente principiológica, o que justifica a abordagem um tanto resumida desta temática por ora vislumbrada, deixando desdobramentos mais aprofundados para o momento oportuno.

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

Segundo Ana Paula de Barcellos, a ordem jurídica associa às normas diversas modalidades de eficácia, as quais são também aplicáveis aos princípios, se tomamos por pressuposto serem eles espécies de normas também⁸⁵. Assim, a autora nos apresenta um rol não exaustivo de modalidades de eficácia, a saber: “(a) perfeitamente simétrica ou positiva; (b) nulidade; (c) ineficácia; (d) anulabilidade; (e) negativa; (f) vedativa de retrocesso; (g) penalidade; (h) interpretativa; e (i) outras.”⁸⁶

Por eficácia simétrica ou positiva pode ser entendida a realização direta dos efeitos da norma no caso concreto, criando um direito subjetivo ao destinatário do princípio⁸⁷. Como exemplo de eficácia direta ou simétrica do princípio da solidariedade no âmbito das relações familiares, temos o dever de alimentos que incide entre os parentes, uns em relação aos outros, a teor do disposto no art. 1.694 do Código Civil em vigor. Já a eficácia por nulidade consiste no impedimento de um efeito indesejado pela norma como forma de concretização do conteúdo do princípio⁸⁸. Como exemplo teríamos a vedação da renúncia, cessão, compensação ou penhora do direito de alimentos, disposto no art. 1.707 da mesma lei. Inúmeros exemplos poderiam também ser destacados quanto às modalidades por ineficácia, anulabilidade, negativa (que permite declarar inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma⁸⁹), vedativa do retrocesso⁹⁰ e interpretativa.

⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 60.

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 61.

⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 62.

⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp.62-63.

⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

⁹⁰ Isto é: a invalidade por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. A idéia é que a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e o viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional. [BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

A nosso pensar, as categorias de eficácia jurídica aplicar-se-ão também aos direitos e deveres fundamentais, razão pela qual voltaremos ao tema adiante, notadamente no que concerne às modalidades eficaciais simétrica e interpretativa.

2.3.3 – Do princípio ao dever fundamental

É de todo sabido que a ascensão dos direitos fundamentais identifica-se com o binômio jusnaturalismo-liberalismo, fenômenos da História Ocidental Moderna. Neste contexto o homem é concebido atomizado, isolado da textura social em que se insere. Evidentemente que as modernas constituições não mais respaldam esta perspectiva liberal clássica do indivíduo, tomando-o antes por seu aspecto solidário, inserido num contexto no qual se lhe concedem direitos e em paralelo ônus em face deste mesmo contexto⁹¹.

Justifica-se, assim, em face da tradição histórica dos direitos do homem, o sonoro silêncio acerca da dimensão ou eficácia de deveres oriundos dos direitos fundamentais. Contudo tal rejeição não mais se justifica, abrindo espaço para a construção de uma categoria jurídica constitucional autônoma de direitos fundamentais, deduzidos justamente deste dever solidário subjacente às constituições do Estado Social.

Poder-se-ia identificar o dever de solidariedade como cláusula aberta prevista no art. 3º, inciso I da Constituição Federal, uma vez que foi a própria Constituição quem incluiu como direitos e garantias fundamentais aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou, na opinião abalizada da doutrina:

⁹¹ Em outras palavras, “há que se ter em conta a concepção de homem que subjaz às actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável – a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade como uma ordem simultânea e necessariamente de liberdade e de responsabilidade.” [NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 31.]

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, conforme denominação expressamente outorgada pelo art. 5º § 2º, da CF, são posições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo (Título II), diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1º a 4º) de nossa Carta, exegese que se impõe até mesmo em homenagem à especial dignidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional.⁹²

Logo, a solidariedade social como princípio passa a ter caráter de posição jurídica fundamental, servindo tanto como direito fundamental quanto dever da mesma ordem.

Evitou, porém, o constituinte, que a relação paterno-filial dependesse da incidência engenhosa de uma cláusula aberta de direito/dever fundamental para operar nesta dimensão. O próprio texto constitucional desdobra na *fattispecie* referida o elenco fundamental de deveres dos pais em relação aos filhos. Isto facilita a aplicação da norma e o reconhecimento dos deveres fundamentais entre pais e filhos, bem como a consagração constitucional da supremacia do caráter eminentemente solidário desta relação em relação ao seu aspecto voluntarista.

Os deveres fundamentais, preferencialmente, não de ter algum suporte constitucional específico, não devendo derivar do arbítrio que uma eventual cláusula geral de verosidade possa atribuir à sua incidência⁹³.

A paternidade gera deveres fundamentais? Sem maiores dúvidas está o reconhecimento do caráter fundamental material do elenco de direitos insito ao art. 229 da Constituição brasileira. Entretanto, tal dispositivo legal cria, *pari passu*, um conjunto de deveres de natureza prestacional. Sem sombra de dúvida deveres fundamentais materiais.

Para Ingo Sarlet, baseado em Vieira de Andrade, os direitos fundamentais materiais (não inseridos no catálogo constitucional) possuem no mínimo três características: vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, outorga de posições subjetivas ao indivíduo

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 3. ed. p. 101.

⁹³ “Mas, a nosso ver, o fundamento de cada dever fundamental não se baseia numa cláusula de verosidade social, devendo, pois ter na constituição um suporte expresso ou implícito. O que significa, de um lado, que só a constituição é fundamento dos deveres fundamentais.” [NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 62.]

e função protetiva de determinados bens individuais ou coletivos considerados essenciais⁹⁴. Assim, o elenco retirado do art. 229 apresenta todos os elementos para serem reconhecidos como direitos fundamentais, atraindo o caráter de deveres fundamentais aos destinatários passivos da referida norma.

2.3.4 – Evolução dos princípios da liberdade e da solidariedade nas principais instituições privadas

As relações familiares, tanto no universo fático quanto no universo jurídico, realizam mais intensamente a referência valorativa moderna do solidarismo. E não poderia ser diferente: um fenômeno tão próximo à alma humana, avenida de interesses tão íntimos que se pode vislumbrar a interdependência dos indivíduos docemente esquecida pela codificação liberal e sua ideologia do ser autônomo.

Salta, portanto, aos olhos do observador o fato de que a solidariedade não apenas compõe as relações humanas mais íntimas como de fato enreda-se inseparavelmente delas, em face justamente deste atributo do ser humano em estabelecer vínculos de interdependência.

O direito protege estes interesses. No centro desta proteção está a personalidade, a qual vem se tornando gradativamente eixo ao redor do qual orbitam os objetos do universo juscivilista como astros a servi-lo no firmamento do direito. Com certo grau de ousadia, pode-se afirmar que tão intensa é a relação entre interesses familiares juridicamente protegidos e solidariedade que a simbiose desponta nesta esquina do direito desde tempos imemoriais.

O âmbito do presente ensaio, por óbvias razões, é bem menor, atingindo como marco inicial a codificação brasileira de 1916 e trazendo à atualidade seus lumiares.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 3. ed. p. 121.

2.3.5 – Solidariedade e eficácia privada

Como toda abordagem dogmática, esta não poderia olvidar de seu acento constitucional. A solidariedade social, como princípio, ocorre na Constituição Federal Brasileira tanto no seu Preâmbulo quanto no primeiro inciso do artigo terceiro.

Como toda norma de natureza predominantemente principiológica, possui conteúdo aberto a enxertos políticos, ideológicos, sociológicos. Mas a sua matriz, a solidariedade, como valor, não está tão envergonhada de uma delimitação que não se possa exercitar alguma sobre a mesma.

Assim, solidário é o ser humano que serve ao outro em suas necessidades⁹⁵. O altruísmo contido na noção de solidariedade é destarte inegável. Vem a Constituição e consagra a solidariedade social como paradigma a ser refletido em todas as normas e atividades públicas ou privadas, como fito de sua realização. Em outras palavras, o ordenamento jurídico brasileiro comanda o altruísmo entre seus súditos, na forma de solidariedade social.

Sem mais delongas quanto à extensão do conteúdo ‘social’ da solidariedade (como se toda solidariedade não tivesse, por natureza, uma finalidade ‘para além de’ quem se solidariza, i.e., para o outro, para o social), visto que já há aí indícios de uma certa particularização ideológica no uso dos termos conjugados, ver-nos-emos diante da relação entre esta espécie de norma e o universo particular do direito privado, em especial, por ser o objeto de nossa breve reflexão, do direito de família.

⁹⁵ Por solidariedade social entenda-se "la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil." [GARCÍA, Luciano Barrientos. Esquema del sistema general de riesgos profesionales in: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, n. 97, Medellín: 1996, pp. 135-155.]

A não incidência direta do princípio da solidariedade na seara dos fatos (dada a sua natureza mesma de princípio), a exemplo do que se convencionou pensar das regras, não impede uma ‘eficácia horizontal’ do mesmo na seara privada.

As normas de caráter privado, sem embargo da crescente intervenção (publicização e constitucionalização) que vem sofrendo, ainda têm como núcleo a vontade humana. Sob o paradigma liberal, o Estado não deve cercear, a não ser em casos manifestamente patológicos ou para manter a moral e os bons costumes, a liberdade dos indivíduos em contratar, casar, procriar, herdar, transmitir em herança e acima de tudo, ter.

É só a partir da segunda metade do século XX, com a ampla penetração dos direitos humanos nas esferas jurídicas nacionais – através dos direitos fundamentais –, bem como do paralelo recrudescimento da teoria dos direitos de personalidade (ambas as linhas jusnaturalistas de nascença), que o patrimônio deixa de ser o centro de gravidade do direito privado e cede seu lugar à pessoa e seus interesses existenciais.

Conforme alhures já se afirmou, as três principais figuras do direito privado continuam sendo a propriedade, o contrato e a família. Tais instituições jurídicas podem ser vistas como centros de atração do interesse de tutela da norma e, por esta razão, atraem ao redor de si a maior parte dos dispositivos legais de índole privada.

As divisões do próprio Código Civil, de inspiração alemã, podem ser lidas como eco desta tríplice formação. O direito das obrigações tem papel preparatório para os contratos em espécie, a propriedade e a família possuem seções próprias, e o direito de sucessões trata-se de uma intersecção em apêndice entre o direito de propriedade e o direito de família. A parte geral do Código apenas delinea os tijolos básicos (pessoas, bens e fatos jurídicos) que servirão para delinear uma linguagem comum à construção destes três institutos.

Desta forma, estas três figuras aglutinadoras ou principais arquétipos privados podem ser tomados como referências para o estudo evolutivo dos princípios da liberdade/autonomia e solidariedade na esfera privada. Passam estas, portanto, a ser nossos objetos de estudo.

O que se pretende adiante é demonstrar que é possível se extrair um critério hierárquico – ou ao menos uma tendência neste sentido – entre os dois princípios elencados. Nestas figuras, serão eleitas regras que mais tem potencial para traduzir o conflito entre eles, notadamente entre a autonomia da vontade e o interesse de não-titulares, traduzindo-se este conflito e as aparentes opções do legislador, num momento, e da jurisprudência, noutro momento.

Mas como identificar o solidarismo numa norma ou conjunto de normas privadas, principalmente ao já se saber de antemão que o pano de fundo ideológico da legislação privada tem sido classicamente o do desenvolvimento da liberdade e autonomia do indivíduo? Realmente poucas figuras se prestarão a tal papel, em face da praticamente onipresença do princípio da liberdade/autonomia da vontade e do quase desconhecimento, nas raízes liberais do Código de 1916, da instituição de ônus em favor de terceiros não advindos de atos jurídicos mas de posições jurídicas prévias e fundamentadas finalisticamente na proteção dos mais fracos.

O princípio solidarista manifesta-se numa norma quando esta aparentemente busca realizar no caso concreto seus traços principais, quais sejam: um benefício em favor de alguém considerado num patamar inferior de desigualdade fática e, por conseqüência, um ônus (positivo ou negativo) incidente sobre alguém considerado num patamar superior de desigualdade fática. Considerando-se o conjunto de normas de direito privado em vigor no direito brasileiro do Século XX e o seu pano de fundo voluntarista e não interventivo nas relações privadas, tal situação por óbvio vai aparecer apenas em pontos isolados do ordenamento.

No âmbito das relações que gravitam em torno da propriedade, de pronto se pode excluir os direitos de vizinhança e o mau uso da propriedade, uma vez que não é pressuposto destes a desigualdade fática em questão, tratando-se antes de uma reafirmação do próprio direito de propriedade.

Por outro lado, a figura do bem de família se encaixa perfeitamente na descrição. Outrossim, a desapropriação, cujas possibilidades vão se alargando, com a ressalva de que o ônus afinal recai sobre o próprio Estado, que deverá indenizar o expropriado.

2.3.5.1 – *Contrato e solidariedade*

O contrato, como meio ou instrumento para a circulação da propriedade, não se esquivava de certa subordinação ao princípio em comento. Justamente o contrato, expressão jurídica primordial da defesa dos interesses individuais tem o seu papel na realização da solidariedade social.

Exemplificadamente, o respeito ao terceiro de boa-fé, quando atingido pela invalidade de determinado negócio jurídico, vem modificando-se em favor do repetido princípio. O art. 1.132 do Código Civil de 1916, recentemente revogado, instituía a expressa proibição da compra e venda entre ascendentes e descendentes sem expresse consentimento dos demais descendentes. A desobediência a tal dispositivo implicava em clara nulidade, a teor do art. 145, V do mesmo diploma legal.

A jurisprudência, sabiamente, flexibilizou o rigor do dispositivo, atento ao prejuízo que terceiros tinham em face das conseqüências da nulidade, a exemplo do acórdão emanado no Recurso Especial 436010, do qual foi Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado pela Quarta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em 24/09/2002, do qual versa a ementa a seguir transcrita:

VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. Falta de consentimento dos demais. - É ato anulável. Art. 1132, C. Civil. Recurso não conhecido.

Ao se envolver no trânsito patrimonial da compra e venda terceiro como adquirente, titular de direito real de qualquer ordem ou simplesmente cedente ou promissário de qualquer natureza, sobreleva-se a necessidade de se não lesar terceiro, ainda que o caminho do interesse patrimonial seja maculado de vício insanável obstaculizante de sua validade.

Faz-se necessário, até mesmo em respeito ao *neminem laedere*, à cláusula de não causar mal a outrem, que o interessado na nulidade sirva ao próximo que, de boa-fé, enredou-se no caminho de um trânsito patrimonial viciado. A se manter a aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* e a mecânica aplicação da teoria das nulidades, o terceiro sairá provavelmente prejudicado pela avença equivocada dos contratantes.

Daí a paradigmática mudança no referido dispositivo, ora em vigor pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 496, que tinge de anulabilidade (e não mais de nulidade) a referida pactuação entre ascendentes e descendentes.

Mas já há quem defenda, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves⁹⁶, que a referida regra, não obstante desobedecida, não atinja outros não contratantes, i.e., não possua eficácia contra terceiros de boa-fé. A prevalecer este entendimento fica o eventual lesado protegido em seu direito ao restabelecimento do *status quo ante*, entretanto apenas por meios diversos que à volta do referido bem à propriedade do antigo titular.

Este paradigma de submissão aos interesses do próximo, este sopesar entre o direito individual e a lesão alheia, inegavelmente tem cunho solidarista, como que submisso ao norte apontado pelo princípio em tela. Outrossim, o novíssimo princípio da função social dos contratos, ínsito ao art. 421, aponta na mesma direção e realiza o mesmo valor solidário almejado.

⁹⁶ Assim, "encontra-se, hoje, superado o entendimento de que a fraude contra credores torna o ato anulável e a fraude à execução o torna nulo. Na realidade, a alienação é apenas ineficaz em face dos credores." [GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses Jurídicas – Direito Civil – Parte Geral, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 117.]

Na esfera contratual/obrigacional, o surgimento dos contratos de seguro compulsórios e a caminhada da responsabilidade civil do subjetivo ao objetivo igualmente realizam esta premissa.

2.3.5.2 – *Propriedade e solidariedade*

Que a propriedade, no atual paradigma constitucional, serve a múltiplos interessados e não apenas ao seu “titular”, disto não restam dúvidas. Na verdade há “titularidades” em função de múltiplos interesses que se sobrepõem na propriedade: interesses históricos, ambientais, culturais, econômicos, fiscais entre outros tornam o direito de propriedade, então reputado por exclusivo, hodiernamente apenas mais um dos interesses que os sujeitos podem ter sobre os objetos, e mesmo assim nem podendo ser considerado de maior extensão.

Aliás, por contribuição ao conteúdo aberto do princípio da função social da propriedade poder-se-ia afirmar que, na plena realização da miríade de interesses sobrepostos à propriedade se dá a realização de sua função social. Na serventia da propriedade à cultura, ao meio-ambiente, ao “proprietário”, ao fisco, ao sem-teto, etc., em doses maiores ou menores para cada um desses interesses, particularizadas individualmente,

2.3.5.2.1 – Do bem de família

Lei imperial promulgada em 20/10/1823 dava vigência subsidiária às Ordenações Filipinas no Brasil até que esta fosse sendo revogada por disposições nativas, e a Constituição de 1824, em seu art. 179, X *in fine* permitia a prisão por descumprimento de obrigação nos casos previstos em lei. Desta forma, vem do direito português medieval a determinação de

que os bens do devedor respondem todos por suas dívidas, incluindo-se aí a sua própria liberdade:

E sendo o devedor condenado por sentença que passe em coisa julgada, faça-se execução em seus bens. E não lhe achando bens que bastem para a condenação, seja preso (Liv. IV, Tít. LXXVI).

Apenas com a Constituição de 1946, em seu art. 141 § 32 que a prisão civil por qualquer dívida foi expressamente revogada. Mas já o Código Civil de 1916 excetuava qualquer execução a determinados bens que fossem destinados à proteção familiar (arts. 70 a 73).

O bem de família, pertencente à redação original do Código, teve pequena alteração apenas quanto ao modo de conferir sua publicidade (Dec. Legislativo 3.725/19, que altera o art. 73). No mais, previa a possibilidade de isentar um imóvel destinado a domicílio do titular e sua família. Respeitada a destinação e a publicidade do ato, a isenção perdurava até a morte dos cônjuges e à maioria dos filhos.

A um tempo, tal disposição caracteriza-se como uma restrição ao direito de propriedade do credor, fazendo-o suportar o ônus de não ver satisfeito seu direito de credor ante a instituição da referida figura jurídica. A finalidade é claramente assistencial, permitindo a permanência no imóvel dos membros da família até determinado termo.

Cabe notar a dependência de um ato volitivo como necessário para a constituição do referido bem. Não tomou o legislador à época a iniciativa de assegurar esta proteção de caráter solidarista *ope legis*, como fará em mais algumas décadas, com a impenhorabilidade do bem de família rural (CF/88, art. 5º, XXVI).

Em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 17514/DF, datado de 21/09/1951, o então Superior Tribunal Federal rechaça a pretensão de do cônjuge inocente em sentença de desquite o direito de excutir o culpado da compossão do bem de família. Neste julgado visualiza-se, pela ementa, o entendimento do Colendo Tribunal de que a figura do bem de família perpetuava-se em seu caráter protetivo para além do desquite:

Ementa - BEM DE FAMILIA: O DESQUITE NÃO AUTORIZA EXCLUIR O USO DO BEM O CONJUGE CULPADO, PARA QUE NELE SE INSTALE O OUTRO A PRETEXTO DE DECLARADO INOCENTE (RE 17514 / DF - DISTRITO FEDERAL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator: Min. AFRANIO COSTA – CONVOCADO; Julgamento: 21/09/1951; Publicação: DJ 17-04-1952 PP-***** EMENT VOL-00078-01 PP-00257)

A Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (oriunda da Medida Provisória nº. 143, do mesmo ano) ampliou a proteção da figura jurídica. *Pari passu* com a possibilidade de se instituir voluntariamente o bem de família pelo Código vigente, lei específica estendia a toda uma categoria de bens a referida impenhorabilidade, estendendo, no plano fático, tornando a referida proteção de exceção formalmente constituída para regra legalmente operante.

O bem de família legal, com a interpretação que lhe deram os tribunais, foi alargando sua base de incidência a ponto de desatrelar-se mesmo da entidade familiar que na origem lhe justificava, para ser uma norma de caráter solidário e protetivo em favor de qualquer pessoa.

Assim se deu com vários acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, em favor de irmãs solteiras (REsp 57606 / MG, julgado em 11/04/1995); ao solteiro que mora sozinho (REsp 67112 / RJ, julgado em 29/08/1995), tendo, em acórdão paradigmático, o Colendo Tribunal deixado bem clara a sua interpretação acerca do sentido e do alcance da referida norma⁹⁷.

Em paralelo veio o bem de família voluntário a ser renovado pelo advento da Lei 10.406/2002, em termos que praticamente nada acrescentaram à redação do Código revogado, inclusive quanto ao termo final de vigência da isenção (art. 1.716). A maior novidade foi a possibilidade de estender a isenção a outros bens que não apenas à moradia, até a terça parte

⁹⁷ RESP - CIVIL - IMÓVEL - IMPENHORABILIDADE - A Lei nº 8.009/90, o art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais.

O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. "Data venia", a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, "data venia", põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. (REsp 182.223/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 19.08.1999, DJ 10.05.1999 p. 234, REPDJ 20.09.1999 p. 90)

do patrimônio, que possa constituir renda em favor dos componentes da entidade familiar (art. 1.712).

Todas as modificações atinentes ao bem de família apontam na extensão da proteção do indivíduo ante a possibilidade de eventual execução dos seus bens pudesse levá-lo à possibilidade de perder o local onde reside. Tal expansão se deu discretamente no Código de 1916 em relação à legislação vigente anterior, mas permaneceu submetida à iniciativa do interessado (iniciativa custosa, cujo conhecimento e prática alcançavam paradoxalmente apenas as camadas mais esclarecidas e economicamente menos frágeis da sociedade) durante praticamente todo o Século XX.

Apenas a pouco mais de uma década do final do século, o legislador optou por estender a proteção solidarista do bem de família a *todas* as famílias, e os tribunais, tendo o STJ a reboque, deram eficácia à referida proteção a todos indistintamente, esticando o sentido de entidade familiar até alcançar o indivíduo humano isolado.

Prevalece ainda, entretanto, a possibilidade, felizmente excepcional, da renúncia ao bem de família, tanto legal quanto convencional, e as exceções ditadas pelo conflito com outros interesses de igual ou maior importância (débitos fiscais relativos ao imóvel, alimentos, verbas salariais de empregados da casa, etc.)

Algumas ponderações não de ser feitas a respeito:

A liberdade e a solidariedade confrontam-se ao longo do período estudado em relação ao bem de família. As dívidas, primitivamente, haviam de ser satisfeitas, independentemente da eventual perda do teto do devedor, que por sinal até chegava a perder sua liberdade. Logo após, de modo discreto e longe dos olhos das grandes massas, o legislador faculta ao chefe da família a isenção de sua moradia de dívidas futuras à constituição, situação que perdurou por várias décadas do Séc. XX.

Apenas em 1990 todas as entidades familiares, por força de lei, passaram a gozar do benefício, independentemente de ato de vontade, que ficou reservado apenas para a excepcionalidade da renúncia à isenção concedida. E como derradeiro golpe de misericórdia, o STJ estendeu à universalidade das moradias a proteção legal. É portanto claro o sentido da trajetória dialética dos dois princípios nos papéis que desempenham nesta figura. Enquanto o primeiro vai sendo gradativamente mitigado, a ponto de ter papel meramente coadjuvante, o segundo se sobressai, destaca-se do vazio e torna-se universal, à revelia mesmo do primeiro.

2.3.5.2.2 – Desapropriação e requisição de uso

A tomada de bens do particular, sob a legislação colonial, tinha mais conotação punitiva que objetivos sociais. Exemplificadamente, determinados crimes (notadamente relacionados à moral cristã), tinham por pena a morte e o confisco de bens. Assim, as Ordenações Filipinas já asseveravam que:

Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia, per qualquer maneira cometer, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos (Liv. V, Tít. 13).

Previa a Constituição de 1824 (art. 179, XXII), de modo excepcional, a possibilidade de perda da propriedade privada para uso público, nos casos legais:

E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

Repete-se a regra na primeira constituição republicana, em 1891 (art. 72 §17):

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

Nisto entra em vigor a Lei 3.071/1916, dispondo infraconstitucionalmente sobre a matéria, especificando, portanto os termos da norma constitucional, a saber, necessidade pública e utilidade pública, taxativamente⁹⁸.

O advento das Constituições de 1934 (art. 113, 17) e 1937 (art. 122, 14) em nada acrescentaram ao conteúdo conceitual das hipóteses de incidência da desapropriação.

O Diploma Constitucional de 1946 (art. 141 § 16) alargou as até então estreitas possibilidades de desapropriação vigentes, acrescentando a expressão “interesse social”, referindo-se, ainda, em seu art. 147, o uso do direito de propriedade condicionado ao bem estar social e a possibilidade de justa distribuição desta para provimento da igualdade de oportunidades.

É a primeira vez, no direito nacional, que o direito de propriedade aparece associado a este traço distributivo e, por conseqüência, funcionalizável a fins solidários. Mas somente a Lei 4.132/62, em pleno governo de João Goulart, veio a definir o conteúdo desta expressão.

Entre os itens relacionados, excluindo-se os relacionados mais diretamente à atividade estatal e à proteção ambiental (art. 2º incisos VI e VII; o inciso VIII foi inserido por força da Lei 6.513/77), todos os demais propugnam um mecanismo jurídico de transferência de

⁹⁸ Art. 590. Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

§ 1º Consideram-se casos de necessidade pública:

I - a defesa do território nacional;

II - a segurança pública;

III - os socorros públicos, nos casos de calamidade;

IV - a salubridade pública.

§ 2º - Consideram-se casos de utilidade pública:

I - a fundação de povoações e de estabelecimentos de assistência, educação ou instrução pública;

II - a abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, praças, canais, estradas de ferro e, em geral, de quaisquer vias públicas;

III - a construção de obras, ou estabelecimentos destinados ao bem geral de uma localidade, sua decoração e higiene;

IV - a exploração de minas

Art. 591. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina (Constituição Federal, art. 80), poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, garantido ao proprietário o direito à indenização posterior.

Parágrafo único. Nos demais casos o proprietário será previamente indenizado, e, se recusar a indenização, consignar-se-lhe-á judicialmente o valor.

titularidade ou uso de bem rural ou urbano, mediada e custeada pelo Poder Público, a titulares outros que, nos termos legais, tenham condições de realizar a destinação social prevista.

Mas o mais significativo diploma legal relativo à realização da função social da propriedade e à desapropriação especificamente para este fim é de lavra do primeiro governante militar pós-64, General Castelo Branco.

Os movimentos camponeses, que provocaram à época, nas classes abastadas e nos militares o temor de uma revolução comunista e a instituição de uma ditadura do proletariado no Brasil (basta lembrar que, à época, a Guerra Fria estava no auge e o governo instituído demonstrava claros sinais de apoio ao extremismo ideológico, condecorando figuras iconoclastas como Che Guevara e tolerando movimentos guerrilheiros como o de Francisco Julião), ainda demandavam uma resposta às suas demandas por acesso à terra.

A ditadura não deixou de contemplar esta demanda e, num primeiro momento, outorgou um diploma legal bastante avançado para a época, então baseado de Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964).

Em apertada síntese, o Estatuto da Terra é uma lei de caráter promotor, posto que parta de uma visão particular da relação do homem com a propriedade rural, apresenta como objetivo a extinção da propriedade improdutiva, viabiliza meios, fundos, financiamento e planejamento global para a realização destas metas, de acordo ainda com uma visão mais global do papel da agricultura na economia.

O Estatuto da Terra, portanto, diverge do casuísmo por organizar o processo de acesso e democratização da terra no Brasil, nomeando o Poder Público como agente da realização deste processo em uma riqueza de detalhes e de organização raros na legislação. Nela estão disposições de direito administrativo, intervenções em figuras privadas, normas de direito financeiro, tributárias, relacionadas à sociedade cooperativa, entre outras, numa complexidade

típica das legislações modernas, que abandonaram a dicotomia público-privado para o atendimento de interesses multidimensionais.

A Era dos Estatutos, numa expressão bastante comum, não pode ser associada tão apressadamente apenas ao Código do Consumidor e ao da Criança e do Adolescente, mas tem em seus primórdios nacionais esta magnífica norma infraconstitucional, infelizmente deixada de lado pelos seus próprios fatores por razões políticas.

A Constituição de 1967, inserta então no contexto histórico da ditadura militar, mantém o texto relativo ao interesse social (art. 150 § 22), acrescentando, em seu artigo 157, III, a expressão mais sintética da função social da propriedade, definindo ainda, em seus §§ 1º a 6º, a possibilidade e os mecanismos de desapropriação da propriedade territorial rural, com o fito de realizar esta finalidade (entre as outras igualmente listadas nos incisos anteriores).

O que se pode observar é o alargamento das hipóteses legais de desapropriação, que, prevista desde a Constituição de 1824 ao lado da garantia fundamental do próprio direito de propriedade, nasce com caráter eminentemente estatal, i.e., justificável apenas para realizar as finalidades precípua da própria atividade estatal.

Tal caráter vai tomar os primeiros traços solidaristas apenas com a Constituição Federal de 1946, ao ser incluída no ordenamento jurídico a expressão “interesse social”, mas sem larga aplicação por falta de previsão normativa explícita dos seus termos, os quais somente aparecerão em 1962 com a Lei 6.132.

A referida lei instrumentalizou a desapropriação a um mecanismo distributivista, mediado e custeado pelo Poder Público, com a finalidade de igualar as oportunidades (expressão esta, aliás, de marca caracteristicamente liberal), situação que foi sobejamente alargada em 1964 com o Estatuto da Terra, e perdurou ainda na Constituição de 1967, em que pese a mudança de regime, optando o legislador em tratar diretamente no texto constitucional da desapropriação com a finalidade de realização da reforma agrária, acrescentando esta

figura jurídica ao ordenamento, a qual vai, de qualquer modo, eclipsar parcialmente as hipóteses de interesse social da Lei 6.132 e o referido Estatuto, embora não os tenha revogado. Tal alargamento só tem se consolidado, seja com a Constituição de 1988 (art. 5º, XXIV), seja com a disciplina própria da reforma agrária (Lei n. 8629/93 e LC n. 76/93).

2.3.5.3 – *Família e solidariedade*

Por derradeiro, o direito de família, com a rede de solidariedade que se lhe pressupõe, tem maior conjunto de normas mediante as quais o princípio busca concretização, relacionadas aos alimentos, ao compartilhamento do nome e ao direito sucessório.

O direito de família é, por excelência, o direito dos laços, vínculos diretos entre pessoas, sem aferição patrimonial senão de modo accidental. Laços conjugais, companheirismo, homoafetividade, filiação genética, filiação afetiva, parentalidade são figuras que representam liames de conteúdo variável mas todos sob o manto da expressão ‘família’.

A família tem portanto um claro aspecto solidário, servindo de refúgio onde as pessoas podem desnudar-se afetivamente perante o outro, onde a *dupla eros-agape* é regularmente mais intensa e duradoura, vinculando mutuamente as dimensões emocionais mais profundas dos seus participantes. Isto mesmo: a família é uma entidade profundamente arraigada no universo emocional dos indivíduos.

Por um lado, tem-se o reconhecimento cada vez mais amplo do direito que o indivíduo tem de estabelecer laços afetivos, biológicos ou de um misto de ambos os aspectos com outras pessoas, presentes e futuras. Por outro, tem-se a tutela do mais frágil, psicológica e materialmente, em face das conseqüências do advento destes laços voluntária ou involuntariamente estabelecidos. Vale aqui a brilhante ressalva de que “a pacificação das

relações exige sejam sopesados, de um lado, a liberdade individual do ser humano, e de outro, as conseqüências oriundas de seus atos de liberdade.”⁹⁹

É no direito de assistência que o princípio da solidariedade encontra maior expressão. E foi nitidamente em face desta necessidade que a legislação de família caminhou durante boa parte do Século XX, ao progressivamente mitigar o rigor nupcialista de paternidade.

Os arts. 355 e 358 permitiam o reconhecimento, por qualquer dos progenitores, do filho ilegítimo não adúlterino ou incestuoso, i.e., do ilegítimo natural. Tal diretriz foi secundada pelas Constituições de 1934 e 1937.

O Decreto-Lei 4.737/42, refletindo avanço em relação ao Código e à própria Constituição de 1937, outorgou ao filho ilegítimo (na literalidade da norma – havido pelo cônjuge fora do matrimônio), a depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare a sua filiação. Ora, procurando regularizar a situação dos filhos dos desquitados, que rigor eram reputados por extramatrimoniais mas não adúlterinos, a referida norma atingiu igualmente, por interpretação extensiva propugnada pela doutrina, ao filho adúlterino à patre (já que no caso de filho adúlterino à matre o mesmo já encontrava-se sob o manto - ou o jugo – da filiação legítima).

A Lei 883/49 dirimiu problemas interpretativos relacionados à norma anterior, ao explicitar que não apenas o desquite, mas qualquer hipótese de dissolução da sociedade conjugal era autorizativa do reconhecimento do filho ilegítimo. O advento destas duas leis alargava o espectro de 1.605 § 1º do Código Civil de 1916, que incluía como herdeiro de segunda classe o filho ilegítimo natural reconhecido. Tal alargamento normativo trouxe o filho do desquitado e o adúlterino (se reconhecidos) à participação na herança.

No que tange aos alimentos, entretanto, embora o art. 405 do antigo Código já o reconhecesse ao filho espúrio (adúlterino ou incestuoso), o mesmo não podia tomar a

⁹⁹ NERY, Rosa Maria Barreto B. de A. *Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado* in: REVISTA DE DIREITO PRIVADO, n. 17, jan/mar-2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 65-70.

iniciativa, ficando facultado ao genitor a concessão do referido amparo econômico. Foi a Lei de 1949 que outorgou ação para os ilegítimos (sem distinção) acionarem o genitor para efeito exclusivamente de prestação alimentar.

O que se vê destes dois diplomas legais é a tentativa de alargar o rol de filhos reconhecidos, permitindo que o ilegítimo adulterino reconhecido na forma da lei tivesse acesso à herança (art. 3º da Lei 883/49), bem como que pudesse finalmente pugnar (notadamente o incestuoso), prestação alimentar de que necessitasse.

Ao reconhecer o direito do filho incestuoso à prestação alimentar, por um lado, mas negar-lhe a referida pretensão, por outro, o vetusto Código na prática negava-lhe a prática o próprio direito. Tal situação já não se justificava e a legislação extravagante, derrogando normas basilares do texto codificado, como é exemplo o próprio art. 405.

Mas o avanço da tutela dos ilegítimos não fica por aí. A Lei 6.515/77, entre outras alterações, igualou legítimos e ilegítimos (inclusive os incestuosos) em direitos sucessórios, a teor da nova redação do art. 2º da Lei 883/49, determinada pelo art. 51 da norma supra, embora para esta última categoria de filiação, somente a constituição de 1988 aboliria a vedação para o exercício, por este, do direito de ação contra o seu genitor.

Em síntese, durante mais de quatro décadas, o direito civil brasileiro gradativamente foi alargando o rol de assistidos em direito alimentar e hereditário, para além das estreitas categorias nupcialistas, renovando ainda as vedações de pretensão ao reconhecimento que, na prática, nulificavam a possibilidade de recebimento de prestação alimentar aos adulterinos e incestuosos.

É fácil compreender como a concepção elitista de legislação civil teve que ser adaptada à crescente influência da sociedade de massas no âmbito político e jurídico. Filhos concebidos fora do matrimônio e incestuosos sempre houve, mas somente quando o legislador

se viu pressionado a amparar as vítimas das escolhas dos genitores e dos preconceitos a muito solidificados foi que a perspectiva centrada no casamento sofreu sucessivos ataques.

Ao contrário da burguesia, a sociedade de massas tinha um frouxo apego aos paradigmas clássicos nupcialistas, como sói comprova o fenômeno do concubinato. Enquanto que nas classes abastadas a figura da “amante” servia como refúgio do adulto encarcerado nos complexos vínculos familiares e patrimoniais oriundos do casamento, entre os pobres a ausência ou o poder efêmero desta ordem de considerações permitia maior flexibilidade de escolhas, sendo o casamento mais uma das alternativas de busca de bem-estar e felicidade pessoal.

Neste contexto, dissolvido o mundo que concebeu o sistema de filiação legítima e ilegítima, o dever de solidariedade encontrou menos freios para realizar-se no âmbito das relações familiares, agora pautadas crescentemente pelos vínculos biológicos, desvencilhados do critério nupcialista de paternidade.

Não que o elemento biológico fosse insignificante no paradigma anterior, mas sua funcionalização submetia-se aos interesses da proteção do matrimônio e, por conseqüência, da proteção da família legítima¹⁰⁰, ainda que entre filiação matrimonial e biológica não houvesse coincidência, permitindo o cinismo da subtração de responsabilidades pela geração de filhos extramatrimoniais, a pretexto da preservação da família legítima:

O instinto sexual levava o homem ao ato da geração: quanto à função protetora, porém, era a sua conveniência pessoal, o seu arbítrio que decidia. Foi esse, aliás, o princípio que vigorou, até a pouco, ainda, nas leis civilizadas, a propósito de filhos concebidos fora do matrimônio. E foi, certamente, dentro do mesmo espírito, que o senador Melo Matos, em discussão do projeto depois transformado na lei n. 463, de 2 de setembro de 1847, declarou para apóia-lo: ‘O que se tem em vista, nesta lei, é

¹⁰⁰ “O restabelecimento da verdade biológica – com fundamento no ‘direito de buscar a própria origem’ ou na proteção da boa-fé do pai presumido – não possui a força que alguns querem lhe atribuir. Tem importância moral e jurídica relativa, embora, no plano das superstições, ocupe lugar de relevo no imaginário popular. Nem no Direito de Família tradicional (exteriorizado na versão primeva do Código Civil de 1916) era grande o esforço no sentido de estabelecer a paternidade segundo a ‘verdade biológica’: as presunções legais destinavam-se, sobretudo, à proteção da ‘paz familiar’. Foi pela supremacia deste valor que se vedou o reconhecimento dos filhos adulterinos, mesmo quando não se duvidasse fossem filhos biológicos, e que se estipulou prazo exíguo para o marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher.” [ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. Prazo para impugnar a paternidade. In: Revista Jurídica. Ano 50. n. 296. Junho. Porto Alegre: Notadez: 2002, pp. 42-55.]

que ninguém seja obrigado a ser pai!’ Não era possível, sem prejuízo da disciplina social, deixar que o reconhecimento do vínculo paterno continuasse ao arbítrio do genitor: impunha-se transferi-lo para a sociedade. Foi o que se fez primeiro em relação aos filhos nascidos da constância do casamento; depois, em relação também aos outros.¹⁰¹

2.4 – A DETERMINAÇÃO CIENTÍFICA DO GENITOR BIOLÓGICO E SUA REPERCUSSÃO DA DETERMINAÇÃO JURÍDICA DA PATERNIDADE

A possibilidade de determinação científica, com algo grau de certeza, da origem genética de um indivíduo, neste contexto, operou um verdadeiro deslumbramento do aplicador do direito ante a prova pericial “conclusiva”, vindo a lume coincidentemente num momento em que os paradigmas e valores da Igreja já estavam suficientemente enfraquecidos pelo avanço do secularismo nas sociedades ocidentais (em que pese a ainda presente heterogeneidade deste avanço), bem como pela necessidade de se impor algum ônus social à paternidade não matrimonializada, pelas razões de fundo exaustivamente demonstradas supra.

Já se referiu alhures que o critério nupcialista de paternidade existia em relação simbiótica com o critério biologista, embora em situações-limite, impunha-se-lhe como prevacente. Suprimida a força desse primeiro critério, restou apenas o segundo a funcionalizar a paternidade e seus consentâneos no imaginário jurídico ocidental. A determinação laboratorial de ascendência biológica matizou com aura de cientificidade o equívoco e a distinção entre o fático e o jurídico desapareceu.

Identificada que se tornara a paternidade jurídica com a geração biológica, nada mais restaria ao julgador senão sancionar no jurídico o que a prova pericial outorgara no plano fático.

Alhures já se comentou das limitações das inspeções corporais e dos exames hematológicos. Houve até quem propugnasse pela relativização da coisa julgada na ação de

¹⁰¹ ALMEIDA JR., A. *Paternidade (aspectos bio-psicológico, jurídico e social)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940, p. 128.

investigação de paternidade transitada em julgado¹⁰², na sistemática probatória anterior, em face do avanço científico que poderia, segundo pensava-se, dar a certeza da “verdade real” da filiação.

Estabeleceu-se uma verdadeira confusão conceitual na doutrina entre vínculo biológico e paternidade, identificando e fundindo as duas noções, o que muito contribuiu para a retro-alimentação do fenômeno judicial. O bosquejo da linguagem trai o missivista:

Com a coisa julgada *secundum eventum probationis*, nas ações de investigação de paternidade, é possível resguardar a verdade real e, ao mesmo tempo, tutelar, ainda que provisoriamente e sem o alcance da imutabilidade, os direitos materiais do autor, o que evita o pericimento dos seus direitos urgentes (como o de alimentos).¹⁰³

O advento dos testes laboratoriais de paternidade biológica causou na doutrina tal empolgação com a pretensa “verdade real” da paternidade que se chegou a ventilar a revisão de casos julgados antes do advento da nova técnica:

Dentre a abundante (e não raro desconcertante) exemplificação invocada a favor da proposta ‘relativizadora’, há um caso que se distingue pela incontestável relevância. Para ele, por sinal, tem-se voltado com maior frequência, ao que nos consta, o olhar dos tribunais. Referimo-nos à possibilidade de que, transitada em julgado a sentença em ação de investigação de paternidade, venha a realizar-se o exame designado pelas iniciais DNA, desconhecido ao tempo do processo, e daí resulte a comprovação, positiva ou negativa, da filiação biológica, em sentido inverso ao eu se admitiu na sentença. Impossível ignorar a importância social e jurídica do problema, ou minimizar o aspecto relacionado com os direitos da personalidade, do investigante e do investigado. A toda pessoa deve reconhecer-se o direito de ver declarada em termos verdadeiros a relação de filiação que a liga a outra, assim como a esta, reciprocamente, o direito de ver negada, em termos igualmente verdadeiros, a condição de pai daquela. A discrepância entre a motivação *in facto* da sentença e a realidade assume aí colorido mais chocante do que em outras hipóteses.¹⁰⁴

Na tese da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade reina a confusão entre liame biológico e paternidade jurídica:

É neste contexto que se insere a questão das ações propostas para investigação da identidade biológica, propostas antes do advento dos modernos e precisos testes

¹⁰² E adverte, “...e não se diga que este direito é apenas do filho, mas também do pai...” [NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Coisa julgada ou DNA negativo – o que deve prevalecer? In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 5. N. 21. Dez./Jan. Porto Alegre: Síntese, 2004, pp. 13-159.]

¹⁰³ CAMBI, Eduardo. Prova e coisa julgada na ação de investigação de paternidade: apontamentos críticos. In: Revista de Processo. Ano 30. n. 122. Abr. São Paulo: RT, 2005, pp. 63-80.

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano VI. N. 33. Jan.-Fev. Porto Alegre: Síntese, 2005, pp. 5-28.

destinados a provar os laços familiares entre determinados indivíduos, cujas sentenças, acobertadas pela autoridade da coisa julgada material, não refletem as reais relações de parentesco. Não se pode mais permitir que prevaleça a mais evidente injustiça, ignorar a verdade científica, pelo simples fato de ter transcorrido o prazo para a propositura da ação rescisória, prazo que, ademais, é previsto em legislação ordinária.¹⁰⁵

Paradigmaticamente, socorrem-nos igualmente os processualistas, a antever o prejuízo de uma abertura indefinida no tempo à revisão da coisa julgada material ante o advento do exame de DNA:

É certo deixar que o vencido, na ação de investigação de paternidade, seja autor ou réu, possa rever a sentença a qualquer tempo, sem subordiná-lo a qualquer prazo? Será que a biologia não estaria se sobrepondo à própria necessidade da definição da relação de filiação, a qual é imprescindível para o surgimento do afeto necessário para a vida entre pai e filho, ou mesmo tornando indefinida a vida das pessoas? Perceba-se que a eterna abertura à discussão da relação de filiação consistiria algo que sempre estaria a estimular a desconfiança dos envolvidos. Porém, é claro que, mesmo em relação à investigação de paternidade, o estabelecimento de prazo para a rescisão da sentença é um imperativo da natureza do ser humano e da vida em sociedade e, assim, da própria necessidade da jurisdição.¹⁰⁶

Questão paralela foi a possibilidade de condução coercitiva do pretense genitor para a feitura do referido exame, polêmica que envolveu a Súmula 301 do STJ, de duvidosa constitucionalidade.

Nesse contexto, como razoavelmente seria solucionado nosso hipotético conflito de interesses? É razoável supor que, ante a “prova final” da paternidade oriunda do exame de DNA, o tribunal, neste contexto, dispusesse sobre o genitor biológico o ônus da paternidade.

¹⁰⁵ BENUCCI, Renato Luís. A prova técnica e a soberania da coisa julgada. In: Revista Dialética de Direito Processual. N. 29. Ago. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 99-103.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: Gênesis – Revista de Direito Processual Civil. N. 31. jan./mar. Curitiba: Gênesis, 2004, pp. 142-162.

3 - O MOMENTO SOCIOLOGISTA DE PATERNIDADE

A paternidade jurídica de matriz biológica, entretanto, foi vencida pelo mover das relações, sendo o critério biológico logo evidenciado como insuficiente para categorizar as nascentes espécies de paternidade relacionadas à inseminação artificial heteróloga e a perfilhação “de complacência”, ambas as experiências estrangeiras que tiveram seus congêneres na realidade paterno-filial nacional, tais como a “adoção à brasileira” e o “filho de criação”.

O lastro deste terceiro momento da paternidade jurídica é exatamente a nova conformação sociológica de família – a família na pós-modernidade, sua multiforme manifestação e a busca por uma unidade principiológica sobre a qual o direito possa construir uma sólida estrutura normativa.

3.1 – A FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE

Militar em defesa de um conceito unificante de família, a princípio, parece ser como remar contra a maré. Não se tenha aqui em mente a família como instituição tradicional concebida como ideologia de uma época e com caráter nitidamente estático, atemporal, mas como fenômeno sociológico, dinâmico e mutante, embora conservando certos traços que a individualizam.

Se, num primeiro momento, a família se tornou um fenômeno plural, visualiza-se que hoje esta parece esgarçar diante das forças centrífugas da modernidade líquida, em que o mote do movimento torna cada vez mais fluidas as instituições¹⁰⁷ e identidades estáticas. Mas apenas parece¹⁰⁸.

¹⁰⁷ “As afiliações sociais – mais ou menos herdadas – que são tradicionalmente atribuídas aos indivíduos como definição de identidade: raça...gênero, país ou local de nascimento, família e classe social agora estão...se

Há espaço ainda para a defesa desta perspectiva unificadora da família, partindo de um centro ou princípio comum? A postura atemporal e estática da família, provam os fatos, parece não passar de uma mera ideologia fadada à dissolução, começando dos centros propulsores das ondas de choque da globalização, causando estragos mais ou menos intensos na periferia do Ocidente, conforme o grau de influência cultural destes centros.

A realidade brasileira, ambígua por natureza, tem sido pródiga em demonstrar vasto grau de sensibilidade às tendências globalizantes nos campos da economia, cultura, comportamento e mesmo de moda oriundas dos epicentros globais. Paradoxalmente, tem demonstrado vigor em certos aspectos que afloram na contramão do fatalismo histórico, tendo inclusive mesclado, mestiçado, por assim dizer, o universo simbólico oriundo daquelas paragens.

A família, ou melhor dizendo, as entidades familiares, num contexto do comportamento privado dos indivíduos, com maior ou menor grau, manifestam aqui no Brasil mais ou menos os mesmos padrões do fenômeno europeu de alguns anos atrás, o que nos faz pensar, indutivamente, que em alguns anos estaremos vivenciando perfis sociológicos da família que são hoje realidade em partes no velho continente, tais como o reconhecimento jurídico pleno ou parcial das uniões homossexuais.

Por isso mesmo que exurge como inovadora a temática da filiação sociológica, seu reconhecimento jurídico e sua regulamentação, que navegam justamente numa direção oposta à desconstrução pura e simples do fenômeno familiar. Não sem, ela mesma, atentar contra os

torando menos importantes, diluídas e alteradas nos países mais avançados do ponto de vista tecnológico e econômico. Ao mesmo tempo, há a ânsia e as tentativas de encontrar ou criar novos grupos com os quais se vivencie o pertencimento e que possam facilitar a construção da identidade. Segue-se a isso um crescente sentimento de insegurança...” [DENCİK, Lars, Apud BAUMAN, Zigmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2005, pp. 30-31.]

¹⁰⁸ O fenômeno familiar acompanha a existência humana desde tempos imemoriais. Não vai ser um momento de transição cultural que terá o condão de eliminá-lo: “por isso haverá sempre, de uma forma ou de outra, algum tipo de núcleo familiar que fará a passagem da criança do mundo biológico, instintual, para o mundo social.” [CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 196.]

paradigmas tradicionais de família¹⁰⁹, no bojo da moderna concepção de *entidade familiar* como gênero totalizante das diversas manifestações hodiernas desta figura, a um tempo sociológica e jurídica.

Propõe destruir para construir, desmontar para manter viva na sociedade ocidental moderna uma entidade quase tão antiga quanto o próprio gênero humano.

A paternidade sociológica exurge mais ou menos no mesmo contexto ascendente de um paradigma familiar secularizado e informal.

Convergentes são os estudos que demonstram que, ao longo dos últimos decênios do século vinte, as legislações europeias, abandonando os paradigmas judaico-cristãos no direito de família, tornaram as relações jurídicas por elas juridicizadas, gradativamente mais voltadas para o indivíduo que para a instituição, com a conseqüente flexibilização do estabelecimento de casamentos e de divórcios.

Aliás, tais mudanças se fizeram sentir primeiro em ordens jurídicas que, tanto sob o influxo de rompimentos abruptos da ordem estabelecida (Portugal, Rússia) quanto como fruto de uma gradativa evolução e amadurecimento da sociedade (Escandinávia), evoluíram na direção de um secularismo que tivesse claros reflexos na legislação familiar, aliás, como é fácil demonstrar, são conseqüência direta da aplicação do ideário liberal na *orbis* privada familiar¹¹⁰.

¹⁰⁹ “No modelo tradicional, família era a união de um homem e uma mulher pelos sagrados laços do matrimônio e com fim precípua de perpetuar a espécie. Nesse universo, todos dispõem de um nome que identifica o lugar de cada um na constelação familiar.” [DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 21.]

¹¹⁰ Assim, “The process of gradually abandoning the concepts of canon law was essentially the same in all European countries, and took place under the influence of the same liberal ideas. The general trend can be described as the gradual change from a transpersonal to a personal approach. This process, however, did (and still does) not take place simultaneously. The major differences in the history and current state of the family law of the European countries can be considered differences in the timing and in the extent of this process. In countries with a persisting strong religious influence, such as Greece, Italy and Ireland, this process has plodded along wearily and slowly. In Scandinavia and Eastern Europe, where secularisation took place at an earlier stage and canonical concepts did not obstruct reform, the process was speedier and more radical. But the general direction of the changes was and is undoubtedly the same everywhere.” [ANTOKOLSKAIA, M. The Process of Modernisation of Family Law in Eastern and Western Europe: Difference in Timing, Resemblance in Substance, vol 4.2 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (September 2000), <http://www.ejcl.org/42/art42-1.html>. Disponível em 15/11/2006.]

Paradoxalmente, indicam estes estudos, a família pós-moderna desinstitucionalizada e feita gradativamente mais informal, mais se assemelha ao passado romano e bárbaro pré-cristão e mais se distancia dos arquétipos cristãos que moldaram a legislação familiar dos últimos séculos, realizando a metáfora de um círculo ou espiral.

Tal desinstitucionalização do direito de família de modo global tem reflexo prático na filiação sociológica, especificamente por justificar o ressurgimento da posse de estado de filho, uma situação de fato que, em várias legislações, notadamente a francesa e portuguesa, vem ganhando espaço e valor como instrumento de papel central na relação jurídica paterno-filial.

Isto porque, na esteira desta família voltada para o indivíduo, funcionalizada para este, de inspiração liberal mas análoga ao passado pré-cristão, a paternidade sociológica de matriz afetiva¹¹¹ depende de um ato de liberdade, de adesão consciente, até mesmo informal.

Não por acaso, e já deste o Código de Napoleão e o posterior desenvolvimento da teoria da autonomia da vontade que ambas – informalidade e liberdade – na esfera obrigacional, foram grandes aliadas. Claro está que estes atos e relações informais, por tocarem interesses aos quais a ordem jurídica em vigor elegeu conceder especial proteção, ao serem juridicamente reconhecidas¹¹² passam a trazer conseqüências à esfera de interesses dos interessados e da coletividade.

¹¹¹ Quando a pressão social sobre a família para que esta se adequasse a um determinado modelo feneceu, o fenômeno familiar ao invés de desaparecer, continuou existindo, em outros parâmetros. Desconstruída a instituição abstrata, permitiu-se ao fenômeno continuar a existir em bases mais adequadas à sua natureza: “In days gone by, the family was the domain of duties, not of feelings. Affection was desirable but not necessary. (...) This conflict raged for 150 years until only in the 1960s, with the acceptance of consensual divorce, love became the true basis for the family.” [ANTOKOLSKAIA, M. The Process of Modernisation of Family Law in Eastern and Western Europe: Difference in Timing, Resemblance in Substance, vol 4.2 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (September 2000), <http://www.ejcl.org/42/art42-1.html>. Disponível em 15/11/2006.]

¹¹² Notória e secular a lentidão para que o nosso sistema jurídico voltado para a elite econômica e cultural perceba o que acontece nas relações pessoais das maiorias. De longa data vem a cegueira seletiva da legislação ante a realidade da parentalidade “achada nas ruas”. Numa pesquisa histórica sobre a incidência de casamentos no Estado de São Paulo durante o Século XIX, outra não foi a constatação do gigantesco descompasso da lei com a realidade: “Pelo que pudemos perceber, a ausência de casamentos foi uma constante em São Paulo durante o século XIX, atingindo indivíduos de ambos os sexos e de qualquer condição social. Ficou claro também que o quadro de valores anteriormente mencionado interferiu na dinâmica do processo, servindo para explicar a

3.2 – O PAPEL DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O afeto como valor faz parte do contexto da família eudemonista, ideologicamente concebida como instrumento de felicidade dos seus membros.

Inegável axioma do presente trabalho é a assertiva de que a família tornou-se o *locus* preferencial da afetividade, o espaço onde o ser humano interage emocionalmente com seus semelhantes de maneira mais intensa, seja em relações horizontais – como, por exemplo, no casamento – seja em relações verticais, i.e., no trato com hipossuficientes, nas relações paterno-filiais:

Além do mais, a verdade sócio-afetiva, aproxima-se do modelo de família eudemonista, pautada que está no afeto, construído quotidianamente e não determinado desde o início da relação, revelando a valorização dos sujeitos, o que deve entender-se não só em relação ao casamento, como também em relação à filiação. Em ambas as hipóteses, porém, a conotação é diferente porquanto, enquanto no casamento o afeto constitui a *ratio* não só de seu surgimento, como também de sua subsistência, sendo esta a justificativa da necessidade de sua construção e reconstrução espontânea e quotidiana e de que a ruptura da vida em comum seja fator decisivo da dissolução da sociedade conjugal e do vínculo, na filiação, especialmente na filiação resultante da adoção do Estatuto, o afeto é pressuposto e condição da filiação. Todavia, uma vez estabelecida a relação, no interesse da criança, a ausência do afeto pode implicar na perda da guarda e do pátrio poder, não porém, na dissolução da relação tendo, neste sentido, o mesmo tratamento que a filiação estabelecida em virtude do elemento biológico.¹¹³

No que tange à relação paterno ou materno-filial, quem primeiro aludiu, ao que consta, ao papel da afetividade no direito brasileiro, foi João Baptista Vilella, em palestra que se tornou referencial na área, estabelecendo o marco inicial da discussão sobre a sócio-afetividade e filiação.

alta incidência do celibato, principalmente entre as pessoas provenientes de boas famílias e de posses. Será que não encontraram um pretendente à altura? Há que lembrar também que apesar das pressões da Igreja em sacramentar as uniões, uma parcela significativa da população permanecia vivendo em concubinato e procriando filhos ilegítimos.” [SAMARA, Eni de Mesquita. Estratégias matrimoniais no Brasil do Século XIX. In: Revista Brasileira de História: Sociedade e Cultura. V. 8. n. 15. Set./fev. São Paulo: ANPUH/Ed. Marco Zero, 1988, pp. 91-105.]

¹¹³ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Princípios informativos da relação de filiação: indagações à luz dos progressos da biotecnologia In: Revista Direito, Estado e Sociedade. N 15. http://www.puc-rio.br/direito/revista/online/rev15_aalejandro.html Disponível em: 11/03/2006.

Em outras palavras, o referido autor praticamente inseriu na dogmática nacional o conceito de paternidade sócio-afetiva, digna de nota:

Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. Assim, a lei e a Justiça desrespeitam gravemente uma criança, quando lhe dão por pai quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição. Um ser com todos os vícios e crimes, mas que aceite verdadeiramente a paternidade, é preferível àquele que a recuse, ornado embora de todos os méritos e virtudes, se se tomar como critério o bem da criança. Imagine-se cada um tendo como pai ou mãe, quem só o é por imposição da força: ninguém experimentará mais viva repulsa, nem mais forte constrangimento. Todo o direito de família tende a se organizar, de resto, sob o princípio basilar da liberdade, tão certo é que as prestações familiares, seja entre cônjuges, seja entre pais e filhos, só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas.¹¹⁴

Talvez as palavras do autor não tenham sido entendidas em toda a sua largueza, como, aliás, acontece com quem trata de temáticas de modo transcendente ao seu contexto. Estaria o missivista referindo-se à recentíssima tese da paternidade alimentar, ou da antiga distinção entre paternidade e dever de alimentos em face da origem meramente biológica, sem vínculos de parentesco (ação para fins de subsídios), da experiência européia?

Destaque-se que, na visão do autor, a afetividade tem uma clara dimensão volitiva, i.e., trata-se de um corolário da liberdade dos indivíduos em travarem, se quiserem, relações familiares. A ênfase

De fato, é verdadeira a assertiva de que a distinção entre a origem biológica e a paternidade “social” tem lastro na própria natureza da psique humana, sendo amor baseado em laços de sangue apenas mais um mito popular:

O laço biológico nada tem a ver, em verdade, com o liame emocional estabelecido entre os partícipes da entidade familiar, em qualquer direção que esta relação se estabeleça. O mito do “amor materno” de índole biológica não subsiste ante a constatação oriunda da psicologia de que “(...) a realidade biológica da concepção e nascimento de seu filho não é a única, nem a causa direta de sua ligação emocional e de que esta resulta da atenção cotidiana às suas necessidades de cuidados físicos, alimentação, conforto, afeto e estímulo.”¹¹⁵

¹¹⁴ VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade In: Revista Forense. V. 271. Jul/Set. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 51.

¹¹⁵ PISANO MOTA, Maria Antonieta. *Adoção à brasileira* in: VIVER PSICOLOGIA. N. 33 São Paulo: Ed. Pereira de Castro, jul/jul 1995, pp. 20-21.

A dissociação entre o biológico e o psico-social é, na relação paterno-filial, antiga conhecida da humanidade, sendo esta associação uma construção cultural relativamente recente e sofisticada.¹¹⁶

Com o enfraquecimento do paradigma institucionalista da família, fenômeno típico do século XX no ocidente laico e industrializado, o afeto natural às relações pessoais gradativamente passou a exercer um papel mais importante na manutenção das relações familiares.

A adoção do divórcio, por exemplo, que na legislação nacional foi das últimas do ocidente, ao contrário do que fora pregado pelos grupos de pressão, não significou o fim da família, mas apenas o fim da família institucionalizada tradicional, mantida presa por laços jurídicos, permitindo assim o seu redesenho em um quadro mais realista.

¹¹⁶ “O papel de ‘protetor – de pai ‘social’ – independeu, a principio, do de ‘genitor’ – de pai biológico’. Os próprios estudos glóticos mostrariam essa distinção. (...) Válida ou não a contribuição da glotologia, nem por isso se poderá duvidar do fato; o pai social, reconhecido antes que o fosse o pai biológico, teve sua função derivada, primeiramente, de circunstâncias estranhas à geração. Os primitivos (refere Lowie) com freqüência se desinteressam de identificar o produtor da criança. No sul da África, por exemplo, quem adquire por compra uma esposa, fica sendo, ipso facto, o pai social dos futuros filhos dela, sejam concebidos ou não do casamento. Também na Grécia, o homem que casasse com mulher divorciada, grávida de marido anterior, era, socialmente, o pai do nascituro. E sob a influência das preocupações de Licurgo, a respeito da validade física, os maridos espartanos traziam suas esposas para reprodutores, homens de boa constituição, que fornecessem ao casal filhos robustos e sadios. Para os romanos primitivos, o pai não era o genitor da criança: era quem governava a família, quem estava investido do pátrio poder. O adágio ‘pater ist est quem nuptiae demonstrant’ – nota Giraud-Teulon – é a fórmula dos juriconsultos de uma sociedade mais recente. No conceito social de paternidade, não se incluía, pois, necessariamente, o elemento biológico. Posteriormente, entretanto, passou este elemento a ser fundamental. Dois principais motivos psicológicos – o ciúme, com a exigência da exclusividade, e o narcisismo de rever-se no produto – levaram o homem a exigir, como condição para tornar-se pai social, a convicção da paternidade biológica. Condição necessária, mas não suficiente. O genitor pode – embora genitor – não só matar o filho, como abandona-lo, desinteressar-se por ele, considera-lo um estranho. Todavia, para que se ocupe dele e o proteja, quer ter a certeza de que é efetivamente o seu produtor. Os Todas apresentam um tipo curioso de transição. Seu regime é poliândrico; e, quando entre eles nasce uma criança, os maridos da mãe, armados de arco e flexa, entram em competição: o que vence é considerado o pai do recém-nascido. A ocorrência mais comum, entretanto, é a declaração voluntária do pai, o qual, convencido da função biológica que desempenhou, e desejoso de representar também o papel social, admite como sua a criança que acaba de nascer. O ato se efetua mediante ritos que variam de povo para povo. Ora se trata de uma declaração solene, diante dos maiores da tribo; ora é o envio de presentes ao recém-nascido; muitas vezes, a prática de um ato de iniciação. O nosso índio funcionava como parteiro para o filho que reputava legítimo; recebia-o carinhosamente no limiar da vida, apertava-lhe o nariz, pintava-lhe o corpo. Quanto aos filhos adulterinos, enterrava-os vivos. Entre os Sakkalavos de Madagascar, o marido, para proclamar a sua paternidade, promove uma cerimônia ritual – Fatti-Draka ou identificação de sangue: fere o próprio ventre e o da criança, troca os sangues, cada um bebe algumas gotas do sangue do outro. A ‘couvade’ ou choco tem sido interpretada também como um ato de afirmação do vínculo biológico” [ALMEIDA JR., A. *Paternidade (aspectos bio-psicológico, jurídico e social)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940, pp. 124-128.]

A afetividade inclusive ganhou, com a Constituição Cidadã, status de princípio constitucional implícito, e qualquer norma de direito de família e relacionado à relação paterno filial deve guardar respeito a esta garantia e expor em sua aplicação a efetividade da norma superior¹¹⁷.

Entretanto, ao lado do seu crescente papel na conformação e fundamentação no atual fenômeno familiar, o afeto continua sendo um objeto de difícil apreensão intelectual, ainda mais para efeito de compor, de modo direto ou indireto, parte de um suporte fático, tanto mais que seja com potencial para gerar conseqüências jurídicas relacionadas à identidade dos indivíduos e suas relações familiares.

A juridicização da afetividade deve levar em consideração, portanto, sua natureza subjetiva, bem como a concomitante impossibilidade de aferição direta pelo aplicador do direito:

Com o devido respeito ao pensamento divergente, pouca relevância os afetos podem ter em tais circunstâncias, e não somente porque, até o presente momento, a ciência ainda não descobriu um mecanismo eficiente para medi-los, mas também porque a qualidade e o grau do vínculo afetivo, normalmente, independem de aspectos factuais, já que a paixão – o mais vulcânico que o intenso dos afetos – pode se produzir entre pessoas absolutamente desconhecidas, enquanto que não será estranho àqueles que diuturnamente tratam dessas questões, ver a união estável vicejar em meio a uma relação de ódio profundo entre os partícipes, desde que presentes todos os demais requisitos que compreendem a formação do instituto jurídico. Portanto, não deve o estudioso eu tenha preocupações jurídicas ocupar-se predominantemente com os afetos, em que pese, não se esteja aqui a desdenhá-los, reconhecida a sua importância na formação da civilização e do bem-estar do ser humano. Os afetos, no âmbito da união estável não passam de mera presunção, pois que presentes ou não, ante a existência dos requisitos à constituição e configuração da entidade familiar, esta deverá ser reconhecida e pelo tempo em que tais pressupostos mostraram-se presentes.¹¹⁸

¹¹⁷ Com efeito: “O princípio da efetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas. A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis.” [LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 27 de novembro de 2006.]

¹¹⁸ MALHEIROS FILHO, Fernando. O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável. In: Revista de Direito Privado. N. 22. Abr./Jun. São Paulo: RT, 2005, pp. 66-82.

Se a afetividade – ou o afeto – é um bem ou valor a ser relevado no contexto das relações familiares, sua apreensão não pode ser, por sua própria natureza, atingida de modo direto, senão apenas por meio de comportamentos externos que de modo indireto construirão uma presunção objetiva de vínculo afetivo.

Num contexto paterno-filial, entretanto, esta barreira gnosiológica aparentemente intransponível sofre certa fissura, pelo fato de que, com certo grau de segurança, é possível se estimar, de modo qualitativo, o grau de afeto de que desfruta uma criança em relação à outra pessoa. Mas a recíproca não é verdadeira, e mesmo na estreita janela referida, como se verá a seguir, não há segurança suficiente neste fundamento para se esperar que o afeto construa bases sólidas o suficiente para tornarem a identidade do indivíduo em relação à sua posição filial intocada para sempre.

Ainda uma palavra de acréscimo. Embora o fator afetivo, como inerente à natureza humana, tenha se destacado no estabelecimento e desconstituição de vínculos familiares *lato sensu*, não se pode, por exemplo, fechar os olhos para outros fatores que levam ao despertar das escolhas de convivência entre as pessoas. Nenhuma ação humana pode ser estudada isoladamente, fora de seu contexto, notadamente quando fatores econômicos, tão habilmente destacados pelo pensamento marxista dos Séculos XIX e XX, exurgem como elementos de sobeja importância no dia a dia dos indivíduos objeto das regras em estudo.

Assim, paralelamente ao afeto, são necessidades de ordem assistencial e solidarista, como corolário da busca do indivíduo de segurança em um sentido mais amplo contra as intempéries da vida, que levam os indivíduos a constituir e reafirmar o papel da família, principalmente nas massas excluídas do Terceiro Mundo:

Fragilizada pelos processos e pelas mudanças que marcam a atual realidade, a família vê crescer, paradoxalmente, suas responsabilidades como mecanismo de proteção social. (...) Como a desestabilização da condição salarial, a multiplicação das situações de precariedade e um massivo crescimento do desemprego vêm levando a uma “sociedade de trabalhadores sem trabalho”. Nessa sociedade, o crescimento das situações de vulnerabilidade e a crise das instituições que fazem funcionar o vínculo social e a solidariedade têm obrigado cada um a dar conta de si mesmo, organizando e procurando dar um sentido à sua vida de forma mais

individual e solitária. Nesse contexto, cresce a importância da família e dos entornos sociais imediatos, notadamente para todos os que carecem de bens materiais, culturais e simbólicos, necessários não apenas à subsistência, mas também à criação de uma identidade e à alimentação de uma interioridade. Essa importância cresce entre as pessoas mais frágeis, para as quais não se dá um lugar na sociedade e que não conseguem encontrá-lo por si mesmas. É a família, sobretudo, que pode transmitir-lhes, entre outros aspectos, um patrimônio de “defesas internas”.¹¹⁹

Logo, o papel econômico da família, em que pese a abalizada opinião da doutrina, de fato não desapareceu¹²⁰, apenas deslocou-se para outro palco, a saber, do contexto de um perfil produtivo pós-moderno em que uma multidão de desempregados estruturais tem mais probabilidade de sobrevivência se juntos buscarem algum tipo de suprimento e dividirem um espaço ambiente hostil do mundo que os cerca.

3.3 – CRITÉRIOS CUMULATIVOS DE PATERNIDADE

As três dimensões da relação paterno ou materno-filial, cuja descrição sistemática encontrou seu ápice em Guilherme de Oliveira, não são categorias excludentes.

No momento em que o nupcialismo reinava supremo, este não dispensava acentos biólogos de paternidade, como comprova a prática, nas investigações de paternidade, de exames fisionômicos e, posteriormente, hematológicos na determinação da paternidade, bem como a antiga presunção de paternidade no período legal de concepção. Apenas, o critério biólogo servia de arrimo e complemento a uma perspectiva maior, baseada na proteção da família constituída sob justas núpcias.

¹¹⁹ CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de; ALMEIDA, Paulo Henrique de. Família e proteção social In: São Paulo em Perspectiva. São Paulo: Fundação SEADE, abr./jun. 2003, vol.17, no.2, p.109-122.

¹²⁰ Com efeito, há quem discorde: “Por seu turno, a função econômica perdeu o sentido, pois a família – para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos - não é mais unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social.” [LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 17 maio 2006.]

Outrossim, neste mesmo contexto, à já existente figura da adoção não se poderia negar uma categorização sociológica ou, como queiram alguns, sócio-afetivo, sem embargo das limitações que outrora se fizeram a este tipo de vínculo, igualmente subserviente a uma proteção do centro valorativo do direito de família de então, a instituição da família legítima. Tudo isto, vale dizer, num olhar retrospectivo, já que tais categorias não existiam à época.

Embora claramente desfigurado, o substrato nupcialista não foi de todo abolido do sistema com a ascensão do critério biologista de paternidade. Não mais se presumem (no direito brasileiro, por exemplo) legítimos os filhos concebidos no período legal de concepção, entretanto aos tais se presume a paternidade (biológica) ao marido da mãe, refletindo a continuidade da presunção do *pater ist est*, ainda que adaptado a um novo contexto valorativo em matéria familiar.

De novo, à adoção não se pode negar um caráter sócio-afetivo de paternidade, embora o significativo crescimento deste critério ainda estivesse em embrião.

Hodiernamente, discute-se a flexibilização do sistema do *pater ist est* e mesmo da filiação biológica, em nome de nova conformação valorativa, a qual, partindo da experiência jurídica acumulada está construindo um novo panorama de tratamento da relação paterno-filial. Mas a paternidade sociológica não apaga as contribuições do sistema nupcialista ou biologista, mas os submetem a seus fins, funcionalizando-os.

A experiência jurídica da paternidade, portanto, não se pode descrever como uma sucessão estanque de perspectivas, mas antes uma construção cultural e jurídica em que cada camada histórica lega sua contribuição para a próxima fase, sem, contudo, predeterminar seu conteúdo. O ressurgimento da figura da posse de estado de filho, instrumento criado sob a égide da proteção da família legítima, bem exemplifica este estado de coisas, ao se tornar uma das principais peças do estabelecimento da paternidade sócio-afetiva.

3.4 – O ARQUIPÉLAGO DA PATERNIDADE SOCIOLÓGICA

Convencionou-se denominar sociológica a paternidade advinda, primeiramente, da inseminação artificial heteróloga consentida pelo marido da mãe, à qual se atribui *de jure*, em alguns sistemas jurídicos, o brasileiro a reboque, a paternidade jurídica do fruto deste procedimento, excluindo-se, ainda, qualquer laço jurídico entre o gerado e o progenitor biológico (doador do sêmen).

Sociológica por exclusão: nem nupcialista nos termos clássicos, já que se sabe *a priori* que a presunção do *pater ist est* não serve de indício de paternidade no caso; nem biológica, por razão óbvia, já que o doador do sêmen não é o marido da inseminada, por isso heteróloga a denominação adotada.

A este fato, deve ser acrescentada a criativa experiência do povo brasileiro, tanto na prática de registrar o nascimento de crianças como seus filhos, embora não os tendo gerado (adoção à brasileira), quanto no fenômeno assistencial-solidário do “filho de criação”, situações que, na falta de parâmetros legais, trouxeram ao aplicador do direito nacional, a partir de uma construção doutrinária, o ressurgimento da posse de estado de filho, instrumentalizado para o reconhecimento da filiação que se convencionou denominar de “sócio-afetiva”, e, claro, a adoção legal.

Há até quem, a nosso ver injustificadamente, exclua a filiação jurídica oriunda da inseminação artificial heteróloga do rol de espécies de relações paterno-filiais sócio-afetivas: “São quatro as espécies de filiação sócio-afetiva: a adoção judicial, o filho de criação, a adoção à brasileira e o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade e/ou maternidade.”

Desponta como uma de suas principais características, adiante comentada, esta multiformidade de origens da filiação. A busca por um critério unificado, à parte do qual todas as demais seriam toleradas exceções, cedeu espaço à igualdade de origens, tornando o continente da filiação por um conjunto de ilhas de igual dimensão e valor.

À pluralidade das variedades de filiação sociológica alie-se a heterogeneidade como um dos seus elementos de destaque e relação aos momentos anteriores da paternidade: ao contrário da tendência das duas primeiras fases procurarem um critério central e ordenador do sistema, à margem do qual as alternativas deveriam gravitar, pode-se afirmar que não há uma única paternidade sociológica, mas múltiplas, todas de igual valor, apesar de advirem de fontes distintas, não sujeitas a uma preferência normativa *a priori*.

Essa univocidade, mais presente no discurso jurídico que na própria realidade dos fatos, característica das fases predominantemente nupcialista e biológica de paternidade, não faz mais sentido ou relevância no momento sociológico.

Isto porque as formas de paternidade hodiernamente classificadas como sociológicas são por demais heterogêneas para serem fundadas num único fato fundante, a não ser a liberdade do indivíduo em constituir pluralmente a relação paterno-filial à revelia dos nupciais ou biológicos.

No momento nupcialista, a paternidade advinha, em regra, do fato da presunção do *pater ist est*, valorizando-se assim positivamente o comportamento dos indivíduos que se submetessem ao padrão adotado pela ordem vigente, de casar-se e ter filhos, nessa ordem.

O adultério *a patre*, não gozava de presunção de paternidade e muito menos de legitimidade. Como já exposto anteriormente, a rigidez dessa regra foi sendo gradativamente flexibilizada ante acentos solidaristas do século XX. E o adultério *a matre*, quando não descoberto ou não impugnado tempestivamente pelo marido, perpetuava-se em filiação legítima.

Com a ascensão do critério biológico, idêntico monismo buscou-se, a ponto de Paulo Lôbo indicar o perigoso encanto¹²¹ que um exame científico pudesse ser a solução final para a determinação da paternidade¹²².

Em ambos os ambientes, o estabelecimento de um vínculo paterno ou materno-filial através da adoção quedava-se estritamente excepcional, ou pelo menos assim era tratado pelo sistema, notadamente restrições que o direito sucessório fazia à participação deste em concorrência com os legítimos.

Desta feita, com a igualdade conquistada entre as origens de filiação, não há que se falar entre centro e periferia, mas em pólos de igual valor no que concerne à filiação. Como é vedada a discriminação entre filhos, quaisquer que sejam as suas origens, não há a possibilidade de se estabelecer um só critério sociologista de paternidade, mas, ao reverso, admitir uma categoria sociológica de paternidade.

Tal categoria se manifestará, ora quando vertente da presunção *ope legis* não biológica (v.g., inseminação heteróloga ou adoção), ora trazida da consolidação de uma relação afetiva (posse de estado de filho oriunda de “adoção à brasileira” e “filho de criação”), num elenco passível de novas aberturas, conforme a experiência social sugerir e evidenciar através das mais inusitadas lides referidas no assunto.

Tais espécies, à exceção da adoção, são a seguir sucintamente abordadas, sendo esta exclusão justificada apenas para fins metodológicos: embora classifiquemos a adoção (em

¹²¹ “Daí, é de se repelir o entendimento que toma corpo os tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude do fascínio enganador exercido pelos avanços científicos em torno do DNA” [LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 5. N. 19. Ago./Set. Porto Alegre: Síntese, 2003, pp. 133-156.]

¹²² O tom das palavras evidencia a visão estática dos missivistas ante a prova técnica: “A possibilidade, pois, da determinação científica da paternidade é prova de evolução, configurando uma nova fase no direito, uma vez que a interpretação de provas constitutivas do elo de paternidade não mais se baseia apenas na letra fria do código, mas sim na verdade dos fatos.” [MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 6. N. 27. Dez./Jan. Porto Alegre: Síntese, 2005, pp. 72-95.]

ambas as modalidades legais) como sendo espécie de paternidade jurídica sociológica¹²³, não foi esta figura jurídica construída no contexto recente do momento sociológico da paternidade, embora deste também receba influências.

De modo que destacamos as figuras que mais enfatizam a informalidade e o rompimento com o sistema que se apresentam com a maior parte das figuras de paternofiliação sociológica mais recentes e, por isto mesmo, ‘problemáticas’.

3.4.1 – Técnicas de reprodução assistida e paternidade legal

A pesquisa científica muito avançou nas últimas décadas em matéria de manipulação genética. E as demandas mercadológicas¹²⁴, como usual, são o *leitmotiv* deste desenvolvimento quase que em sua totalidade. Do desenvolvimento de variedades de vegetais economicamente úteis e mais resistentes às intempéries climáticas ou biológicas à clonagem da ovelha Dolly, a pesquisa genética promete ser no século XXI um dos pilares da economia mundial, como foi e ainda é no século XX e início deste século o petróleo.

Sérias questões éticas¹²⁵ têm sido levantadas amiúde quanto à interferência do desenvolvimento científico nesta área, notadamente no campo de manipulação da espécie humana¹²⁶.

¹²³ Com razão: “A filiação sócioafetiva está presente nos casos de adoção judicial, filho de criação, “adoção à brasileira” e reprodução humana assistida.” [ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito de família no contexto das organizações sócioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 7. n. 34. Fev/Mar. Porto Alegre: Síntese, 2006, pp. 5-30.]

¹²⁴ “Por trás de tudo, intenções mercantis. A possibilidade de adquirir um bebê tal qual um produto no supermercado é cada vez mais concreta.” [PUCCINELLI JÚNIOR, André. O biodireito e a redescoberta do ser humano In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13. n. 52. Jul/Set. São Paulo: RT, 2005, pp. 68-90.]

¹²⁵ “A interferência do direito neste âmbito da ciência justifica-se, visto que os avanços tecnológicos alcançados nas áreas do conhecimento citadas se traduzem, em última análise, em aumento do poder de dominação do homem sobre o próprio homem e sobre a natureza, domínio este que deve estar sob a égide do ordenamento jurídico.” [ROCHA, Renata. O biodireito constitucional. Limite e fim da atividade científica. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 12. N. 49. Out./Dez. São Paulo: RT, 2004, pp. 191-210.]

¹²⁶ “Compete ao biodireito permitir condutas que tragam benefícios atuais e futuros, impedindo os malefícios e proibindo o mercado humano, atribuindo a todos o dever de respeitar a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, mister mediar a tensão dialética entre liberdade científica e dignidade da pessoa humana, fixando

A década de setenta do século XX logrou a humanidade a possibilidade de transcender a barreira até então absoluta da infertilidade natural. Através de uma técnica científica foi possível fertilizar-se, *in vitro*, o óvulo feminino com o gameta masculino, devolvendo-o para o útero e possibilitando a continuidade da gestação. Nascia o bebê de proveta¹²⁷. Com ele, o acirramento de uma larga discussão ética e jurídica sobre a manipulação genética do ser humano, notadamente nos países do chamado primeiro mundo¹²⁸.

De modo genérico, há duas formas de reprodução artificial: a inseminação artificial ou assistida – IA e a fecundação *in vitro* – FIV. No primeiro caso, há a introdução do espermatozóide masculino diretamente no órgão reprodutor feminino, possibilitando a fecundação do óvulo *in loco*. No segundo, ambos, espermatozóide e óvulo, extraídos dos doadores, são postos juntos em ambiente externo, controlado, para que a fecundação ocorra fora do útero, sendo posteriormente inseridos na cavidade uterina para que o processo de desenvolvimento do feto possa prosseguir.

A inseminação artificial abre-se em duas possibilidades: homóloga, quando o gameta masculino tem origem biológica no companheiro/cônjuge da inseminada, e heteróloga, quando a origem do material genético em tela está dissociada do vínculo fático-jurídico entre o doador do gameta e a inseminada.

O primeiro caso não apresenta maiores problemas de clivagem com a sistemática tradicional de determinação da paternidade, posto que se encaixa bem no critério biologista.

pautas éticas, visando harmonizar os valores assegurados a cada indivíduo e que devem ser respeitados, com a necessidade humana e buscar novos conhecimentos.” [ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. Biodireito: o direito da vida In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13. n. 51. Abr./Jun. São Paulo: RT, 2005, pp. 111-119.]

¹²⁷ “O mundo assistiu, no dia 25.07.1978, ao nascimento – no *Oldham and General District Hospital*, situado no norte da Inglaterra – do bebê Louise Joy Brown (pesando 2 kilos e 600 gramas), primeiro bebê de proveta que se teve notícia na história. Os responsáveis pelo êxito foram o obstetra Patrick Steptoe e o médico Robert Edwards. [GOMES, José Jairo. Reprodução assistida e filiação na perspectiva dos direitos da personalidade In: Revista de Direito Privado. N. 22. Abr-Jun. São Paulo: Ltr, 2005, pp. 136-152.]

¹²⁸ Com razão a assertiva que pontifica: “As sociedades, sobretudo a dos países desenvolvidos, que já superaram problemas estruturais como a pobreza, a desnutrição, o analfabetismo, a violência, entre outros, vem sendo chamada a questionar que tipo de desenvolvimento biotecnológico é desejável, e o que realmente fará diferença no destino da humanidade.” [OLIVEIRA, Cybele. A bioética sob a perspectiva do direito da criança e do adolescente In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 14. N. 55. Abr./Jun. São Paulo: RT, 2006, pp. 176-193.]

Entretanto, quando terceiro, não ligado juridicamente à inseminada, e portanto não sujeito à presunção jurídica de paternidade fosse biologicamente o genitor, qual seria o critério de paternidade a ser aplicado?

A prevalecer o biológico, estar-se-ia interditando a própria razão de ser da inseminação artificial heteróloga, que é o de propiciar os casais que, por qualquer razão, não podem naturalmente gerar filhos, lançarem mão deste artifício para, livremente e em comum acordo, realizarem a paternidade sem laços biológicos absolutos dos dois lados.

Por mais inovador que possa parecer, tal critério “sociológico” de paternidade não é historicamente tão incomum como se possa pensar. Entre os antigos hebreus, por exemplo, a prática da viúva casar-se com o cunhado para que este desse continuidade ao nome e à posteridade do falecido, conhecida como levirato, era norma prevista na Torá. O cunhado, sob pena de ostracismo e desprezo social, não poderia furtar-se a gerar filhos ao irmão, ainda que biologicamente seus, em face da importância que se dava naquela cultura à continuidade do nome do ascendente na existência do seu povo.

Também não se pode informar tal paternidade sob o pálio da presunção nupcialista, posto que esta seja, por definição, relativa, e o fato da inseminação artificial heteróloga, *de per se*, comprova a diversa origem biológica do ser em formação, afastando a paternidade.

Não se pode esquecer que a presunção do *pater ist est*, como já apontado alhures, tinha uma relação simbiótica com a origem biológica da paternidade, somente fazendo sentido se vista em conjunto com aquela. E, embora em momentos-limite se pudesse delinear sua autonomia em relação ao critério biologista, penso que tal separação sustenta-se mais no plano teórico-dogmático do que propriamente histórico.

Desta forma, o critério jurídico de paternidade que ora exsurge desta relação, amiúde regulada em diversos países, entre eles o Brasil, sob o preciso olhar de Guilherme de Oliveira,

mereceu o *status* de nova categoria, a saber, paternidade sociológica, como terminologia de ocasião para denominar essa dissociação entre a paternidade e a biologia:

Julgo indispensável dizer que o fundamento de um tal regime é o reconhecimento da dimensão cultural da paternidade. Excepcionalmente, o sistema jurídico omite o vínculo biológico como suporte da definição de paternidade; é o que se passa quando a tecnologia genética encontra o caminho para o marido estéril contribuir com um nascimento dentro do casal. O fundamento da limitação do direito de impugnar encontra-se na atitude emocional e intelectual dos cônjuges perante a fecundação por facto de terceiro – na adesão voluntária a um estatuto familiar, na investidura social e familiar do marido no lugar do *pater*.¹²⁹

O novo Código, em vigor desde 2003, já exsurge sob o pálio das críticas ante a incompletude de hipóteses. Trata, é certo, da presunção legal (e absoluta) de paternidade do marido que consentiu com a inseminação artificial heteróloga da esposa (art. 1.597, V), mas não enfrentou exaustivamente as múltiplas possibilidades de conflito de interesses oriundos do desenvolvimento destas técnicas, tais como a inseminação da esposa após a morte do marido, sem se aludir a algum substrato de concordância prévia deste, ignorando portanto o imbróglio familiar e hereditário que uma lacuna destas tem potencial para criar¹³⁰.

Da gama de possibilidades de manipulação oriundas da fertilização *in vitro* e da “barriga de aluguel”, bem como a possível vedação da sua prática e as diretrizes mínimas para o estabelecimento da filiação do rebento oriundo da mesma, somente para elencar algumas hipóteses, é possível visualizar-se a gritante lacuna normativa.

¹²⁹ OLIVEIRA, Guilherme de. Critério jurídico de paternidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 358.

¹³⁰ Exemplificadamente: “O filho concebido *post mortem* do pai, e, nascido após a abertura do inventário e, eventualmente, após a partilha de bens, é ou não é herdeiro? O estudo não é apoiado exclusivamente no direito privado, pois nos reporta diretamente à Constituição. (...) Silvio Venosa, doutrinador de direito civil, sustenta que pelo direito de *saisine*, o momento a ser considerado é o da abertura da sucessão: qualquer fecundação, após esse termo, não gera efeitos patrimoniais e sucessórios, apenas acarreta em direitos da personalidade. Essa é uma perspectiva que parte do direito civil, invertendo, todavia, a ordem correta, a partir da Constituição. Nada impede que o pai deixe, antes de morrer, por exemplo, sua vontade de que se realize a fecundação para resguardar sua prole eventual. Ademais, após a autorização o de *cujus* é responsável. A posição que prevalece no estudo da constitucionalização do direito civil é a que, por conta da isonomia dos filios, garante à dignidade da pessoa humana a impossibilidade de exclusão. O nosso tema é consubstanciado pela impossibilidade de redução do núcleo essencial do direito fundamental contido no art. 5º, ou seja, exige-se a preservação do resíduo do direito sucessório. No caso, ao filho tem de ser preservado o direito a herdar, mesmo se concebido após o falecimento do pai.” [MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O enfrentamento do biodireito pela Constituição In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13. n. 53. Out/Dez. São Paulo: RT, 2005, pp. 134-147.]

3.4.2 – Adoção “à brasileira” e paternidade sócio-afetiva

Outro fenômeno de relação paterno-filial muito freqüente na experiência brasileira, que particularmente contribuiu para o desenvolvimento da temática da paternidade sociológica foi a prática de registrar, como próprio, menor que sabia não ser seu, ato que foi alcunhado de “adoção à brasileira”:

O adotante, ao invés de submeter-se aos rigores do processo de adoção, simplesmente registra o filho de outrem como seu. Muitas vezes isso ocorre por mero comodismo ou desconhecimento da lei e, inclusive, do ato ilícito cometido (art. 242 do Código Penal). Diante dessa possibilidade, sempre que não se identificar dolo do agente, ou se concluir que este visa exclusivamente ao bem-estar da criança, a tipificação penal tem sido afastada pela jurisprudência, desde que se visualize uma motivação nobre e orientada por relevantes valores sociais e morais. Além disso, parece que, na maior parte dos casos, essas filiações nem chegam a ser contestadas, e tudo permanece ao largo do Judiciário.¹³¹

Há basicamente duas formas de isto ocorrer. Ou a criança é filho/a de apenas um dos cônjuges, ou é filho de terceiros, assumido pelo casal ou, menos frequentemente, pessoa solteira.

Tornou-se comum que a cônjuge virago, dando à luz filho de terceiro, na constância do casamento, ou mesmo oriunda de relação anterior, visse o seu marido, por liberalidade, assumir como seu filho o referido rebento, mesmo sabendo que não o tinha gerado.

Os tribunais começaram a enfrentar a questão de um viés patológico, ou seja, quando um dos pais registra pretendia, posteriormente, anular o registro de nascimento do filho, ou quando, numa disputa entre herdeiros, o filho de origem biológica procurava excluir da sucessão aquele que sabia ter sido incluído no rol da filiação por este mecanismo.

Primeiramente, é preciso observar que o Judiciário provavelmente visualizou apenas a ponta do iceberg. Para cada caso de “adoção à brasileira” que termina em conflito nos

¹³¹ MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 6. N. 24. Jun/Jul. Porto Alegre: Síntese, 2004, pp. 50-79.

tribunais, outros tantos inumeráveis restam sem notícia alguma de sua existência, dada que a prática deste ato, *ab initio*, já se configura como crime.

Trata-se, por certo, de situações que ficaram à margem de uma adequação ao sistema, e que assim se perpetuaram.

Aliás, na pesquisa pela filiação, nos deparamos aqui e ali com situações em que o sistema legal simplesmente não suporta as soluções dadas pela prática dos lares brasileiros. Tal constatação nos abre um flanco de reflexão, claramente para além dos propósitos do presente trabalho, sobre a eficácia social dos institutos clássicos de direito de família legislados para a realidade familiar brasileira do início deste século¹³², ou mesmo sua atual relevância.

Pondo de lado a questão penal, como aliás fez o julgador, na apreciação dos conflitos de interesse ínsitos às querelas anulatórias de registro civil que rondavam os tribunais brasileiros dos últimos decênios, após alguns titubeios, optou a jurisprudência, em consonância com a dogmática construída em torno do tema, por não anular registro em tais condições quando, nos autos, ficasse provado que o pai (em regra postulante, quando não

¹³² A “família achada nas ruas” tem na família juridicamente delineada apenas uma de suas alternativas de organização familiar. Essa incapacidade de submissão a modelos pre-estabelecidos claramente indica a petrificação do modelo em relação à realidade social que busca regular. O legislador, ao dar as costas às mudanças de paradigma, acaba por lançar o cidadão numa “contracultura do direito inoficial como forma alternativa de solução de conflitos e como indicador de uma revolução impactante no formalismo centralista do Estado: o pluralismo de ordenamentos da vida social, surgindo ao lado de uma nova dimensão de ilegalismos, de direitos nascidos na rua, de microéticas grupais, de controles sócio-regionais comandados por grupos, de alternativas de justiça com as próprias mãos, na ausência do Estado de direito, despontam como responsáveis pela ocupação de um espaço socialmente relevante, a saber, o de definir a fronteira entre o justo e o injusto, o tolerável e o intolerável, mediante regras e critérios nem sempre os melhores, os mais universais ou os mais apropriados.” [BITTAR, Carlos Eduardo. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 236-237.] Tal fenômeno da petrificação dos paradigmas normativos tradicionais da modernidade não é exclusivo dos países periféricos. Especificamente no direito de família, já se constatou a fossilização do modelo legislativo dos Estados Norte-Americanos, arraigados à família feliz do casamento único e para toda a vida, ante a estrondosa ocorrência de famílias reconstituídas e monoparentais, além de outros padrões familiares para os quais o legislador estadunidense simplesmente decidiu não enxergar: “What appears on the surface to be a disconnection between stepfamilies and the legal system may also include structural issues having to do with the institutions of marriage and the family. US politicians are striving to make the terms ‘family values’ and ‘first marriage’ synonymous by putting first marriage families high on the list of priorities. Stepfamilies and their family values are virtually unacknowledged. At the present time, legal rights and obligations created for the first-marriage family, however brief, are generally not extended to the stepfamily marriage family, however lengthy and stable.” [ENGEL, Margorie. Stepfamily tribulations under United States laws and social policies In: *International Survey of Family Law*. Bristol: Jordan Publishing, 2005, pp. 529-554.]

fosse irmão co-herdeiro), tinha consciência da situação e mesmo assim assentira com o ato, *adotando de fato* o litigado, tornando portanto a pretensão inepta por falta de vício na declaração, i.e., interesse de agir.

Como a maioria das construções recentes em matéria de direito de família, tal também foi daqueles posicionamentos jurisprudenciais que vieram antes de uma mais elaborada fundamentação dogmática.

Está em jogo interesses da personalidade do filho registral¹³³, tais como a identidade e seus corolários, como o direito ao nome e a pertencer a uma família. Seria fácil deduzir tais parâmetros do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e de fato eles são corolários daquele princípio. Mas há ainda outro fundamento a se considerar.

Parece que a simples técnica do abuso do direito, a exemplo de outros países¹³⁴, é instrumento por demais simples e eficaz para justificar a impossibilidade de reverter os efeitos de um tão grave ato sobre a vida de alguém voluntariamente declarado filho.

Mas outra figura jurídica adormecida ressurgiu nas discussões acerca da paternidade oriunda da “adoção à brasileira”. Trata-se da posse de estado de filho, uma figura cuja definição clássica e finalidade tinham outra roupagem, mas que hodiernamente, no âmbito das realidades jurídicas dissolvidas na bruma do não-sistema, foi apressadamente transplantada para a prática dos tribunais, e como se não bastasse, erigida a critério máximo de aferição da ‘verdadeira’ (ontologicamente falando) relação paterno ou materno-filial.

¹³³ É realmente surpreendente o caminho que o direito comparado tomou no caso dos vizinhos argentinos. Ali, não apenas o ilícito é confirmado, declarando-se nulo o registro, como também o declarante é condenado a indenizar o filho registral por violar (sic) seu direito à identidade: “Mainly in doctrinal writing and not enthusiastically supported by judicial decisions, there has been developed the idea that damage caused by so-called ‘*reconocimiento complaciente*’ ought also to give rise to compensation. This is when a person recognizes a child, knowing there to be no biological link, which is also a violation of the child’s right to identity.” [GROSSMAN, Cecília P.; HERRERA, Marisa. The right to one’s identity in recent judicial decisions on filiation and adoption In: The International Survey of Family Law. Bristol: Jordan Publishing, 2005, pp. 23-40.] Entre outras, há a evidência in casu de um claro e arraigado apego ao critério biológico, associando-o à verdade acerca da identidade do indivíduo.

¹³⁴ Notícia-nos Guilherme de Oliveira que, em Portugal, sob a influência da legislação suíça, não pode o marido impugnar a paternidade de filho gerado por inseminação artificial heteróloga ou adultério consentidos, tomando o legislador como claro fundamento o abuso do direito. Cf. OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico de paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 351.

Se a posse de estado de filho teve papel coadjuvante, ladeada da voluntariedade do pai-registrante, na não anulação do registro civil do “adotado à brasileira”, a referida figura, que será detidamente analisada no capítulo seguinte, possui papel central na constituição do vínculo jurídico do “filho de criação”, como se verá a seguir.

3.4.3 – “Filhos de criação” e reconhecimento de paternidade

Enquanto a “adoção à brasileira” habita uma zona cinzenta entre o jurídico e o não jurídico (tanto no âmbito cível quanto penal), o “filho de criação” nasce como relação integralmente fática, que eventualmente busca nos tribunais o seu reconhecimento, i.e., que vem ao sistema para se legitimar, adquirir o *status* de jurídico.

Pouco se tem pesquisado a respeito, notadamente em face da natureza do objeto, e da dificuldade em se alcançar uma estatística confiável acerca dos “filhos de criação”. E o fato não parece ser exclusivo da experiência brasileira. Fala-se que, por exemplo, que Adolf Eichmann, o burocrata nazista enforcado por um tribunal israelense, tinha um irmão de criação¹³⁵.

Em sua tese de doutorado tratando sobre o panorama da adoção no Brasil, Lúcia Weber assinalou a zona cinzenta em que o fenômeno tem se escondido, por razões óbvias:

As adoções legais foram realizadas por 52,1% das famílias participantes desta pesquisa e a maioria das adoções informais ocorreram através do registro em cartório da criança como filho legítimo do casal que a adotou, através de uma declaração falsa de nascimento (41,5%); o restante das adoções informais (6,4%) seguiu o procedimento conhecido como *filhos de criação*, isto é, a criança passa a morar definitivamente com outra família, mas sua certidão de nascimento não é alterada, permanecendo com a filiação de seus pais biológicos.¹³⁶

A porta de acesso, i.e., o meio ou instrumento fático pelo qual a relação se justifica é exatamente a posse de estado de filho que, como já se disse, trata-se de um instituto jurídico

¹³⁵ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 265.

¹³⁶ WEBER, Lúcia Natalia Dobrianskyj. Pais e filhos por adoção no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003, p. 114.

transplantado de modo desfigurado para uma nova realidade para a qual ele não foi concebido para tratar.

A dogmática civilista já detectou o fenômeno, como sinteticamente nos indica a missivista:

Por fim, o vínculo pode ser apenas sócioafetivo, que é o que acontece nos casos dos filhos de criação, qual seja, quando alguém adota (sic) informalmente outrem, passando-o a tratá-lo como filho e a apresentá-lo em sociedade como tal, embora não tenha sido providenciada na regularização do vínculo (...) É de se consagrar que já existem doutrinadores sustentando a possibilidade de ações investigatórias de paternidade alicerçadas tão-somente na parentalidade sócioafetiva; cabe aguardar para se apurar se terão efeito prático e qual será o posicionamento dos tribunais a esse respeito.¹³⁷

Evidencia-se, de modo bem marcante, o papel central da posse de estado de filho no reconhecimento da relação paterno-filial desta polêmica modalidade.

E embora a jurisprudência seja escassa de exemplos¹³⁸, tem-se por paradigmática uma decisão exarada na Comarca de Nossa Senhora do Socorro, Estado de Sergipe, que se encaixa perfeitamente com o quadro do “filho de criação”, trazendo a lume todos os elementos fáticos que o magistrado, interpretando os fatos à luz do sistema, reconheceu o vínculo jurídico e declarou a relação materno-filial. A seguir, alguns trechos da sentença, cuja integralidade acompanha o presente trabalho como anexo:

O Representante do Ministério Público Estadual move a presente Ação de Investigação de Maternidade Sócioafetiva em face de Valdeci Maria Da Conceição, em prol do adolescente Tiago Braga dos Santos, filho de Doralice Braga dos Santos, todos identificados às fls. 02, alegando que o menor se encontra na posse de estado de filho da requerida Valdeci (...)

Segundo o apurado, o menor foi abandonado pela mãe biológica há mais de 10 anos, passando a requerida Valdeci a cuidar do pequeno como se mãe fosse, estabelecendo – se laços de sócioafetividade entre ambos. Após descrever passagens dos depoimentos prestados junto à Promotoria Cível desta Comarca e da caracterização da maternidade sócioafetiva, o Parquet requer a declaração da posse de estado de filho afetivo do jovem Tiago Braga dos Santos em relação à suplicada, para que surtam os efeitos jurídicos, especialmente, o cancelamento do registro civil original e estabelecido o vínculo de filiação do adolescente e da ré, tudo nos termos do Estatuto da Criança e Adolescente. (fls. 02/09) (...)

¹³⁷ CHAVES, Adalgisa Wiedermann. A tripla parentalidade (biológica, registral e sócioafetiva) In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 7. N. 31. Ago./Set. Porto Alegre: Síntese, 2005, pp. 143-160.

¹³⁸ “A máxima ‘pai é quem cria’, apesar e sua carga maniqueísta, que de resto afeta os provérbios em geral, reflete uma intuição forjada no meio popular e, em alguma medida, também, revela facetas de uma verdade complexa. O dito popular sugere uma compreensão da realidade, que o formalismo jurídico reluta em aceitar” [SILVA, Marcos Alves da. Do pátrio poder à autoridade parental: repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 162.]

Nos autos em análise vemos que a convivência familiar entre Valdeci e Tiago criou o estado de filiação, pois dia a dia foi construído afeto, amor, dedicação, e zelo entre a mãe e o filho do coração.

A requerida Valdeci assumiu o papel de mãe de Tiago, exteriorizando a todos que a relação entre eles é a de mãe e filho. Diante da prova trazida aos autos cabe ao Poder Judiciário conferir à aparência desta relação, qual seja de uma adoção de fato, os seus efeitos legais. O artigo 226 da Constituição Federal permite que entidades familiares diversas sirvam de fundamento para a posse do estado de filiação, dentre estas a entidade monoparental. (...)

Assim sendo, Julgo Procedente o pedido inicial, e, por consequência destituo o poder familiar de Doralice Braga dos Santos no tocante ao filho Tiago Braga dos Santos, reconhecendo a maternidade socioafetiva de Valdeci Maria da Conceição em relação ao adolescente Tiago Braga dos Santos, com as consequências legais e jurídicas, fulcrada no artigo 226 da CF/88 c/c artigo 39 e seguintes do ECA.

Determino ainda, o cancelamento do registro civil original do menor para que conste como sua mãe a senhora Valdeci Maria da Conceição, anotando – se os avós maternos, passando o menor a usar o nome de Tiago da Conceição, consoante artigo 47 do ECA.

(Proc. No. 200388011354; Investigação de Maternidade; 1ª Vara Cível de Socorro; Data do Julgamento: 22/12/2004.)

O que mais chama à atenção nesta decisão judicial, a nosso ver acertada, é que esta tratou o pleito como declaratório, isto é, reconheceu juridicamente uma situação que entendera já adentrada pela *orbis* jurídica.

Para a magistrada em questão, a convivência mútua entre as partes, consolidada no tratamento mútuo e público como se mãe e filho fossem, foi fato jurídico suficiente para *constituir* a posse de estado, e esta, uma vez consolidada, criar o vínculo jurídico, independentemente da decisão judicial, que veio apenas regularizar e documentar a situação.

Não seria exagero afirmar que, além de ser uma decisão incomum quanto à matéria, trata também de propor um grande salto em direção à função constitutiva da posse de estado, função esta que, como se verá, é inédita à utilização pretérita do instituto, bem como à sua adoção em novas roupagens pelas legislações francesa e portuguesa.

Por fim, vale salientar que a experiência do “filho de criação” não se trata de um desvio de conduta social pertinente à pobreza extrema, mas uma antiga experiência familiar que permeou a história de todos nós.

Como fenômeno sociológico, não se pense que o fenômeno do “filho de criação esteja reservado apenas às classes de baixa renda. Na opinião da pesquisa extra-jurídica, parece participar da experiência familiar das classes média e alta, embora sob formas distintas:

De todo modo e voltando especificamente ao meu tema, pelos dados que pude reunir e expor aqui, penso que, de um lado, no que se refere às adoções informais e, de outro, se ampliarmos nossa consideração da prática para incluir nela os circuitos que indiquei (pelo menos aqueles entre “suas” várias casas), é possível falar da circulação de crianças como uma prática existente e em vigor, até hoje, entre as camadas médias urbanas. Nesse sentido e abrindo o leque da consideração que tem sido feita para incluir nele todas as camadas sociais, poderíamos, parafraseando Cláudia Fonseca, chegar a dizer que a prática da circulação de crianças pode ser pensada como uma estrutura básica (ainda que não pelas mesmas razões, por vezes) da organização de parentesco no Brasil. E não apenas dos “grupos brasileiros de baixa renda”. Na medida em que, como espero ter conseguido demonstrar aqui, as camadas médias urbanas (e a classe alta também) participam ativamente, historicamente, de todas as modalidades já registradas nas interpretações do fenômeno para a sociedade brasileira, além de possuírem formas mais particulares dessa prática. O que pode ser percebido, concretamente, por meio da movimentação intensa e externa da criança que tomei como “modelo” para tratar do tema neste artigo.¹³⁹

No contato com a realidade do “filho de criação”, é mister cuidarmos para que nossos preconceitos de classe não nos joguem numa atitude cognitiva apriorística de ver, em qualquer divergência do modelo familiar nuclear, um desvio patológico associado à falta de recursos materiais e educacionais que incidem sobre parte significativa da população brasileira. Em pesquisa sobre circulação de crianças, constatou-se que o modelo em voga nem sempre foi hegemônico:

Conheço hoje meia dúzia de professores universitários (e – entre os que nasceram na década de 60 ou antes – um número ainda maior de estudante) que, apesar de nascerem em famílias de renda média, foram ‘dados’ na infância. É suficiente para me convencer de que, até pouco tempo atrás, a circulação de crianças, hoje facilmente considerada como um sintoma de desorganização familiar ou abandono materno, não era necessariamente mal vista. Os fatos de as camadas abastadas terem adotado, nas últimas décadas, a família nuclear conjugal como norma hegemônica, sem dúvida, explica por que existe uma tendência de ver qualquer desvio dessa norma como problemático. No entanto, pela evocação de casos etnográficos, sugiro nesse artigo que a hegemonia dessa norma não se exerce com a mesma força em todas as camadas sociais. Ainda mais, aponto para a possibilidade de dinâmicas familiares ‘alternativas’ que, apesar de não se encaixarem no modelo dominante de família, gozam de popularidade e até de legitimidade entre determinados setores da sociedade. Nesse caso, a compreensão da vida familiar no Brasil contemporâneo exigiria do observador um esforço para considerar, além da

¹³⁹ MOTTA-MAUÉS, Maria Angélica. Na “casa da mãe”/na “casa do pai”: Anotações (de uma antropóloga e avó) em torno da “circulação” de crianças. In: Revista de Antropologia, V. 47 N° 2, São Paulo: USP, 2004, pp. 442-444.

norma hegemônica, essas dinâmicas alternativas, sendo a circulação das crianças em grupos populares apenas um exemplo.¹⁴⁰

3.5 – CONCLUSÃO

Tomando como referência o Século XX, pode se afirmar que, nos sistemas jurídicos Ocidentais, a relação paterno ou materno-filial claramente *desvinculou-se das justas núpcias*, tornando-se entidade autônoma.

Um dos traços mais marcantes desta autonomia advém do fato de que esta relação, no interregno proposto, deixou de ser simples conseqüência da existência da instituição familiar (então somente legítima se concebida dentro das justas núpcias) para chegar a ser até mesmo causa da existência de entidade familiar (como no caso de famílias monoparentais).

O que era mero acessório passou a ter identidade própria, desdobrando-se igualmente na análoga dissociação entre o estatuto do casamento e da filiação, como demonstra a abolição das distinções de filiação quanto à origem ou não no casamento válido.

Desvinculou-se igualmente do pressuposto biológico, remanescendo este apenas como uma das causas do vínculo jurídico, ao lado da filiação dita sociológica – desvinculada da presunção nupcialista de ascendência e igualmente da causalidade biológica – como é o caso da paternidade legalmente oriunda de inseminação artificial heteróloga.

Entretanto, o apego à univocidade biologista ainda é bem claro, diante da resistência do sistema em aderir ao reconhecimento do vínculo paterno ou materno-filial, tão somente pelo estabelecimento de laços afetivos significativos entre os interessados, ocorrente e recorrente na “adoção à brasileira” e o fenômeno do “filho de criação”.

Lembra esta resistência outra já superada, mas que teimosamente ainda não abandonou o palco da maioria dos manuais de Direito Civil nacionais: trata-se do caráter de

¹⁴⁰ FONSECA, Cláudia. Mãe é uma só? Reflexões em torno de alguns casos brasileiros. In: Psicologia USP. V. 13. N. 2. São Paulo: USP, 2002, pp. 49-68.

excepcionalidade dispensado à responsabilidade civil objetiva, como que a violar apenas perifericamente, para alguns autores, o núcleo do referido instituto jurídico, baseado, ainda segundo eles, na existência de culpa.

Assim como foi um salto significativo desvincular a filiação do casamento, de igual modo será quase tão grande a desconstrução do vínculo implícito que o sistema ainda mantém entre filiação e origem biológica.

Se, no primeiro caso, a passagem de instituição familiar para entidades familiares justificou, em grande parte, a dissociação, no segundo, a passagem do biologismo para o sociologismo (ou como queiram os jusprivatistas nacionais – sócio-afetividade), terá semelhante papel.

Se outrora a causa da filiação passou a independender do estado civil dos pais, num segundo momento a jurisprudência e a doutrina já vêm apresentando uma atitude de relativização do aspecto biológico, subordinando-o e funcionalizando-o definitivamente ao fato consumado da posse de estado de filho.

4 - POSSE DE ESTADO DE FILHO: LIMITES DE APLICAÇÃO

O presente capítulo procura estabelecer a problemática da instrumentalização da posse de estado de filho como elemento fático da constituição da relação paterno-filial, evidenciado suas aporias com o sistema jurídico posto. Para isto, procura efetuar uma análise do instituto, evidenciando seus elementos e características, bem como demonstrando de que modo a experiência estrangeira tem retomado sua instrumentalidade nos conflitos de paternidade.

4.1 - ORIGENS E CONCEITO DA POSSE DE ESTADO DE FILHO

Quando não podia derivar da prova documental a relação paterno-filial nupcialista, a paternidade jurídica cercou-se da presunção derivada da denominada *posse do estado de filho*, no direito brasileiro fundamentada pelo art. 349 do Código Civil de 1916 (equivalente ao art. 1.605 do Código Civil em vigor).

A expressão *posse* aqui é usada metaforicamente, a preencher com uma analogia (tomada emprestada do Direito das Coisas) uma realidade jurídica de difícil nomenclatura, mas que demandou tratamento ante a necessidade social de estabelecer a filiação de pessoas sem assento no registro civil ou com assento insuficientemente instruído.

A posse de estado de filho foi desenvolvida sob tríplice pilar fático, sucintamente descrito por Pontes de Miranda, que assim comenta:

Tal posse de estado de filho consiste no gozo do estado, da qualidade de filho havido da relação do casamento e das prerrogativas dela derivadas. Ao antigos escritores exprimiam isso, concisamente, em três palavras, dizendo que são elementos necessários: *Nomen*: isto é, que o indivíduo use o nome da pessoa a que atribui a paternidade. *Tractatus*: que os pais o tratassem como filho, e nessa qualidade lhe tivesse dado educação, meios de subsistência, etc. *Fama*: que o público o tivesse sempre como tal.¹⁴¹

¹⁴¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. T. 9. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 75.

Nomen¹⁴², tractatus¹⁴³, fama¹⁴⁴ – que classicamente compuseram a posse de estado, na sua conceituação clássica, enfatizam a plasticidade e a dependência do exame do caso concreto para sua averiguação, bem como o contexto da família legítima em que foi concebida a idéia de posse de estado.

Os elementos elencados supra devem ser tomados como feixes de um todo, indício de uma filiação legítima, exatamente a finalidade para a qual a figura da posse de estado fora concebida. São elementos que subsidiam o julgador a verificar a aparência social de relação paterno-filial:

Não se pode negar, em tese, a importância que a reunião dos três elementos característicos da posse de estado tem para a prova da filiação. Por muito tempo mesmo, acentua Cuturi, foi esse o único modo de provar-se o estado pessoal. E a opinião pública, observa Precerutti, jamais confundiu o homem caritativo, o benfeitor dos filhos alheios, com o pai.¹⁴⁵

Clóvis Beviláqua destaca o papel da visibilidade e aceitação social da filiação como evidência probante deste estado, ao também expor acerca da matéria:

Ainda que o estado não seja mais do que uma situação jurídica, tem-se admitido que seja susceptível de posse. Possuir um estado é apresentar-se na vida social, tendo uma determinada situação jurídica; é gozar das vantagens e sofrer os incômodos, correspondentes ao estado. Não há, neste caso, uma rigorosa idéia de posse. O que se pretende significar é que merece dispensa de provas diretas de lhe

¹⁴² “Nomen. É o rótulo insubstituível de pertença familiar; o nome que correntemente é atribuído ao pretense filho. Em Portugal tem-se entendido que o nomen não é mais do que o pretense filho chamar ‘pai’ ao presumível progenitor e este consentir em tal designação e, por seu turno, chamar ‘filho’ àquele, assim expressando a sua convicção íntima de ser o pai. Mas, bem entendido, em tudo isto é preciso levar em conta a idade do pretense filho. Noutros países leva-se em conta o nome atribuído por lei ou simplesmente o nome de facto pelo qual é designado o filho, considerando, designadamente, o que dizem as autoridades públicas ou os seus representantes, como, por exemplo o presidente ou os membros da junta de freguesia, o chefe ou outros elementos das corporações policiais, os professores, os colegas da escola ou de trabalho...” [PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, pp. 162-163.]

¹⁴³ “Tractatus. É um comportamento do pretense pai que exteriormente observado cria uma aparência reveladora de laços de filiação biológica. (...) O tratamento é um conceito de conteúdo variável. Assim, não supõe necessariamente a guarda da criança, nem sequer a comunidade de vida com o progenitor. A contribuição deste para alimentos e visitar que ele faça podem ser indícios suficientes da existência de tractatus.” [PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 163.]

¹⁴⁴ “Fama. É a reputação de que goza o dito filho, junto da generalidade das pessoas que o conhecem ou que, pelo menos sabem da sua existência, de ter por pai o investigado. Trata-se de um reconhecimento do laço da filiação pelo meio social ou familiar, isto é, para utilizar a expressão legal, pelo público. Parece, todavia, que este público é, à luz da lei, sobretudo o externo, quer dizer, excluindo ou pelo menos não incluindo necessariamente, o meio familiar. Na verdade, compreende-se que assim seja uma vez que as migrações das famílias e o afrouxamento dos laços familiares que as condições da vida moderna provocam, poderão tornar muito aleatório, ou até inexistente, o reconhecimento pela família, elemento tradicional da fama.” [PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 164.]

¹⁴⁵ FONSECA, Arnaldo de Medeiros. *Investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, pp. 306-307.

competir a situação jurídica, em que se apresenta, aquele que é aceito pela sociedade nessa posição, e nela desenvolve a sua atividade jurídica. Aliás, a posse de estado não se aplica senão às relações de família. O estado político e o físico escapam a essa possibilidade. A prova de estado resulta de um conjunto de fatos que estabelecem a crença geral de que o indivíduo é realmente o que diz ser. *Nomen, fama, tractatus* são os fatos que devem ser provados, isto é, deve a pessoa ter o nome que designa o estado, ser geralmente conhecida como tal, e receber o tratamento correspondente.¹⁴⁶

Certo é que, *in casu*, e no contexto em que a norma foi concebida, a finalidade da mesma era proteger a *família legítima* através da *filiação legítima*, mesmo arriscando-se a declarar legítimo quem não era de sangue descendente do casal, e ainda mais nascido dentro das estreitas barreiras das justas núpcias.

O sentido é patente. Na falta de certeza quanto à verdade biológico-nupcial (sempre se levando em consideração a submissão do primeiro ao segundo, conforme já exposto alhures), e isto sob a égide do Código de 1916, o legislador autorizava o Magistrado a reconhecer a filiação, captando a relação a partir de sinais exteriores de um tratamento entre pai e filho diante da sociedade¹⁴⁷.

Em outras palavras, de filiação sócio-afetiva, como hoje entendido, aqui não se cogitava¹⁴⁸.

Logo, desse contexto não se pode, por óbvio, inferir que o legislador de formação oitocentista tinha em mente *o primado* do sócio-afetividade sobre a verdade biológica, sob pena de se estar forçando demais o argumento¹⁴⁹. O ambiente ideológico, como já dito, é o da família legítima como única família reconhecida pelo direito, como se verifica na insistência

¹⁴⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, 2. ed. Ver. E atual por Prof. Caio Mario da Silva Pereira, p. 82.

¹⁴⁷ Para uma referência da posse de estado de filho no direito italiano, cf. CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 202.

¹⁴⁸ E em alguns sistema sequer ainda se cogita: “A posse de estado é, digamos, o elemento sociológico da filiação, o qual, desde que provado, torna altamente verosímil a existência de outro elemento da filiação: o biológico.” [PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 161.]

¹⁴⁹ O respeito ao sentido do vocábulo família é necessário à razoável interpretação da literatura de época. Veja-se, por exemplo, a direção para onde aponta o vetor do reconhecimento da relação, sobrelevando a hierarquia de valores vigente: “A posse de estado resulta, portanto, de uma série de factos que por sua significação e mutua concordância importam o reconhecimento do filho pela família, a que se diz pertencer.” [PONTES DE MIRANDA. *Direito de Família. Exposição Technica e Systematica do Codico Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 71.]

de Washington de Barros Monteiro em associar esta janela normativa aos estritos termos da filiação legítima:

Os pais são casados, sabendo-se que eles realmente tiveram um filho. Ora, em sua companhia, há muito, vive pessoa tida como filho. Baseada naqueles dois fatos (o casamento dos pais e o nascimento de um filho), estribada ainda na posse do estado, pode referida pessoa vindicar em juízo o reconhecimento da legitimidade da filiação, se não se fez na ocasião oportuna, no termo de nascimento, menção de tal circunstância.¹⁵⁰

Desta forma, é necessário chamar atenção para o aplicador do direito quanto à cautela no uso do vetusto instituto sob novas circunstâncias e finalidades, posto que nem sempre identidade de instrumentos com fundamentações diversas parece autorizar o transplante integral do mesmo de um contexto para o outro. Inegável, porém, a utilidade do antigo método para a nova finalidade, respeitada esta peculiaridade.

4.2 – A DIFÍCIL DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA POSSE DE ESTADO DE FILHO

Mas em que afinal consiste esta posse de estado? Ao se conceder ao magistrado um suporte fático capaz de constituir ou desconstituir relações jurídicas que vão tão ao âmago da vida privada das pessoas, como são as relações familiares, há de se ter em ponderação, por mais lateral que seja, a relevância da segurança jurídica na estabilidade do estado das pessoas. A posse de estado trata, não de uma realidade diretamente mensurável, mas de uma realidade cognoscível tão-somente por indícios, indiretamente. A posse de estado traduz-se numa clara aplicação da teoria da aparência, tão familiar à doutrina civilística:

A aparência viceja no Direito com foros de verdade decisiva - embora ainda se ressinta da falta de uma teoria unitária - tal é sua importância para a certeza e eficácia do sistema jurídico moderno. Não podendo recompor as "coisas em si" (como ocorre no plano do real absoluto), dada a incapacidade humana para tanto, recorre-se à realidade meramente apurada (possível). Nem mesmo a norma jurídica é apropriada e aplicada em sua essência. O que se aplica como norma jurídica, não é mais que sua interpretação, o entendimento doutrinário ou mesmo do próprio julgador. Mesmo que clara, a norma é sempre interpretada, aliás, é desse mister que aflora a clareza, assim é sempre a aparência da norma (mais ou menos aprofundada

¹⁵⁰ BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 243.

pelo mergulho interpretativo) que é aplicada. Daí a variedade de entendimento acerca da mesma norma (às vezes dita clara) e ainda a necessária uniformização de julgados, pela via recursal (inclusive extraordinária). Andou bem, por isso, o realismo norte-americano, que enxergou cedo a impossibilidade da verdade absoluta e consagrou dos fatos, apenas a versão apurada. Para usar da lição de Tobias Barreto, ficou-se apenas no reino das possibilidades.¹⁵¹

A fluidez do suporte fático já, *ab initio*, pesa negativamente em relação à delimitação objetiva de um conceito de posse de estado: “A posse de estado resulta da convergência dos elementos apontados, um feixe de indícios. Não era possível nem desejável apertar com mais precisão este conceito sem cair numa inaceitável casuística.”¹⁵²

Tratando-se de uma questão de fato, à qual o direito lança mão como suporte de incidência para constituir relação jurídica, não poderia ser mais paradigmática a circunstância de sua difícil delimitação conceitual:

Não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante de fatos e circunstâncias que a cercam. Ademais, a tradicional trilogia que a constitui (*nomem, tractatus, fama*), se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríptico elenco há o mérito de indicar os elementos normais que de modo corrente sugerem a presença da posse de estado. Por outro lado, é também correta a observação de que a continuidade da posse de estado, posta como uma de suas características, vem dotada de certa ambigüidade.¹⁵³

Essa ambigüidade, como se verá, não parece ser um problema para a doutrina e jurisprudência, satisfeitas com o peso da responsabilidade de construir vínculos paterno-filiais sem norma específica.

E de certa forma, a solução para os problemas aqui propostos não se dará por uma delimitação conceitual precisa, uma “moldura conceitual” de posse de estado de filho, mas por um contingenciamento tópico externo de alguns de seus efeitos indesejáveis, como se verá

¹⁵¹ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. Teoria Geral do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 2. ed., p. 135.

¹⁵² PIMENTA, José da Costa. Filiação. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 167.

¹⁵³ FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento de filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 161.

ao final, evitando-se assim mergulhar num problema que abalizadas opiniões já assentaram como infrutífero ou insolúvel, típico das figuras jurídicas lastreadas na teoria da aparência¹⁵⁴.

Nem por isto deve-se esquecer a preocupação com a instabilidade no estado das pessoas oriundo da falta de clareza conceitual na posse de estado de filho. Tal fato já chamou a atenção, ainda no contexto da posse de estado como instrumento comprobatório do elemento biológico da paternidade, como acentua Costa Pimenta:

O estabelecimento da filiação depende da apreciação concreta da filiação de facto, que tem a ver com a posse de estado, o que deixa, apesar da definição legal, uma grande liberdade de interpretação. O desfecho da acção pode depender do uso que se faça dessa liberdade. Por isso, também o risco de arbítrio não pode ser totalmente excluído, e, realmente, considerações de pura oportunidade quanto à ligação jurídica da criança poderão infiltrar-se através da apreciação dos elementos da existência da posse de estado. O risco de fraude também não está excluído.¹⁵⁵

Pode-se até sentir um desejo no ar pela adoção de uma cláusula geral de paternidade sócio-afetiva¹⁵⁶, que oficialize essa liberdade geral de apreciação do caso concreto pelo magistrado:

Na procura de novos parâmetros, recolhe o Direito de Família a valiosa contribuição da jurisprudência brasileira. O julgador passa a ocupar papel ativo, criador e construtivo. A crítica de Wolkmer se volta contra a aplicação do Código Civil e do Código de Processo Civil, moldados na racionalidade liberal-burguesa, para atender direitos individuais absolutos, mostrando os limites e a pouca eficácia do sistema normativo vigente. É possível defender a presença de fontes informais da ordem jurídica, produção legal gerada no seio da própria sociedade, por ela e para ela orientadas. Neste sentido, há diversos eventos, no Direito de Família, a

¹⁵⁴ Assim, “O culto da aparência no Direito ergue-se como fundamento para diversos institutos e teorias: a posse (aparência de direito de propriedade), a coisa julgada (aparência da verdade), a sociedade em conta de participação (aparência de real sociedade), a pessoa jurídica (aparência de pessoa real), o casamento putativo (aparência de ser o que realmente não é), o concubinato more uxore (aparência de casamento). As ficções e as presunções jurídicas, da mesma maneira, dimanam de artifícios aparenticiais. A aparência, destarte, é elevada à realidade por obra exclusiva da lei. É uma verdade legal (formal) que ostenta uma situação objetiva. Por exemplo, nos títulos de créditos a aparência é tudo. Neles a obrigação do devedor pode até mesmo inexistir no plano da absoluta verdade, mas em atenção ao princípio da legítima aparência do título, vale para o terceiro de boa-fé (que tem na forma do documento a única instância de confiabilidade) como realidade. Há tantas outras aplicações jurídicas da aparência que não caberiam nesta obra, que é de natureza geral. É, pois, a justiça concreta do possível, segundo a razoabilidade social que circunda certos temas jurídico-sociais.” [AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. Teoria Geral do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 2. ed., p. 135.]

¹⁵⁵ PIMENTA, José da Costa. Filiação. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 162.

¹⁵⁶ Todo poder ao magistrado: “O filho é mais que um descendente genético, e se revela numa relação construída no afeto cotidiano. Em determinados casos, a verdade biológica cede espaço à ‘verdade do coração’. Na construção da nova família deve se procurar equilibrar essas duas vertentes, a relação biológica e a relação sócio-afetiva. Em matéria de família, o julgador tem papel de relevo indiscutível. Por ações ou omissões, os pronunciamentos do Judiciário acabam edificando, a seu modo, um conceito de família” [FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 130.]

começar na convivência não matrimonializada, na guarda de fato, como em tantos outros aspectos.¹⁵⁷

Que é, portanto, para a doutrina, a posse de estado de filho? Na falta de qualquer outro parâmetro de delimitação, e tendo a busca da filiação legítima caducado a longo tempo, a moderna dogmática satisfaz-se com nada mais do que a aparência externa de afetividade paterno (ou materno) filial, suporte fático necessário e suficiente para, como se verá a seguir, constituir (e desconstituir, se for o caso), o vínculo jurídico correspondente¹⁵⁸.

4.3 - EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO – FRANÇA E PORTUGAL

A técnica da posse de estado tem merecido significativo ressurgimento nas legislações francesa, do que nos dão conta as alterações legislativas em matéria de filiação de 1972, 1982 e 2005, e portuguesa, em 1977.

Como sistemas aparentados ao brasileiro, faz-se mister uma detida vista nas opções vigentes nestes dois países e a forma como o instrumento em tela foi adotado, o que permite, a uma, um paradigma de análise da (as) sistemática adotada no Brasil quanto a posse de estado e as alternativas já experimentadas.

Anuncia-nos Julie Delinski que a Reforma Francesa no Direito de Filiação de 1972, entre outras inovações, adotou um “posicionamento ímpar no conflito entre a paternidade legítima (decorrente do *favor legitimitatis*), já estabelecida e a filiação natural, determinando a

¹⁵⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 89-90.

¹⁵⁸ “O afeto torna-se, então, elemento componente do suporte fático da filiação sócioafetiva. Isto significa dizer que temos filiação sócioafetiva quando o estado fático trazido à apreciação conjuga afeto, convivência, tratamento recíproco paterno-filial e razoável duração. Esta relação de fato passa a ser reconhecida juridicamente, gestando um vínculo que produz todos os efeitos de qualquer outro vínculo de filiação, tendo em conta a previsão do art. 227, § 6º, da Constituição Federal.” [ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação sócioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 8. n. 39. Dez./Jan. Porto Alegre: Síntese, 2007, pp. 52-78.]

paternidade em favor da verdade biológico-afetiva, com a utilização do conceito de ‘posse de estado de filho’”¹⁵⁹.

Adiante, segundo a mesma autora, a reforma francesa restabeleceu o vetusto instituto, dotando-o de força criadora, transitando da utilização como prova da filiação para instrumento útil para dirimir a controvérsia da filiação. Em mais de uma oportunidade a autora reforça a tese de que a reforma francesa em tela dotou a posse de estado de caráter criador, no momento em que torna inatacável a filiação documentalmente estabelecida que estiver reforçada pela posse de estado¹⁶⁰.

Ainda segundo Delinski, a interpretação que os tribunais franceses deram ao mencionado dispositivo foi no sentido de que, *pari passu* à inatacabilidade à paternidade estabelecida documentalmente e consolidada pela posse de estado, quando houvesse dissenso entre estes elementos, “admite-se a possibilidade de estabelecer filiação natural de uma criança cuja filiação legítima esteja somente fulcrada em um título.”

Com esta análise e perspectiva da reforma francesa de 1972 concorda Luiz Edson Fachin, ao pontificar a busca de um balanço entre os critérios biológico e sócio-afetivo da paternidade, mediado pela noção de posse de estado¹⁶¹.

Não nos parece exato que a reforma de 1972 no direito francês de filiação tenha pura e simplesmente outorgado poder criador à posse de estado.

¹⁵⁹ DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 72.

¹⁶⁰ DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 75.

¹⁶¹ Falando especificamente da reforma francesa de 1972, assevera o autor que, “como que balanceando a busca da base biológica da filiação com o sentido sócio-afetivo da paternidade, o legislador valeu-se da conhecida noção de posse de estado.” [FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento de filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 151.]

A verdade da filiação, no direito francês, foi e ainda é a verdade biológica¹⁶². Parece que o legislador francês, a teor do que demonstra Fulchiron, apenas ressuscitou a posse de estado para não ter que se emaranhar no difícil exame da paternidade biológica que, à época, ainda pesava sobre complexas e falhas presunções. Bastava para o legislador ver a “aparência” de paternidade biológica (que aliás, segundo a missivista, continuava o centro ou referência do sistema de filiação francês, após a superação do nupcialismo, radicada na referida reforma de 1972), para presumir a paternidade legal.

Não se pode, portanto, presumir que o legislador, no contexto de um sobrelevo da ainda relevante valorização do critério biologista, estivesse a abraçar a moderna aplicação da posse de estado de filho como efetiva criadora de vínculo paterno ou materno-filial dissociada da origem biológica¹⁶³, mas apenas protegendo, por meio de aparências, esta mesma origem¹⁶⁴.

¹⁶² Situação que, aliás, recrudescu com a recente reforma do direito francês (2005) sobre a mesma matéria: “The principle of the truth of filiation is not written into the Civil Code, but it has, since 1972, formed one of its ‘principal directives’. For a long time, French doctrine contrasted two aspects of the truth of filiation – biological and the so-called ‘sociological’ truth, that of *possession d’etat*, experienced as against genetic filiation. Biological progress, that now makes it possible to be certain who is or is not the father or mother of a child, has ended a rather artificial debate. The truth of filiation is, in current French thinking, biological truth. And yet other realities, personal and familial, as well as individual and social needs, complement, moderate and sometimes run counter to the search for biological truth.” [FULCHIRON, Hugues. *Egalité, vérité, stabilité: the new French filiation law after the ordonnance of 4 July 2005* In: The International Survey of Family Law – 2006 Edition. Bristol: Jordan Publishing, 2006, p. 211.]

¹⁶³ Em França, a posse de estado tem sido objeto de larga discussão da dogmática jurídica de longa data, sendo tais reformas claro fruto de tais debates: “Aliás, na França, mesmo antes da lei de 1912, já na doutrina se debatia sobre a possibilidade de ser a posse de estado admitida como prova da filiação natural, tendo aparecido três sistemas. Pelo primeiro, defendido por Proudhon, Zachariae e Duranton, a posse de estado bastava para provar a maternidade natural, mas não podia servir para estabelecer a filiação paterna, sendo, entretanto, essa doutrina considerada por outros autores inteiramente arbitrária. Pelo segundo, apoiado por Demolombe, o conjunto de fatos que a caracterizavam constituía um verdadeiro reconhecimento, embora a jurisprudência não houvesse acolhido essa orientação. Finalmente, o terceiro sistema negava que pudesse a prova da filiação natural fazer-se pela posse de estado, em face do direito então vigente, embora a maioria reconhecesse que, a lege ferenda, este não fosse o caminho preferível.” [FONSECA, Arnaldo de Medeiros. *Investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, pp. 308-309.]

¹⁶⁴ Assim, “The law of 1972 established the principle of the truth of filiation: biological truth, qualified by respect for legitimate filiation and above all by the place accorded to *possession d’etat*, ie to filiation as it is personally and socially experienced (now referred to – not without ambiguity – as social reality).” [FULCHIRON, Hugues. *Egalité, vérité, stabilité: the new French filiation law after the ordonnance of 4 July 2005* In: The International Survey of Family Law – 2006 Edition. Bristol: Jordan Publishing, 2006, p. 203.]

Noutro contexto, a reforma francesa de 1982 alarga o campo de ação da *possession d'etat*, ao colocá-la ao lado do reconhecimento voluntário de paternidade e da decisão judicial como iguais modos de estabelecimento da filiação¹⁶⁵.

A partir de 1982, noticia-nos novamente Delinski, no direito francês, a posse de estado “foi considerada como um reconhecimento, tacitamente fundado, da confissão de paternidade ou maternidade, revelada pelo comportamento do pretenso pai (ou mãe) da criança e de seus familiares. O que permite pensar que a ‘posse de estado’ confere a uma criança um estado idêntico ao de reconhecimento voluntário ou judicial.”¹⁶⁶

Esta segunda alteração no papel da posse de estado, no direito francês, deixou então explícito e claro o poder constitutivo da relação fática, transformando a posse de estado em fato jurídico constitutivo da relação jurídica¹⁶⁶, independente de qualquer fato registral pretérito, embora, numa interpretação sistemática com o outro dispositivo, não à revelia deste.

Mas ainda assim, a posse de estado aqui resiste a tomar papel criador de paternidade sociológica pura e simples. Há de se entender novamente o contexto. Se, como assevera a missivista, a posse de estado é reputada como autêntico reconhecimento de paternidade (e não fato constituinte), trata-se, portanto de uma ficção ainda da busca do biológico, comprovada (e não nascida) da relação de convivência duradoura e manifesta de forma paterno-filial.

Tal assertiva tem por reforço a linha adotada pelo legislador francês na reforma do direito de filiação de 2005. Já se falou que, em França, os tribunais andam em zigue-zague. A reforma no direito de família de 2005 parece ter estendido o dito à legislação, muito claramente reforçando o paradigma biologista, como sinteticamente se verá a seguir.

¹⁶⁵ DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 76.

¹⁶⁶ Logo, “In French law, *possession d'etat* produces a number of effects, positive and negative. Since 1982, it has been an independent way to stablish extramarital filiation. The fact of its existence establishes the bond.” [FULCHIRON, Hugues. *Egalité, vérité, stabilité: the new French filiation law after the ordonnance of 4 july 2005* In: *International Survey of Family Law*. Bristol: Jordan Publishing, 2006, pp. 203-216.]

Pelo sistema de 1972, enquanto que a filiação registral não poderia ser atacada se confirmada pela posse de estado, podendo ser anulada caso houvesse divergência entre essas duas realidades, após a reforma de 2005, estabeleceu-se um prazo para a *inatacabilidade* desta paternidade registral, que é de 5 anos após o nascimento do filho em gozo ininterrupto da posse de estado no período.

Antes deste período consumativo, o pleito é acessível à criança, aos pais e ao que se apresentar como suposto genitor. Tudo isso em proteção da identidade entre a paternidade biológica e a jurídico-registral.

E ainda mais: durante os primeiros 5 anos após a cessação da posse de estado, ficam os interessados impedidos de apresentar o pleito. Isso é o mesmo que dizer: mesmo que a criança tenha uma posse de estado embrionária, a filiação ao marido pode ser anulada.

E por fim, caso o registro não seja consistente com a posse de estado, o prazo para a ação é de 10 anos após o nascimento da criança, prazo este que não corre durante a menoridade do infante. Há aí uma tentativa de equilíbrio entre estabelecimento da verdade e estabilidade da relação¹⁶⁷.

A experiência portuguesa é menos ambiciosa. A reforma de 1977, noticiando-nos ainda Delinski que ela apenas tem força de criar, de estabelecer uma paternidade presumidamente biológica¹⁶⁸. Não há aqui, aparentemente, nenhuma mudança qualitativa na utilização da posse de estado, apenas uma reutilização da figura jurídica nos mesmos moldes dentro dos quais foram criadas.

¹⁶⁷ Sinteticamente, “The new system of actions to challenge filiation, provided of in arts 333 and 334 take account of three situations. If the registration and *possession d’etat* are consistent, filiation can still be challenged. Biological truth triumph over *possession d’etat*. However, nobody except the child, the father, the mother or the person claiming to be the true parent can act. In addition, the action is barred by the passing of 5 years from the cessation of *possession d’etat*. Thus the situation is quickly stabilised. Above all, if *possession d’etat* has lasted more than 5 years from the child’s birth or recognition, nobody can challenge a filiation based on registration consistent with *possession d’etat*. Here again, the situation is quickly stabilised in favour of the filiation experienced by the parties. Where registration and *possession d’etat* are not mutually consistent, any interested party can bring an action to challenge filiation but only within the 10-year time limit.” [FULCHIRON, Hugues. *Egalité, vérité, stabilité: the new French filiation law after the ordonnance of 4 July 2005* In: *International Survey of Family Law*. Bristol: Jordan Publishing, 2006, pp. 203-216.]

¹⁶⁸ DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 78.

Mas a doutrina insiste em enxergar nestas experiências estrangeiras uma nova era no uso do referido instrumental, especificamente na direção de dotá-lo de força constitutiva de paternidade jurídica. Maria Cristina de Almeida, por exemplo, noticia-nos que:

É o incremento da filiação sócioafetiva, sob a noção da posse de estado de filho, que ganha abrigo nas reformas do direito comparado, a qual não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.¹⁶⁹

José Bernardo Ramos Boeira também alude a uma “função constitutiva exercida por esse instituto”¹⁷⁰, ao referir-se à reforma francesa da filiação e ao papel que passou a exercer a posse de estado no direito francês doravante.

A admissão de tais e outras assertivas análogas como verdadeiras, depende antes de se superar o problema do claro reforço biologista para o qual o instrumento foi utilizado, servindo a posse de estado, subsidiariamente, apenas para dar uma cômoda visibilidade à “verdade biológica” (tais alterações legislativas aconteceram no auge do momento biologista da paternidade nesses países).

Com base na constatação do contexto estritamente biologista destas reformas, fica logicamente desautorizado o raciocínio indutivo no sentido da admissão de um poder constitutivo autônomo à posse de estado inerente à relação paterno ou materno-filial e independente do pressuposto biológico (real ou pressuposto). Em face disto é que não se pode acompanhar a leitura apressada que vários autores, alguns dos quais já citados, tem feito das reformas francesa e portuguesa em tela.

Não se pode negar, porém, que, fazendo-se cega à constituição jurídica da paternidade por vínculos afetivos, nem por isso implicitamente deixou a norma de incorporá-los. Ao levar em consideração, como pressuposto hábil a afastar a pretensão de impugnação da paternidade

¹⁶⁹ ALMEIDA, Maria Cristina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2003, p. 183.

¹⁷⁰ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho – paternidade sócioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 96.

juridicamente constituída o decurso do tempo de posse de estado, claramente está, como já referido alhures, o legislador a privilegiar a estabilidade das relações. Explico.

No caso francês, o sistema jurídico, após determinado tempo, prefere “não ver mais” a realidade biológica, tornando carecedor de ação o suposto interessado, mesmo que arrimado no pressuposto da origem genética. Não desafia (pelo menos formalmente) o sistema biologista, mas torna absoluta a presunção (a se raciocinar dentro do momento biologista da paternidade) que o titular daquela posse de estado, no papel paterno, é de fato genitor biológico.

Caso o momento jurídico da paternidade ali vigente fosse o sociológico, com a franca admissão da força constitutiva da paternidade pela posse de estado, nenhuma dificuldade haveria por parte do intérprete da lei em entender de modo diferente a mesma regra: o decurso do tempo ali estaria, não a consolidar uma presunção *jure et de jure*, mas a constituir uma nova relação jurídica, desconstituindo a anterior.

Como a experiência jurídica tem demonstrado à profusão, em contextos ideológicos diferentes, a mesma regra pode tomar conotações completamente distintas e até mesmo contraditórias, dada a natureza retórica do direito, que lhe dota de inimaginável flexibilidade.

4.4 – FUNÇÕES PROBATÓRIA E CONSTITUTIVA DA POSSE DE ESTADO

Duas funções têm sido atribuídas à posse de estado: probatória e constitutiva.

4.4.1 – Função probatória

A primeira função aludida à posse de estado é comprobatória da origem nas justas núpcias. Esta a utilidade clássica do instituto.

Num contexto em que a paternidade biológica estava encerrada a sete chaves no contexto das justas núpcias, a ausência ou deficiência de registro de nascimento de uma pessoa poderia ser suprida, com certo grau de segurança, através de informações públicas a respeito da reputação do indivíduo e de sua família no contexto social em que vivia.

A figura da posse de estado não foi certamente criada num contexto urbano pós-moderno, em que a maioria das pessoas sequer conhece o seu vizinho, cuja mobilidade geográfica das famílias diminui a possibilidade de uma convivência comunitária sólida e prolongada.

Para que elementos como o *tractatus* e a *fama* façam sólido sentido, o julgador há de subsumir-se ao papel de um investigador, um detetive a averiguar indícios de que ali vive ou viveu uma família legítima, convalidada pelas justas núpcias e causa da geração do titular da alegação da posse de estado.

Como visto supra, é nesse contexto que o legislador francês e português visualizam a posse de estado. O primeiro inclusive após a reforma de 1982. Convém lembrar o pressuposto básico da filiação no direito francês, o de que a verdade sobre a filiação ainda é a verdade biológica¹⁷¹.

Portanto a posse de estado, neste contexto, tem papel coadjuvante de dar uma aparência da existência do liame biológico, o que satisfaz ao legislador e, de reboque, ao julgador, criando uma verdadeira presunção. Não passou em branco a sua fragilidade intrínseca, que já se visualizava¹⁷².

¹⁷¹ Com a reforma de 2005, a filiação estabelecida pela posse de estado, a partir da reforma francesa da 1982 pode ser atacada pelos pais biológicos: “Can the filiation be challenged on the ground that the man or woman who has given the child *possession d’etat*, recorded in a declaration of notoriety, is not the father or mother of the child? It is not a matter of disputing the existence of the possession d’etat, but of denying the truth of the filiation. Even if the texts are ambiguous, such an action seems to be possible within the time-limited art 333. [FULCHIRON, Hugues. *Egalité, vérité, stabilité: the new French filiation law after the ordonnance of 4 July 2005* In: *International Survey of Family Law*. Bristol: Jordan Publishing, 2006, pp. 203-216.]

¹⁷² “A posse de estado estabelece uma presunção de filiação, mas tal presunção é induzida de factos que é preciso provar. É certo que a prova desses factos pode ser feita por todos os meios, mas os testemunhos da família e do meio social desempenham um papel predominantemente. É claro que a prova por todos os meios não é necessariamente uma prova facilmente praticável, numa sociedade burocrática, como a nossa; bem pelo

Convém visualizar claramente esta função probatória (a presunção, enceta a processualística, também é um meio de prova), porque, para efeito do nosso estudo, tal aplicação ou função da posse de estado terá papel completamente diverso do propugnado pela moderna dogmática, em face da qual o presente trabalho aponta seus limites.

4.4.2 - Função constitutiva

Neste segundo caso, como sabido, crescente na doutrina e jurisprudência¹⁷³, trata-se de partir da relação fática e dela tirar, não a presunção de uma realidade de filiação legítima ou mesmo biológica, num faz-de-conta paterno-filial justificado pelo respeito à sistemática valorativa do direito civil clássico, mas uma autêntica função constitutiva, à qual o provimento jurisdicional terá mero papel declaratório.

Trata-se de outorgar, por força de uma particular interpretação extraída do sistema jurídico¹⁷⁴, força constitutiva de vínculo paterno-filial entre os partícipes da posse de estado, com os conseqüentes efeitos esperados na constelação familiar de ambas as partes, algumas das quais ainda estão por se construir:

Uma das mais relevantes conseqüências do Princípio da Afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação. Isso porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos. (...) A paternidade sócio-afetiva está alicerçada na posse de estado de filho. (...) Não é mais possível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento expresso, não obstante a incidência do art. 1.593 CCB/02. Daí a importância e suma relevância da interpretação através

contrário, o declínio do papel da posse de estado, sublinhado pela doutrina, está directamente ligado à dificuldade material de fazer a sua prova.” [PIMENTA, José da Costa. Filiação. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 167.]

¹⁷³ Assim estatui o enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e aprovado em 05/01/2003: “256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.” [http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf. Acesso em 21/04/2007.]

¹⁷⁴ E enfatize-se, do sistema, e não da lei, *stricto sensu*: “Desse modo, a legislação não considera o laço afetivo constituinte de parentesco, salvo por adoção (...)” [VENCELAU, Rose Melo. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 387.]

dos princípios, mormente o princípio da afetividade, que é o veículo propulsor do reconhecimento jurídico de tal instituto.¹⁷⁵

Maria Berenice Dias, ao mesmo tempo escritora em direito de família e ela própria aplicadora do direito do Tribunal de Justiça no Rio Grande do Sul, também ratifica a necessidade do reconhecimento da função constitutiva à posse de estado de filho, acrescentando ainda um fundamento aparentemente inovador e pouco comentado, a estabilidade social:

A filiação sócioafetiva corresponde à realidade que existe, e juridicizar a verdade aparente garante a estabilidade social. A posse do estado de filho revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva.¹⁷⁶

A posse de estado em novo papel vem carregada de novos elementos de natureza meta-jurídica, sofrendo clara contribuição do avanço das ciências da alma humana, demandando, por parte da doutrina, interdisciplinaridade, e do aplicador do direito, humildade¹⁷⁷.

Infelizmente, já se vê um tom escatológico e avesso ao espírito científico na literatura especializada¹⁷⁸, notadamente no uso da lamentável expressão ‘verdadeira filiação’, como se a experiência de um conceito jurídico mutável ao longo dos séculos não tivesse o poder de ensinar ao jurista a natureza dinâmica do próprio fenômeno:

¹⁷⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 184-185.

¹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. Investigando a parentalidade. In: Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. N. 27. out./dez. Brasília: CEJ, 2004, pp. 64-68.

¹⁷⁷ “A enormidade da tarefa judicante, em tais circunstâncias, leva o magistrado a buscar apoio em outras áreas do conhecimento. Ordenamento jurídico mesclado à ciência da alma humana e dos efeitos no núcleo social é o que se propõe. Psicologia e sociologia, informando a aplicação do direito, com tratamento multidisciplinar abrangendo, no aparelho judiciário, os laudos técnicos de psicólogo e de assistente social.” [OLIVEIRA, Euclides de. Os operadores do direito frente às questões da parentalidade. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 5. n. 20. Out./Nov. Porto Alegre: Síntese, 2003, pp. 150-161.]

¹⁷⁸ É grande a tentação por um critério unívoco e definitivo de paternidade, tentação esta que se reflete na linguagem com que a literatura especializada se expressa ao tratar da sócio-afetividade: “A par da presunção originada do casamento (*pater ist est*) e também da chamada “verdade biológica”, proveniente do resultado do exame pericial de DNA, a paternidade só pode ser vista como uma relação psicoafetiva existente e resultante de uma convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas, sobretudo, afeto, amor, dedicação, e abrigo assistencial, que são reveladores de uma convivência paterno-filial. Essa convivência por si só é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade e é a única relação capaz de garantir a estabilidade emocional, pois um filho, reconhecido como tal, no relacionamento diário e afetivo, certamente formará uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano.” [NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Paternidade e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2006, p. 206.]

Com a evolução da sociedade e da família, modificou-se o conceito de filiação, que atualmente se estabelece independentemente da origem genética dos filhos, mas a partir da relação de afetividade e querer externado (posse de estado de filho) entre pais e filhos de qualquer origem. A verdadeira filiação depende tão-somente da construção dos vínculos entre os pais e filho desejado.¹⁷⁹

Note-se que, por fundamento, como se verá mais adiante, parte-se do pressuposto da família eudemonista, cópula necessária do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, para desembocar no laço afetivo e fazer depender o vínculo jurídico tão-somente desse pressuposto fático. Lido desta forma, a posse de estado ressuscitada aparentemente tem por finalidade apenas e tão somente a busca de indícios de afetividade paterno-filial¹⁸⁰.

Mas não é apenas na seara do direito civil que a posse de estado já foi abraçada como meio constitutivo de relação paterno-filial. A doutrina processualística, inclusive, já instrumentalizou o reconhecimento de paternidade tendo como base a posse de estado:

Em contrapartida, tratando-se de filiação sócioafetiva, a causa de pedir desta ação de investigação de paternidade recai apenas sobre o estado de filho afetivo (que, no Código Civil de 1916, recebia o nome de posse de estado de filho e era admitida, tão-somente, para fins de prova e suprimento do registro civil, se os pais convivessem em família constituída pelo casamento, para a filiação considerada legítima; art. 349).¹⁸¹

Poder-se-ia, num exercício indutivo, inferir da assertiva acima, bem como de larga opinião doutrinária que o acompanha (aqui apenas sucintamente exemplificada), uma regra implícita que de modo bem preciso claramente expressaria o sentimento e a visão que o papel constitutivo da posse de estado alcançou na doutrina e jurisprudência nacionais: “*a filiação se constitui pela posse de estado de filho, sendo, na sua ausência, determinada pelo vínculo biológico ou registral*”.

¹⁷⁹ ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito de família no contexto das organizações sócioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 7. n. 34. Fev/Mar. Porto Alegre: Síntese, 2006, pp. 5-30.

¹⁸⁰ A doutrina chega a ser repetitiva no argumento em prol do valor da afetividade na constituição da paternidade sócio-afetiva: “O critério afetivo, portanto, adquire relevância para a identificação da filiação, uma vez que a paternidade biológica não consegue substituir a convivência necessária para a construção permanente dos laços afetivos. A filiação, vista nesse enfoque, passa a assumir nova feição diferenciada daquela oriunda do critério jurídico e/ou biológico. A filiação chamada sociológica, que responde pelo critério afetivo, é marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade que demonstram claramente a existência de um vínculo de filiação entre filho-pai-mãe.” [DONIZETI, Leila. Filiação sócioafetiva e direito à identidade genética. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 38.]

¹⁸¹ CAMBI, Eduardo. Prova e coisa julgada na ação de investigação de paternidade: apontamentos críticos. In: Revista de Processo. Ano 30. n. 122. Abr. São Paulo: RT, 2005, pp. 63-80.

Aparentemente, e não ignorando o papel que os dados biológico e registral têm de estabelecer a paternidade, a doutrina tem elevado a posse de estado de filho a categoria suprema no estabelecimento jurídico da filiação. Desta forma, se uma norma hipotética fosse escrita para estabelecer a inter-relação entre estes três elementos formadores da relação paterno-filial, possivelmente esta regra teria uma conformação igual ou semelhante à proposta acima, dada a posição de proeminência que a posse de estado desempenha em relação aos outros dois critérios.

4.5 - FUNDAMENTOS ADOTADOS PARA A ADOÇÃO DA POSSE DE ESTADO – DA DIGNIDADE HUMANA À AFETIVIDADE

Como princípio ordenador do sistema, a dignidade da pessoa humana não poderia deixar de ser o pressuposto valorativo e fundamento constitucional primordial à entidade familiar¹⁸² e, por extensão lógica, à relação paterno-filial. Sendo a posse de estado advogada como instrumento de constituição desta relação, não pode, por conseguinte estar em dissonância com a materialização do referido princípio, sob pena de incidir em inconstitucionalidade material.

Justamente por deferência à dimensão emocional da relação fática paterno-filial que ao instrumento da posse de estado tem se atribuído o condão de realizar, de modo pleno, a finalidade do ordenamento na sobredita relação.

Entretanto, tal realização carece, sob pena de contradizer o próprio sistema e seus valores, e limites que lhe sejam estabelecidos pelo próprio ordenamento. A dedução pura e simples da afetividade como sub-princípio derivado do princípio maior da dignidade da pessoa humana não tem o condão de privar-lhe de um certo grau de limitações, notadamente

¹⁸² “A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família da nossa época.” [LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 6. N. 24. jun./jul. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 155.]

em face de outros sub-princípios e regras que igualmente tiram sua validade e eficácia do eixo ordenador do sistema. As páginas seguintes dedicam-se a demonstrar tal antinomia e a propor caminhos de superação.

4.6 - LIMITES DE APLICAÇÃO DA POSSE DE ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL

Há uma tendência na doutrina, aliás, de fácil demonstração, em abraçar a posse de estado de filho como a solução final para determinação a paternidade. O tom escatológico repete o mesmo fascínio do advento dos exames de DNA, outrora já criticado por vários autores, revelando o esquecimento de duas características intrínsecas ao direito e irremediavelmente intrincadas: seu incessante movimento na busca de soluções de conflitos e as aporias oriundas destas mesmas soluções.

É possível apôr ressalvas ao modo como a posse de estado de filho ressurgiu na prática jurídica nacional. Ressalvas como a burla às limitações relacionadas à adoção entre parentes próximos, fato este que não tem, *de per se*, o condão de impedir a constituição de uma relação fática de posse de estado de filho, bem como a implicação da desconstituição parental pela posse de estado no dever alimentar entre então parentes. A estes dois problemas, que serão minudentemente explicados adiante, denominaremos de limites estático e dinâmico da função constitutiva da posse de estado de filho, respectivamente.

Mas vejamos de que modo o argumento da posse de estado de filho é apresentado em uma dimensão mais larga e as razões pelas quais essas aporias são praticamente ausentes das discussões acadêmicas em torno do tema:

O argumento se repete indefinidamente nos livros e artigos da doutrina nacional (enquanto em Portugal se discute a paternidade sociológica, a expressão “sócio-afetividade”

parece ser uma criação brasileira). Tem sempre uma estrutura análoga e modo dedutivo de demonstrar seu argumento. Parte sempre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Deste, salta-se quase que imediatamente para a proteção dos interesses subjetivos (no mais estrito sentido do termo), e de pronto copula-se à conclusão de que, se é bom para os desejos e a satisfação dos envolvidos, realiza o princípio, e qualquer contrariedade é, *ipso facto*, inconstitucional.

Salta-se, a nosso ver um pouco apressadamente, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana para o corolário de que este está a se realizar na práxis da afetividade nas relações familiares, como se esta conclusão fosse auto-evidente:

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do art. 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.¹⁸³

Assim, arremedos de pontes entre o princípio vetor do ordenamento e o micro-princípio de direito familiar vão ficando pelo caminho:

Por isso, o afeto representa importante elemento para a realização da dignidade humana, pois o ser humano necessita dele para estruturar sua vida, sendo primariamente obtido no seio familiar. Por si mesmo, o princípio da dignidade torna evidente também o seu caráter psicológico, especialmente quando observado sob o prisma da interdisciplinaridade, buscando as soluções dos conflitos nas demais ciências, especificamente a psicologia, a sociologia e a filosofia.¹⁸⁴

A abordagem supra, é claro, peca por ser extremamente reducionista. Há uma miríade de versões, mas dentro delas o argumento principal permanece de pé: o princípio freudiano do prazer¹⁸⁵ como mediador único de incidência do princípio jusfundamental em tela em nas relações familiares.

¹⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas x famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional) In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 6. N. 23. Abr/Mai. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2004, pp. 5-21.

¹⁸⁴ ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família In: Revista Jurídica. Ano 53. n. 331. Maio. Porto Alegre: Notadez, 2005, pp. 75-88.

¹⁸⁵ Como se verá adiante: “Entretanto, no campo das relações existenciais, e, sobretudo, das relações existenciais envolvendo menores, expectativa e melhor interesse não raro divergem. Porque o apaixonar-se facilmente é a característica fundamental da infância, não é incomum que uma criança seja fascinada por uma figura a ela nociva, em termos objetivos.” [SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In:

A nós parece improvável que as coisas sejam tão simples assim. Não se está aqui a menosprezar o papel multifacetado e central que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana exerce no quadro do ordenamento jurídico do direito de família. Apenas se está a destacar o mau uso do mesmo como expediente retórico hábil a eclipsar problemas que devem ser igualmente enfrentados. No atual estado do direito civil constitucionalizado, seria francamente inadmissível diminuir o papel do princípio que é mesmo o próprio ordenador do sistema.¹⁸⁶

Uma mais ousada função do afeto vem sendo desenhada na doutrina e jurisprudência brasileiras, a nosso ver ainda sem a devida reflexão das conseqüências para a garantia fundamental de liberdade dos indivíduos de travar (ou não) vínculos afetivos. Trata-se da afetividade como dever jurídico dos pais em relação aos filhos.

Mais uma vez, deduz-se diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana um direito fundamental ao filho de ser amado, copulando-se num dever igualmente fundamental de amar (no sentido estrito¹⁸⁷) que os pais teriam em relação aos filhos, concluindo-se daí que a violação a esse dever justifica a reparação civil por omissão de afeto.

Não é o que postula com freqüência a literatura especializada¹⁸⁸.

MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 437-458.]

¹⁸⁶ Assim, “Uma vez que a dignidade humana é inserida no ordenamento por meio do art. 1º, III, da Constituição, o valor da dignidade da pessoa humana torna-se, explicitamente, um princípio, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico e vinculante, não podendo mais ser considerado apenas um valor cujo caráter seria somente axiológico. Embora os valores emanem a todo momento do ordenamento jurídico, quando um desses valores é juridicizado e transformado em princípio, sua força vinculante é maior e sua carga axiológica passa a ter caráter obrigatório, constitui-se norma, tendo, portanto, caráter deontológico, e, por estar no ordenamento jurídico como princípio fundamental, vincula todas as esferas jurídicas.” [BORGES, Roxana, Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.]

¹⁸⁷ Assim, “Deixar de conviver com o filho, negar o amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho.” [COSTA, Maria Isabel Pereira. Família: do autoritarismo ao afeto: como e a quem indenizar a omissão do afeto? In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 7. n. 32. Out/Nov. Porto Alegre: Síntese, 2005, pp. 20-39.]

¹⁸⁸ Neste exemplo aliás acompanhada de uma clara confusão entre o biológico e o afetivo, na defesa desta discutível tese do dever de indenizar por “abandono afetivo”: “O Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – vale salientar que há inúmeros recursos para se evitar a paternidade – deve encarregar-se de sua função sob a pena de reparar os danos causados ao desenvolvimento de seus filhos.” [CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono

Ora, já se afirmou que, um sistema jurídico que impusesse até sentimentos às pessoas não passaria de um esquema totalitário¹⁸⁹, seja qual fosse o pretexto. Se isso se aplica a opiniões religiosas, ao racismo ou à política (em que pese a discutível constitucionalidade da vedação penal de manifestações de cunho abstrato quanto a postulados racistas), não parece ser minimamente razoável que, tratando-se de um bem tão ou mais ligado à sua íntima condição humana, seja reduzido à categoria de obrigação civil, portanto coativa e independente de sua vontade e liberdade interior.

Parece que alguns civilistas nacionais, que tanto citam o clássico texto do João Baptista Vilella, já se esqueceram de sua límpida advertência, neste mesmo texto, de que ninguém pode ser forçado a ser pai ou mãe¹⁹⁰. O jurista citado como introdutor da noção de paternidade afetiva certamente deixou bem claro, já há quase três décadas, sua posição contrária à “obrigação de amar” e portanto à concomitante “responsabilidade civil por abandono afetivo”.

Aliás, postular o dever jurídico de “amar” é contradizer claramente o pressuposto da paternidade afetiva que se quer arduamente construir nos últimos anos na dogmática civilista nacional.

A não ser que se construa uma categoria de “livre dever”, que é uma contradição de termos, análoga a um *koan* budista, não se pode sustentar por pressuposto da constituição da

paterno filial. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 8. n. 36. Jun/Jul. Porto Alegre: Síntese, 2006, pp. 71-87.]

¹⁸⁹ A redução do afeto a dever jurídico caminha na contramão do desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade, notadamente da tutela da intimidade, que exurgiu justamente como remédio às tendências totalitárias da sociedade de massas, isto é, como “reação ao conformismo nivelador da sociedade, que exige que seus membros se comportem como se fossem membros de uma grande família, com uma só opinião e um único interesse.” [LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 263.]

¹⁹⁰ Nunca é demais repetir: “Assim, a lei e a Justiça desrespeitam gravemente uma criança, quando lhe dão por pai quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição. Um ser com todos os vícios e crimes, mas que aceite verdadeiramente a paternidade, é preferível àquele que a recuse, ornado embora de todos os méritos e virtudes, se se tomar como critério o bem da criança. Imagine-se cada um tendo como pai ou mãe, quem só o é por imposição da força: ninguém experimentará mais viva repulsa, nem mais forte constrangimento. Todo o direito de família tende a se organizar, de resto, sob o princípio basilar da liberdade, tão certo é que as prestações familiares, seja entre cônjuges, seja entre pais e filhos, só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas.” [VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade In: Revista Forense. V. 271. Jul/Set. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 51.]

paternidade afetiva a livre construção da convivência entre duas pessoas e o dever dessas duas pessoas de construírem essa convivência, dada o paradoxo lógico implícito ao postulado.

Hodiernamente, não mais se desconhece como corolário da garantia fundamental da liberdade, a faculdade que as pessoas têm de estabelecer e eventualmente romper ligações afetivas. Por outro lado, tais atos, por terem conseqüências na vida de outras pessoas, sofrem tutela do Estado, dentro dos limites do princípio da não-interferência deste na liberdade dos indivíduos, justificando-lhe a imposição de conseqüências jurídicas patrimoniais e existenciais.

Mas há limitações para essa liberdade, ditados também pela própria natureza das regras estabelecidas para protegê-las. Faz parte da própria afirmação das liberdades suas próprias limitações, argumentação que, sem mais delongas, os filósofos tem desenvolvido e à ética como ciência é imprescindível.

Juridicamente, “não há direito sem dever”, e direitos isoladamente não possuem sentido, senão quando vistos em sua inteireza, isto é, num todo sistemático e dinâmico, não como vetores partindo de pontos cartesianamente fixos no espaço vazio, mas como conteúdos inerentes a determinadas posições que os sujeitos ocupam em determinado tecido social.

Deste ponto de vista, a admissão do árbitro freudiano referido como mediador único entre o princípio e a relação pode ser, de certo ponto de vista, encarado como um pseudo-problema: o próprio sistema, autopoieticamente, se encarregaria de adaptar o corpo estranho à sua estrutura previamente estabelecida. O problema desse modelo organicista de ordem jurídica¹⁹¹ é que ele nem sempre reflete o comportamento futuro do mesmo sistema jurídico.

¹⁹¹ A nosso ver, nada mais do que um reciclado apego à vetusta ordem cartesiana: “Nessa perspectiva, o Direito apropria-se de conceitos e, a partir deles, estabelece abstrações. Quando estas, a seu turno, confeccionam-se umas com as outras e forma um sistema. O sistema conforta porque dá respostas por meio de regras e presunções, e quando estas não são suficientes, cria ficções, tornando-se um sistema tão pronto e acabado que não permite a ninguém que o desconheça, ao menos em termos jurídicos, ainda que o ignore no plano real e material.” [FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 195-196.]

A experiência do filho sócio-afetivo flerta com a ilegalidade, às vezes colocando o sistema numa posição paradoxal, em que o crime, ainda que punível, não pode ter seus efeitos revertidos, sob pena de grave violação da integridade da personalidade de terceiros interessados, como no caso exemplar a seguir:

São os tribunais conscientes de que as perfilhações de complacência (adoção à brasileira) são freqüentes e até suportadas por uma espécie de tradição popular. Em suma, tratou-se de dar relevância à verdade sociológica da filiação, de guardar a paz da família que se assenta na comunhão filial duradoura. São, em resumo, os filhos do coração que, até nas páginas policiais, ganham destaque, como foi o caso dos dois jovens seqüestrados quando ainda eram bebês em maternidades de Brasília e Goiânia. Foram criados pela seqüestradora, que chegou até a simular o parto do rapaz, hoje com 16 anos, enganando o seu marido.¹⁹²

Corpos estranhos, como os vírus, podem entrar num sistema vivo e mudar a sua estrutura íntima, desorganizar sua programação e até, de dentro para fora, subverter e destruir o sistema. No caso de organismos vivos, a consequência última é a decomposição total.

Entretanto, parece pouco provável que uma estrutura dependente e inter-relacionada com tantas outras, como é a ordem jurídica, repita o comportamento de uma célula atacada por um vírus. São aporias assim que nos desautorizam a abraçar acriticamente certos modelos biologistas para explicar fenômenos sociais de leis próprias.

Mais ainda: convém lembrar a advertência dos críticos da racionalidade moderna para quem, nos fenômenos sociais, o observador (coletivo) interfere no fenômeno observado, sendo portanto pouco provável que uma reflexão coletiva sobre um tema de dogmática jurídica não venha a influenciar o próprio rumo do tema. Não nos iludamos, pois, com as consequências das nossas reflexões.

O que acontece quando levamos um argumento às suas últimas consequências? Evidenciam-se seus limites e exurgem suas fraturas. Igualmente se dá com o referido pressuposto, quando exposto à luz de suas últimas consequências¹⁹³.

¹⁹² MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. In: Revista brasileira de direito de família. V. 6. N. 23. Abr./Mai. Porto Alegre: Síntese, 1999, pp. 22-36.

¹⁹³ “A hermenêutica filosófica afasta esse véu metafísico, essa tranqüilidade tentadora dos operadores jurídicos e do legislador, mediante corte vertical do acontecer do círculo da pré-compreensão, da tradição, da fusão de

O afeto como suporte fático da constituição de relações familiares, como qualquer suporte fático que se pretenda realizador do princípio da dignidade da pessoa, implica, *dialeticamente*, após uma imersão no sistema, na imposição de limites lógicos, dados pela sua própria imersão no sistema. Esta construção está sendo solenemente ignorada pela doutrina pátria.

Sem lançar mão de algum psicologismo fácil, preferimos não enxergar nesse comportamento um sintoma passional de negação oriundo da mesma fonte romântica que tornou praticamente isento de críticas¹⁹⁴ a adoção da afetividade nas relações familiares. Entretanto, como já foi insinuado acima, a fratura não está no sistema lógico, hermético por definição, porém no discurso, o que é, pela hodierna concepção de ordem jurídica, representa a real ordem jurídica¹⁹⁵.

O fato é que, mesmo sendo um problema de matriz discursal, não deve deixar de preocupar o jurista nacional, por ter possíveis repercussões práticas, potenciais ou efetivas, nas decisões judiciais, e portanto na vida das pessoas às quais a ordem jurídica pretende servir.

horizontes, dos pré-juízos autênticos e inautênticos, que se circunscrevem ao método fenomenológico, abissal, sem fundo, universal, em que a interpretação ocorre porque já houve a pré-compreensão do texto, pelo modo do ser-no-mundo do intérprete.” [WELTER, Belmiro Pedro. A compreensão dos preconceitos no direito de família pela hermenêutica filosófica In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 8. N. 38. out./nov. Porto Alegre: Síntese, 2006, pp. 6-25.]

¹⁹⁴ Há exceções, embora as mesmas façam mesmo jus à alcunha: “O ideal seria que o liame biológico estivesse acompanhado dos laços afetivos, e que todas as relações paterno-filiais fossem moldadas pelo amor e pela dedicação do pai ao filho. Mas a diversidade e complexidade das relações familiares nos impedem de aceitar com tranqüilidade uma solução pronta e acabada, estabelecida de antemão para regular todos os casos apresentados à apreciação dos operadores do Direito. Como fundamentar a decisão com base no critério sócio-afetivo, se muitas vezes quem ajuíza a ação negatória da paternidade é justamente o pai ou o filho que conviveu durante anos nessa condição? O desejo de desconstituir a paternidade parece mostrar que o laço de afeto não era tão forte assim, ou que o amor antes existente não foi suficiente para superar a ausência do vínculo de sangue quando a “verdade” veio à tona ou mesmo quando interesses patrimoniais passaram a falar mais alto.” [DINIZ, Paula Castro. Repensando a paternidade: o papel da afetividade na busca da verdade em matéria de filiação Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Direito de Coimbra. <http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/PaulaDiniz.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2007.]

¹⁹⁵ Exemplificadamente, que é a constituição, senão, segundo se diz, nada mais do que o que o Supremo Tribunal Federal diz que é a Constituição?

E quais seriam esses limites? É fácil visualizá-los? Basta perguntar ao sistema quais os vínculos e conseqüências jurídicas que a afetividade, através da posse de estado está interdita de constituir ou produzir, bem como as razões desta interdição.

4.6.1 - Posse de estado e o atual fenômeno familiar – combinação perigosa?

A que família (ou fenômeno familiar) serve a posse de estado, esse instrumento de pretensa aferição de estável convivência afetiva entre pais e filhos, tão cultuada pela hodierna dogmática civilista nacional?

Certamente que não à família para a qual foi criada, patriarcal como a do Brasil rural, organizada em torno de uma figura análoga ao *paterfamilias* romano, tiranete legitimado pela lei e pela religião a controlar a sexualidade da mulher e das filhas, bem como inúmeras outras dimensões do destino de todos aqueles que dele dependiam.

Num rápido perpassar dos lugares comuns reinantes, poder-se-ia afirmar que hodiernamente reina o modelo nuclear de família, herdeiro da tradição monogâmica católica, mas adequada, do ponto de vista do equilíbrio de poderes, ao contexto social da segunda metade do século XX. Esta adaptação se deu principalmente em face do avanço da mulher no mercado de trabalho e sua emancipação sexual ante a popularização de meios contraceptivos.

Por exemplo, ladeando e convivendo com o modelo nuclear, que parece já estar se tornando, ele mesmo, idealizado, a monoparentalidade, embora possua previsão constitucional, não obstante segue praticamente ignorada pela legislação infraconstitucional, embora, faça parte, de modo intenso, da experiência familiar nacional, de alto a baixo das classes sociais e regiões do país¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Para mais detalhes, inclusive análise estatística da evolução da família monoparental, cf. PALMA, Rúbia. Famílias monoparentais. Rio de Janeiro: Forense: 2001, p. 67 e segs.

Mas engana-se quem acredite que também esse modelo (o da família nuclear) ainda seja hegemônico, como nas propagandas de margarina. A mobilidade dos núcleos familiares facilitada pelo divórcio (embora não iniciada por ele) e pela possibilidade de novos matrimônios, aliando-se a isso a crescente admissão da união informal como entidade familiar digna de tutela jurídica, entre outros fatores, propiciou às novas gerações um arquipélago de “parentes de direito e de fato” até então inimaginável sob a égide da simplicidade da família nuclear:

As separações e as novas uniões efetuadas ao longo da vida dos adultos foram formando, aos poucos, um novo tipo de família que vou chamar de família *tentacular*, diferente da família extensa pré-moderna e da família nuclear que aos poucos vai perdendo a hegemonia. (...) Na confusa árvore genealógica da família tentacular, irmãos não consangüíneos convivem com “padrastos” ou “madrastas” (na falta de termos melhores), às vezes já de uma segunda ou terceira união de um de seus pais, acumulando vínculos profundos com pessoas que não fazem parte do núcleo original de suas vidas.¹⁹⁷

Neste espaço completamente diverso, a posse de estado como fator constitutivo de uma relação paterno-filial gera o risco de constituir, em verdade, sucessivos vínculos paternos ou materno-filiais, como se verá a seguir.

É preciso mergulhar um pouco na dinâmica dos relacionamentos modernos, brilhantemente diagnosticados por Bauman:

Nos dias de hoje, os shopping centers tendem a ser planejados tendo-se em mente o súbito despertar e a rápida extinção dos impulsos, e não a incômoda e prolongada criação e maturação dos desejos. O único desejo que pode (e deve) ser implantado por meio da visita a um shopping é o de repetir, vezes e vezes seguidas, o momento estimulante de ‘abandonar-se aos impulsos’ e permitir que estes comandem o espetáculo sem que haja um cenário predefinido. A curta expectativa de vida é o trunfo dos impulsos, dando-lhes um vantagem sobre os desejos. Reder-se aos impulsos, ao contrário de seguir um desejo, é algo que se sabe transitório, mantendo-se a esperança de que não deixará conseqüências duradouras capazes de impedir novos momentos de êxtase prazeroso. No caso das parcerias, e particularmente das parcerias sexuais, seguir os impulsos em vez dos desejos significa deixar as portas escancaradas ‘a novas possibilidades românticas’ que, como sugere a Dra. Lamont e pondera Catherine Jarvie, podem ser ‘mais satisfatórias e completas’.¹⁹⁸

¹⁹⁷ KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 169.

¹⁹⁸ BAUMAN, Zigmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, pp. 26-27.

Como deixa claro em sua obra, o pensador polonês evidencia que a sociedade de massas, adestrada pelo sistema educacional e pela mídia na cultura do consumo, acabou por transferir a mesma atitude aos recônditos da vida pessoal. Esta transferência acabou assim criando uma práxis de relacionamentos efêmeros do ponto de vista temporal e um crescente número de experiências familiares ao longo da vida de um indivíduo adulto e seus filhos.

A liberdade dos laços religiosos, que por milênios ditaram os costumes em matéria de convivência e relações sexuais, nem bem foi conquistada pela geração dos anos sessenta, e já se discutem as conseqüências do seu exercício sem a concomitante reflexão das conseqüências. Tal questionamento, apenas tocado indiretamente na obra do pensador polonês, se justifica não por ferir uma ordem metafísica superior, mas por afetar a natureza humana dos indivíduos envolvidos em dimensões ainda pouco pensadas.

Os cientistas sociais já detectaram até certo “saudosismo” da família “estável” e “para toda a vida”, objeto de desejo do inconsciente coletivo muito bem instrumentalizado pelas agências de marketing como expressão da “família ideal” nas mais variadas propagandas, servindo para vender os mais variados produtos que se possa associar à família feliz¹⁹⁹ ideal.

E, como no mito da rebelião de Prometeu contra os deuses²⁰⁰, a caixa de pandora mais uma vez foi aberta, revelando que não se pode mudar construções culturais milenares por meio de revoluções abruptas sem consciência dos riscos para a própria natureza humana.

¹⁹⁹ Assim, “a indústria cultural se alimenta dessas idealizações. A dramaturgia popular, veiculada pelo cinema e pela televisão, apela constantemente para a restauração da família ideal, ao mesmo tempo que vende sabonetes, marcas de margarina e conjuntos estofados para compor o cenário da perfeita felicidade doméstica.” [KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 172.]

²⁰⁰ “Caixa de Pandora é uma expressão utilizada para designar qualquer coisa que incita a curiosidade mas que é preferível não tocar (como quando se diz que “a curiosidade matou o gato”). Tem origem no mito grego da primeira mulher, Pandora, que por ordem dos deuses abriu um recipiente (há polêmica quanto à natureza deste, talvez uma panela, um jarro, um vaso, ou uma caixa tal como um baú...) onde se encontravam todos os males que desde então se abateram sobre a humanidade, ficando apenas aquele que destruiria a esperança no fundo do recipiente. Existem algumas semelhanças com a história judaica-cristã de Adão e Eva em que a mulher é, também, responsável pela desgraça do gênero humano. Segundo a lenda grega, Prometeu criou o homem de argila e roubou a chama sagrada de Hélio (Deus Sol) para dar-lhe o sopro da vida. O intuito era criar um ser que ajudaria a cuidar de sua mãe Gáia (Terra). O homem, porém, também era imortal e assexuado, reproduzindo-se de forma rápida. Por ordem de Zeus, Prometeu foi preso e condenado a ficar acorrentado no alto de uma

De qualquer maneira, trata-se de uma realidade dinâmica com a qual o direito tem que lidar, sob pena de ser acusado de ignorar a realidade sociológica do fenômeno familiar atual.

Dada a dinâmica de constituição e desconstituição das famílias nucleares, para outra vez constituí-las, bem como do estabelecimento de vínculos cada vez mais complexos dos indivíduos (adultos e crianças) com mais de uma família – seja nuclear ou monoparental, a pluralidade de vínculos de afeto entre adultos e crianças – potencialmente identificadores de uma posse de estado, tem sua possibilidade de ocorrência aumentada exponencialmente.

A experiência de recomposição familiar, que para alguns já indica a falência do próprio modelo nuclear, tem potencial efeito na relação afetiva da criança com o novo companheiro ou companheira do pai ou mãe biológicos:

Do outro lado, a ‘recomposição familiar’, também é circunstância em que pode se verificar a simultaneidade. Oportuno dizer que a expressão ‘recomposição’ não é de todo exata, uma vez que a família, ainda que monoparental, não deixa de ser uma família. A recomposição se refere, na verdade, à estrutura conjugal que funda a família nuclear. Tratam-se, pois, de novas famílias nucleares, de caracteres especiais, construídas após o ocaso de experiências familiares análogas anteriores, por um ou ambos os cônjuges. Giddens as define como uma família em que pelo menos um dos adultos é padrasto ou madrasta, trazendo ao conceito a plenitude do ‘triângulo edipiano’ da família nuclear, agora recomposta pelo ascendente, o descendente e o novo cônjuge ou companheiro do descendente.²⁰¹

A cada período de convivência mais ou menos longo entre o detentor ou detentora da guarda do infante, o outro parceiro vai exercendo a posse de estado. Paralelamente a isto e, na falta, nem sempre voluntária, de concomitante exercício da posse de estado pelo outro genitor biológico, e sob o “prudente arbítrio” do magistrado, poderá exurgir a declaração de

montanha, onde todos os dias um corvo gigante vem comer-lhe as vísceras que são regeneradas à noite, ficando fadado a sentir dores por toda eternidade. Antes, porém, ele deixou uma caixa contendo todos os males que poderiam atormentar o homem com seu irmão Epmeteu, pedindo-lhe que não deixasse ninguém se aproximar dela. Os homens começaram a desvastar a Terra e, a fim de castigá-los, os deuses reuniram-se e criaram a primeira mulher, a qual foi batizada como Pandora e incumbida de seduzir Epmeteu e abrir a caixa. Naquela época os deuses ainda não moravam no Olimpo mas em cavernas. Epmeteu colocara duas gaiolas com gralhas no fundo da caverna e a caixa entre elas. Caso alguém se aproximasse, as gralhas fariam um barulho insuportável, alertando Epmeteu. Seduzindo-o, Pandora conseguiu convencê-lo a tirar as gralhas da caverna sob o pretexto de que tinha medo delas. Após terem-se amado, Epmeteu caiu em sono profundo. Pandora foi até a caixa e a abriu: um vortéx de males tais como mentira, doenças, inveja, velhice, guerra e morte saíram da caixa de forma tão assustadora que ela teve medo e fechou antes que saísse a última delas: o mal que acaba com a esperança.” (Retirado de <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pandora>. Disponível em 01/02/2007).

²⁰¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 141.

paternidade sócio-afetiva, com conseqüente desconstituição do título registral anterior, averbando-se a nova realidade. Qual o limite deste fenômeno na vida da criança? Não há limite legal *a priori*, e a adoção da tese da força constitutiva da posse de estado propicia claramente esta situação.

4.6.2 - O caso de Artur e a mutabilidade do vínculo afetivo paterno-filial

Do ponto de vista psicológico, sabe-se que a identidade paterna, durante parte da vida da criança, está sujeita às intempéries dos vaivens dos seus responsáveis legais, sejam ou não genitores biológicos.

O caso a seguir evidencia, se não demonstra, a fragilidade do pressuposto sobre o qual se construiu todo um edifício de constituição de paternidade jurídica. Trata-se de uma relação paterno-filial afetiva (fática, vale ressaltar) que a olhos vistos, foi desconstruída pela influência da genitora biológica, em desfavor do “pai afetivo primitivo” e igualmente registral, para o pai biológico, o qual posteriormente passou a conviver maritalmente com a mãe da criança.

Nesse cadinho instável das relações afetivas entre três adultos, pode-se visualizar que o afeto naturalmente construído pela convivência entre “pai” e “filho”, está claramente sujeito à influência de outras variáveis relacionadas à liberdade do pai ou mãe em estabelecer ou romper seus próprios relacionamentos afetivos, no contexto do fenômeno familiar dinâmico, “tentacular”, exposto alhures, e que contribui para a multiplicidade de experiências afetivas paterno ou materno-filiais dos infantes durante os seus anos de formação.

Segundo a missivista, Artur nasceu dentro do casamento entre Ana e Gustavo, mas fruto de relações sexuais durante o noivado, biologicamente gerado por terceira pessoa, Tales, ex-namorado da noiva. Após o nascimento, as semelhanças anatômicas que foram se

evidenciando, e começaram a causar constrangimentos familiares e brigas conjugais, tendo o pai registral até chegado a agredir fisicamente a mãe da criança, num acesso de ciúmes²⁰².

Ana então deixa a convivência do marido com o filho, impedindo-o também de qualquer visita. Gustavo ingressa em juízo com pedido de regulamentação de visita, mas Ana contesta, alegando que este não é “pai”, elencando como “prova” o exame de DNA. O pai “sócio-afetivo” insiste em visitar o filho, alegando que os laços de afeto justificam o reconhecimento judicial da paternidade. Nesse ínterim, o pai biológico, Tales, ingressa com pedido de reconhecimento de paternidade em seu favor, requerendo também exame de DNA.

203

O juiz encaminha o caso para a psicóloga, que constata um misto de raiva e saudade da criança com o “pai social” (e ocasionalmente também registral), opinando pela concessão do direito de visita a este. Mas a forte interferência da mãe muda toda a situação:

O laudo da psicóloga foi no sentido de regulamentar as visitas paternas ao filho. Depois de um ano e meio, o caso retorna. O pai não conseguira realizar as visitas, pois a mãe dera o endereço errado e se mudara, sem autorizar que lhe fosse dado o novo endereço.²⁰⁴

Após este lapso temporal, a relação do filho com o “pai do coração” já não é a mesma. Já apresenta resistência ao pai-Gustavo. Programado pelo ininterrupto discurso da mãe, vê o pai Gustavo como mau, que batia na mãe, que queria separar os dois, resistia a sair com este, apresentando indícios de síndrome de alienação parental²⁰⁵.

Esta situação somente foi sendo contornada paulatinamente, com o restabelecimento da convivência da criança ao “pai do coração”²⁰⁶. Mas agora também Tales passara a ocupar lugar no imaginário da criança:

²⁰² BARROS, Fernando Otoni. Do direito ao pai. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 86-87.

²⁰³ BARROS, Fernando Otoni. Do direito ao pai. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 87.

²⁰⁴ BARROS, Fernando Otoni. Do direito ao pai. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 89.

²⁰⁵ “A denominada alienação parental se expressa, no âmbito jurídico, como uma forma de violência praticada pelo guardião, parente ou não, de uma pessoa menor de 18 anos de idade, consistente no ato ou na omissão de impedir, de forma injustificada, a convivência daquela com o genitor não guardião.” [GOLDRAJCH, Danielle; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva. A alienação parental e a reconstrução dos vínculos parentais: uma abordagem interdisciplinar. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 8. n. 37. Ago./Set. Porto Alegre: Síntese, 2006, pp. 5-26.]

²⁰⁶ BARROS, Fernando Otoni. Do direito ao pai. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 90.

Na outra visita, a psicóloga chamou a mãe para uma entrevista e esta expressou sua aflição em ter de lidar com tal situação. Era muito complicado que uma criança tivesse dois pais, isso era uma aberração. Como a criança ia lidar com isso? A psicóloga fez uma intervenção lembrando à mãe que ela mesma apresentara essa situação à criança. Fora ela quem dissera à criança que ela tinha outro pai, fora ela que apresentara o pai-Gustavo como sendo seu pai, mesmo tendo dúvidas. Ela era responsável por isso, e esta era a história da criança e não havia como escrevê-la de outra forma. A mãe chorou muito e disse que fez o que fez pensando que estava fazendo o melhor, mas que, na realidade, Artur tinha dois pais.²⁰⁷

O paradigma familiar nuclear, por uma manobra do destino, está severamente afetado no inconsciente deste menor, e a possibilidade de se contornar tal situação é, como se vê, mínima, uma vez que a personalidade da criança foi assim construída pelo triângulo de amor e ódio entre uma mãe e dois pais.

Como se vê, este é apenas um exemplo da miríade de possibilidades sobre as quais o afeto pode construir vínculos, vínculos paterno-filiais fáticos que, se reconhecidos e trazidos para a ordem jurídica sem critério algum, sem filtragem alguma, sem limite algum, poderiam, como no caso concreto supra (com o perdão da redundância), criar situações jurídicas, para dizer o mínimo, bizarras, como uma pessoa ter, em seu assento de nascimento, dois pais.

Indo mais além, entende este missivista que, o acúmulo de casos como esses vai terminar por flexibilizar a constelação familiar. Embora não seja propriamente objeto do presente trabalho o fenômeno familiar, aqui tocado apenas como contexto da relação paterno-filial, vale a reflexão paralela de que a constelação do parentesco está mais e mais sendo forçada pela avalanche de fatos que desafiam a organização tradicional.

Apenas a título de exemplo e desafio à imaginação do jurista: como situar, na constelação do parentesco (ou seja, na qualidade de filho, sobrinho, neto, primo, etc.), o indivíduo gerado por *clonagem humana*? Da mesma forma, como posicionar um indivíduo que, por mais absurdo que possa soar, obtém reconhecimento jurídico de paternidade sócio-afetiva por posse de estado de *dois pais*? Tais situações e o problema por elas posto, *de per se*,

²⁰⁷ BARROS, Fernando Otoni. Do direito ao pai. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 90.

já justificariam elas próprias, a construção de uma robusta pesquisa digna de uma tese, razão pela qual em muito foge dos limitados objetivos do presente trabalho.

Conclui-se, portanto, pela assertiva inicial, de que tão frágil pode ser a relação afetiva entre pais (ou mães) e filhos, quanto entre pessoas adultas, sujeita que está às intempéries da própria vida afetiva dos responsáveis legais da criança, à morosidade e ineficácia da tutela judicial, etc., logrando grave risco se estabelecer, como fundamento único de uma identidade que vai, como classicamente se tem concebido, acompanhar o indivíduo por toda a vida, um elemento fático tão volátil e frágil como demonstrado.

4.6.3 - O limite estático da aplicação da posse de estado de filho - o parentesco incestuoso entre pai e filho afetivos

Por limite estático, entenda-se aquele levantado pela nova posição que o indivíduo passa a ocupar em face da aplicação da posse de estado de filho em sua função constitutiva.

O limite estático aqui indicado é o do incesto, termo aqui usado num sentido mais largo.

A verdade é que a nossa sociedade *já transpôs* o imobilismo platônico do arquétipo familiar típico herdado do nosso passado judaico-cristão. Não se pode, por óbvio, olvidar o forte papel que estes arquétipos continuam tendo em nosso imaginário coletivo. Porém como fonte de conduta imperativa, tais padrões deixaram gradativamente de sê-lo no Ocidente por diversas razões e causas históricas já tangenciadas ao longo deste trabalho, com especial destaque para a separação entre a religião e o Estado, e mais recentemente, a revolução sexual, como principais marcos desta mudança.

A família moderna (concebida como eudemonista.²⁰⁸) no entanto, não pode olvidar de uma ética laica mínima, sob pena de submergir perante degenerações comportamentais que sempre existiram em maior ou menor grau em todas as eras e que, na nossa civilização, tem um efeito claramente nocivo à convivência coletiva e ao desenvolvimento do indivíduo, razão básica da ética ocidental moderna, calcada, aliás, como sempre convém lembrar, na garantia da proteção da dignidade da pessoa humana.

Tais degenerações estão relacionadas ao desenvolvimento da psique do indivíduo em formação (à tão polêmica *natureza humana*), como, por exemplo, as seqüelas do abuso infantil, notadamente de índole sexual; as conseqüências da carência ou ausência de convivência familiar nos anos de formação da personalidade e identidade do sujeito; seqüelas de uma má condução pedagógica ou mesmo alimentar do infante ou até mesmo, de modo bem específico, ausência ou deficiência de freios morais por negligência consciente ou não dos componentes do núcleo familiar.

Fora deste contexto ético, seriam hodiernamente inadmissíveis quaisquer outros fundamentos para tolher a liberdade do indivíduo de estabelecer laços afetivos e vínculos familiares, ainda que destoantes dos paradigmas patriarcais, ou mais especificamente judaico-cristãos. Com a morte de Deus, profetizada por Nietzsche, e a queda do príncipe em 1789, outra alternativa não nos restou senão eleger o princípio para governar os homens.

²⁰⁸ A família eudemonista guarda pouca identidade com a instituição que a precedeu: “É possível enxergar a família, sempre numa perspectiva constitucional abandonando caráter de instituição jurídica e passando a merecer tutela como verdadeiro instrumento de afirmação da realização pessoal do ser humano, valorizados os seus aspectos espirituais e o desenvolvimento de sua personalidade, em combate a feição patrimonial, até então predominante. A família deixou de ser fim e passou a ser meio, instrumento. Descobriu-se que as pessoas não nascem com o fim específico de constituir família, mas, ao revés, nascem voltadas para a busca de sua felicidade e realização pessoal, como conseqüência lógica da afirmação da dignidade do homem. Daí a necessidade de uma visão essencialmente funcionalizada da família, como o *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade e afirmação da dignidade de seus membros. A família, forjada na dignidade da pessoa humana, passa a atender uma necessidade vital: ser feliz” [FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de não permanecer casado In: Revista de Direito Privado. N. 20. Out/Dez. São Paulo: RT, 2004, pp. 83-102.]

Neste sentido, alguns tabus multimilenares permaneceram de pé, não por subsistir em sua matriz judaico-cristã, mas por se coadunarem com esta ética mínima que no Ocidente se admite como razoável e que justifica algumas limitações básicas nas relações íntimas.

Originalmente uma expressão relacionada ao ato sexual entre parentes próximos, a relação incestuosa bem pode ser evocada à imagem analogamente para qualificar, por exemplo, a tentativa de adoção entre irmãos ou ascendente e descendente, vedada, no direito brasileiro, expressamente pela legislação atinente à matéria (art. 42 § 1º da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e adolescente).

Mas, da maneira como a doutrina e a jurisprudência têm encarado a matéria, e ante a total ausência de regulamentação legislativa quanto ao poder constitutivo da posse de estado de filho, é de se perguntar, honestamente, se o sistema, implicitamente, inadmite que a relação paterno-filial oriunda desta fonte possa ser estabelecida com violação a esta espécie de barreira.

A constituição de relações paterno ou materno-filiais sócio-afetivas, à parte de qualquer regulamentação limitadora pode causar espécie se for estabelecida entre parentes próximos. Afinal, a ordem ou constelação de parentesco tem por função principal atribuir, “a cada um o que é devido”, no rol parental, tanto no que pertine a alimentos e herança, quanto aos impedimentos matrimoniais²⁰⁹.

Exemplificadamente, caso um irmão ou meio-irmão registre como sendo seu próprio filho, o irmão com muitos anos de diferença, e crie-o como filho, mesmo que consciente do fato, teria o filho ou o genitor biológico interesse na declaração de nulidade do referido registro?

²⁰⁹ Assim, “a contagem de parentesco e a percepção das linhas é importante para armar uma estrutura parental na direção de diversos efeitos, como por exemplo, para estabelecer impedimentos matrimoniais. (...) É *ad infinitum* a relevância jurídica do parentesco em linha reta, mas o parentesco transversal alcança o quarto grau para efeito sucessório, o terceiro em termos de impedimentos matrimoniais, e tradicionalmente não vai além do segundo para efeitos pessoais e de alimentos (...)” [FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 197-198.]

Seja qual for a opção do legislador²¹⁰, é certo que precisamos de alguma, e antes que a posse de estado se torne tão popular na constituição do vínculo paterno-filial como hoje o é o usucapião. Felizmente no Brasil algumas soluções jurídicas, quando em consonância com os valores sociais, são rapidamente compreendidas e absorvidas em suas linhas gerais pela população em geral, mesmo pelas pessoas mais simples e de menor nível cultural.

O que, em regra, é um fator positivo, pode se tornar, no caso da posse de estado de filho, um problema para se lidar depois, quando já estiver na cultura popular a idéia de que a justiça está reconhecendo paternidade ao registro complacente (que já é um fato) e ao “filho de criação” (que já desponta no horizonte jurisprudencial).

Não foi objeto desta pesquisa fazer uma opção por um limite ou estabelecer um parâmetro, além do qual se consideraria juridicamente impossível o estabelecimento da paternidade sócio-afetiva por qualquer meio. O objetivo foi apenas provar a incompatibilidade do instrumento, da maneira como está sendo defendido na doutrina, sem uma reflexão dialética de suas próprias limitações e conseqüentemente suas aporias perante o sistema jurídico.

Entretanto, por uma opção de alinhamento com o atual limite do sistema, a solução proposta no próximo capítulo procurará compatibilizar ambas as situações apresentadas.

²¹⁰ Problema análogo – incesto *lato sensu* sem fundamento biológico – tem sido enfrentado em vários estados norte-americanos: “All but a dozen states recognize marriage between a stepparent and his or her stepchild after the marriage between stepparent and the child’s parente has been legally dissolved and the relationship becomes former steprelatives. (...) Because biomedical concerns are not relevant, the United States uses community norms and stability of the family as potential reasons to prohibit steprelative marriages.” [ENGEL, Margorie. Stepfamily tribunations under United States laws and social policies In: The International Survey of Family Law. Bristol: Jordan Publishing, 2005, pp. 529-554.]

4.6.4 - O limite dinâmico da aplicação da posse de estado de filho – a possibilidade de fuga do dever de assistência entre parentes

Por limite dinâmico, entenda-se aquele oriundo do próprio deslocamento do indivíduo na constelação familiar, mais precisamente os efeitos jurídicos negativos ou indesejáveis desta movimentação, independentemente da nova posição que o indivíduo passe a ocupar.

O direito de família é, por excelência, o direito dos laços, vínculos diretos entre pessoas, sem aferição patrimonial senão de modo accidental. Laços conjugais, companheirismo, homoafetividade, filiação genética, filiação afetiva, parentalidade são figuras que representam liames de conteúdo variável mas todos sob o manto da expressão ‘família’.

A família tem portanto um claro aspecto solidário, servindo de refúgio onde as pessoas podem desnudar-se afetivamente perante o outro, onde a *dupla eros-agape* é regularmente mais intensa e duradoura, vinculando mutuamente as dimensões emocionais mais profundas dos seus participantes. Isto mesmo: a família é uma entidade profundamente arraigada no universo emocional dos indivíduos.

Por um lado, tem-se o reconhecimento cada vez mais amplo do direito que o indivíduo tem de estabelecer laços afetivos, biológicos ou de um misto de ambos os aspectos com outras pessoas, presentes e futuras. Por outro, tem-se a tutela do mais frágil, psicológica e materialmente, em face das conseqüências do advento destes laços voluntária ou involuntariamente estabelecidos.

Vale aqui a brilhante ressalva de que “a pacificação das relações exige sejam sopesados, de um lado, a liberdade individual do ser humano, e de outro, as conseqüências oriundas de seus atos de liberdade.”²¹¹

Como visto mais largamente no capítulo 3, as relações familiares, tanto no universo fático quanto no universo jurídico, realizam mais intensamente a referência valorativa moderna do solidarismo. E não poderia ser diferente: um fenômeno tão próximo à alma humana, avenida de interesses tão íntimos que se pode vislumbrar a interdependência dos indivíduos docemente esquecida pela codificação liberal e sua ideologia do ser autônomo.

Salta, portanto, aos olhos do observador o fato de que a solidariedade não apenas compõe as relações humanas mais íntimas como de fato enreda-se inseparavelmente delas, em face justamente deste atributo do ser humano em estabelecer vínculos de interdependência.

O direito protege estes interesses. No centro desta proteção está a personalidade, a qual vem se tornando gradativamente eixo ao redor do qual orbitam os objetos do universo juscivilista como astros a servi-lo no firmamento do direito. Com certo grau de ousadia, pode-se afirmar que tão intensa é a relação entre interesses familiares juridicamente protegidos e solidariedade que a simbiose desponta nesta esquina do direito desde tempos imemoriais.

Como toda abordagem jus-dogmática, esta não poderia olvidar de seu acento constitucional. A solidariedade social, como princípio, ocorre na Constituição Federal Brasileira tanto no seu Preâmbulo quanto no primeiro inciso do artigo terceiro.

A Constituição Federal, em seu art. 3º, inciso I, elenca como um de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O pretenso caráter ocioso de tais proposições há muito já foi superado pela dogmática constitucional. Já vão longe os dias em que a vetusta jurisprudência atinha-se à desculpa de que, a pretexto da “norma programática”, postergava-se eficácia a diversos conteúdos de natureza jusfundamental na

²¹¹ NERY, Rosa Maria Barreto B. de A. *Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado* in: REVISTA DE DIREITO PRIVADO, n. 17, jan/mar-2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 65-70.

Carta Magna²¹². Tais expressões de larga abstração, segundo hodiernamente se reconhece no âmbito da dogmática constitucional, tem função típica de princípios, com todas as conseqüências desta inferência.

Como toda norma de natureza predominantemente principiológica, possui conteúdo aberto a enxertos políticos, ideológicos, sociológicos. Mas a sua matriz, a solidariedade, como valor, não está tão envergonhada de uma delimitação que não se possa exercitar alguma sobre a mesma. Assim, solidário é o ser humano que serve ao outro em suas necessidades. O altruísmo contido na noção de solidariedade é destarte inegável.

Vem a Constituição e consagra a solidariedade social como paradigma a ser refletido em todas as normas e atividades públicas ou privadas, como fito de sua realização. Em outras palavras, o ordenamento jurídico brasileiro comanda o altruísmo entre seus súditos, na forma de solidariedade social.

Sem mais delongas quanto à extensão do conteúdo ‘social’ da solidariedade (como se toda solidariedade não tivesse, por natureza, uma finalidade ‘para além de’ quem se solidariza, i.e., para o outro, para o social), visto que já há aí indícios de uma certa particularização ideológica no uso dos termos conjugados, ver-nos-emos diante da relação entre esta espécie de norma e o universo particular do direito privado, em especial, por ser o objeto de nossa breve reflexão, do direito de família.

Se tomada a solidariedade como princípio constitucional, não menos importância se pode enxergar na sua eficácia jusfundamental. Quem assim nos apresenta é Daniel Sarmiento, o qual dedica todo um capítulo a estabelecer a sua eficácia nas relações privadas. Assim:

Existe uma série de razões que justifica, hoje, a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado de garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los. Em primeiro lugar, porque as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão

²¹² Para uma exposição acerca da distinção clássica entre normas constitucionais auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia jurídica dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 229.

isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõem sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a idéia de solidariedade.²¹³

Não parece difícil enxergar a implementação da solidariedade como princípio constitucional fortemente incidente no Direito de Família. O direito de família dito assistencial, que trata do dever de cuidado material dos parentes e do cônjuge ou companheiro não deixa dúvidas sobre a sua finalidade amparatória, como que a ecoar o disposto no art. 6º caput do texto constitucional, ao dispor do direito fundamental social de assistência aos desamparados.

De certo modo, não seria incorreto afirmar que a solidariedade é também princípio latente e próprio ao microcosmo civilista-familiar, assertiva esta facilmente constatável pela broca da indução. Os exemplos pululam em profusão. Há obrigação de sustento entre pais e filhos como corolário do poder familiar. Igualmente, os cônjuges possuem dever mútuo da mesma ordem. O dever assistencial estende-se ao companheiro e num círculo crescente, a qualquer parente. De direito fundamental, tem-se aqui um verdadeiro dever fundamental.

No entanto, as normas de caráter privado, sem embargo da crescente intervenção (publicização e constitucionalização) que vem sofrendo, ainda têm como núcleo a vontade humana. Sob o paradigma liberal, o Estado não deve cercear, a não ser em casos manifestamente patológicos ou para manter a moral e os bons costumes, a liberdade dos indivíduos em contratar, casar, procriar, herdar, transmitir em herança e acima de tudo, ter.

É só a partir da segunda metade do século XX, com a ampla penetração dos direitos humanos nas esferas jurídicas nacionais – através dos direitos fundamentais –, bem como do paralelo recrudescimento da teoria dos direitos de personalidade (ambas as linhas jusnaturalistas de nascença), que o patrimônio deixa de ser o centro de gravidade do direito privado e cede seu lugar à pessoa e seus interesses existenciais.

²¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 337.

Em contraponto à percepção prevalecente no direito obrigacional, em que o “dar a cada um o que lhe for devido” prevalece (i.e., a justiça comutativa clássica, conforme estabeleceu Aristóteles²¹⁴, baseada na igualdade formal entre os sujeitos de direito), nas relações familiares cedo despertou a consciência jurídica das desigualdades fáticas por trás da aparente igualdade entre os sujeitos de direito, atribuindo a determinados atores (pais, cônjuges, entre outros) o dever de assistir ao próximo ligado por determinados critérios de parentesco. É paradigmática a cláusula geral de solidariedade entre parentes, estatuída no art. 1694²¹⁵ do Código Civil de 2002.

Destarte, tais categorias includentes são, ao mesmo tempo, excludentes. E a posse de estado de filho, se adotada como elemento constitutivo de vínculo paterno-filial sem limites precisos, poderá servir como instrumento de arrematada injustiça excludente do dever solidário de alimentos aos pais através da funcionalização destas categorias.

Se parentesco formal não há (ou deixou de haver), em função de nova paternidade, constituída sob a égide da posse de estado, não existem muitas hipóteses em que alguém responda pela existência física do próximo, com a notória ressalva do dever de alimentos oriundos de ato ilícito e dos *munus* públicos atribuídos, ainda em direito de família, excepcionalmente a quem parente não seja.

Como falaria, então, a situação jurídica do pai que, após criar e educar um filho, vê-se já na velhice, abandonado pela cupidez de um parricida que, a pretexto de realizar a sua “verdadeira filiação”, apresenta-se perante o Poder Judiciário com o seu novo “pai do coração”?

O exemplo em tela expõe, às escâncaras, todas as possibilidades negativas da posse de estado, se mal utilizadas, nas mãos de profissionais inescrupulosos, ávidos a apresentar

²¹⁴ Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, p. 97.

²¹⁵ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

soluções aéticas a um determinado perfil de clientela, sempre desejosa de encontrar mecanismos legais de burlar as finalidades para as quais o sistema jurídico aponta, e que lhe são no momento inconvenientes.

Evidencia o caráter mutante da filiação, sua aparente disponibilidade, e a informalidade excessiva que pode, destarte, expor à insegurança jurídica a teia de solidariedade que o direito de família faz questão de outorgar aos parentes²¹⁶.

Não apenas no trato adulto é possível visualizar-se a mutabilidade da paternidade sócio-afetiva constituída sob a égide da posse de estado. Basta verificar a atual velocidade com que os núcleos familiares são constituídos, desfeitos e reconstituídos durante a vida de uma criança ou adolescente filho de pais separados, como no caso do menor Artur, supracitado.

Alie-se a isto o fato (previamente demonstrado) de que não se pode em verdade expedir uma noção clara sobre o fato a que se refere à posse de estado de filho, que ora flutua numa zona cinzenta onde a exteriorização do afeto e a tratativa mútua paterno-filial tem sido suficientes para o reconhecimento jurídico, e somam-se em verdade as janelas da mobilidade paterno-filial mediante a posse de estado, sem embargo do sentimento de rejeição que tal assertiva possa evidentemente evocar.

E para completar o cadinho das possibilidades, some-se a isto a mera possibilidade (igualmente já ventilada) de utilização do instrumental como meio de fraude e sonegação dos deveres alimentares perante os pais, para evidenciar o potencial lesivo da adoção da posse de estado de filho como suporte fático criador de paternidade jurídica sem critério algum

²¹⁶ Claro, entendido dentro do contexto a seguir descrito, posto que para o hipossuficiente a disponibilidade das relações afetivas não atinge garantias como o dever de alimentos que possuem seus pais jurídicos – biológicos ou não. Com isto está atenta a jurisprudência, a teor do enunciado 339 da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e aprovado em 25/10/2006: “339 - A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.” [http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf]. Acesso em 21/04/2007.]

delimitador da noção do que seja posse de estado ou dos limites a que tal poder constitutivo pode chegar sem levar o sistema a um claro paradoxo.

A solução para este problema dependerá de construção de um instrumento que passarei a denominar de “filiação alimentar”, expressão em tudo análoga à já conhecida paternidade alimentar da doutrina e à ação para fins de subsídios da experiência jurídica francesa, já referenciada, conforme apresentado no próximo capítulo.

5 – APORIAS E PROPOSTAS DE SUPERAÇÃO

5.1 – POSSE DE ESTADO E INCESTO *LATO SENSU*

Já foi visto alhures que há impedimento legal de adoção entre ascendentes e descendentes e entre irmãos. A literatura é reticente no assunto, mas recorda que já houve permissivo jurisprudencial para a primeira possibilidade, bem como há imperativos de ordem moral (e eventualmente também interesses patrimoniais sucessórios) que justificariam as referidas interdições²¹⁷.

A se aplicar a regra da afetividade pura e simples, muitas avós pais afora não de ser reconhecidas, no ato, pelo vínculo afetivo materno-filial com seus netos.

A solução mais simples para o primeiro caso, seria ressuscitar a faculdade que a jurisprudência preteritamente já reconhecera, e que a Lei 8.069/90 veio a suprimir, tudo isso em nome da sócio-afetividade como corolário, nas relações paterno-filiais, dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Entretanto, parece que a jurisprudência alinha-se ao respeito da constelação familiar clássica como fundamento para sustentar a vedação do art. 42 § 1º do ECA, a teor do que nos noticia o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerado progressista em matéria de família e filiação:

Mesmo que no novo Código Civil não exista mais possibilidades de questionar possíveis diferenças entre adoção formal de maiores e de menores, deve-se aplicar o art. 42, § 1º do ECA, que dispõe acerca da impossibilidade de os avós adotarem os netos. A decisão é do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado, que acolheu os Embargos Infringentes interpostos pelo Ministério Público acerca da decisão que permitia a adoção de neta por avós. De acordo com o relator do processo, Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, deve-se destacar a falta de legítimo interesse da requerente, pois no ajuizamento do pedido já contava com 22 anos de idade, não sendo incapaz ou nascitura, como exige o art. 372 do Código Civil de 1916, vigente na época. O magistrado lembrou das mudanças presentes no novo Código Civil, que não questionam possíveis diferenças de efeitos entre

²¹⁷ Cf. OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. *Adoção, guarda e tutela como institutos jurídicos definidores da família substituta*. Bauru: Edipro, 2001, p. 35, onde igualmente ressalta o fato de que a adoção do sobrinho pelo tio é válida.

adoção de maiores e menores. Porém, acrescentou, que não há dúvidas acerca da aplicação da vedação do art. 42, § 1 do ECA, que afirma da impossibilidade de avós adotarem netos. ‘O objetivo maior da adoção é dar proteção familiar, a quem dela necessita, existindo entre avós relações de parentesco que geram direitos e obrigações sucessórias e alimentares, não existindo justificativa para substituir uma relação por outra’, explicou. Destacou ainda, da confusão do parentesco que a adoção por avós pode causar, uma vez que a adotada passaria da condição de filha à condição de irmã de sua mãe. Votaram com o relator os Desembargadores Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves e Maria Berenice Dias. O acórdão está publicado última edição da Revista da Jurisprudência do TJRS, nº 224, de novembro de 2003. Proc. 70005635594 (Marta Zanetti)²¹⁸

A se manter o respeito pela constelação familiar e se evitar a “confusão moral” a que alude a doutrina e a jurisprudência, assumindo-se assim uma postura um tanto conservadora, outra opção não resta senão limitar a posse de estado de filho com poderes constitutivos de violar este mesma constelação, fazendo sobre este incidir as mesmas limitações que incidem sobre a figura da adoção, quanto ao parentesco próximo.

5.2 – POSSE DE ESTADO, PAIS BIOLÓGICOS E DEVER DE ALIMENTOS

Vale lembrar que a posse de estado foi criada como instrumento para evidenciar outra realidade, a saber, servir como indício de filiação legítima. Naquele contexto, pouco importava se a posse de estado era presente ou pretérita. Bastaria provar que ela existiu, mesmo que posteriormente rechaçada por razões outras que não a negação pessoal do pai ou mãe quanto à paternidade.

Outra coisa completamente diferente acontece com a posse de estado utilizada como suporte fático causador da paternidade jurídica. A constituição de uma paternidade jurídica por posse de estado pretérita não se torna definitiva e inabalável caso seja suplantada por outra posse de estado cronologicamente posterior (ou, como já visto, até mesmo concorrente), pois admitir tal intocabilidade da filiação constituída sob esta égide seria contradizer os próprios fundamentos que justificam a utilização do instrumento.

²¹⁸ Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=18626. Acesso em 03/02/2007.

Desta forma, pelo menos no plano teórico, não há como impedir a admissão do caráter transitivo, móvel, mutável da relação paterno ou materno-filial sócio-afetiva, sob pena de se incidir numa contradição lógica ante o substrato valorativo dado à subjetividade afetiva construída na convivência entre as pessoas.

A posse de estado, associada à negação absoluta de sua transcendência em relação ao vínculo presente ou pretérito, teria o mesmo efeito que a proibição do divórcio teve até 1977, ou seja, criar uma nova prisão jurídica das relações jurídicas que já despontam dinâmicas.

Entretanto, necessário se faz suplantar a problemática da elisão do dever de alimentos apontada no capítulo anterior, mormente quando alcançada por uma pseudo-posse de estado utilizada como meio fraudulento para alcançar o fim de levantar a relação paterno-filial e o conseqüente dever de sustento de pai ou mãe avançado em idade.

O que se pode fazer é dissociar, excepcionalmente, o parentesco civil da responsabilidade solidarista alimentar aos filhos maiores que, sob a alegação de posse de estado, pretendam constituir nova paternidade a terceiros estranhos ao assento civil original.

Como já foi referido alhures, a dissociação entre vínculo genético e jurídico não impediu que aos portadores do primeiro sem o segundo, algum tipo de responsabilidade alimentar pudesse incidir sobre estes. Isto pode ser verificado, por exemplo, no caso pretérito da investigação de paternidade apenas para efeito de alimentos, em vigor no direito nacional antes de 1949 (tratado no momento biologista da paternidade), bem como nas experiências pré-codificadas de responsabilização dos prováveis pais biológicos pela manutenção do infante em diversos cantões suíços, ainda que sem vínculo jurídico reconhecido.

Mesmo o Código de Napoleão, ao exercitar a discriminação absoluta do filho ilegítimo, não obstante, não olvidou o dever do genitor biológico em fornecer-lhe alimentos:

Todo o Código Napoleão, ensina Planiol, é dominado por um princípio não escrito (exceto no art. 756, com referência à sucessão), mas que não obstante vigora, segundo o qual o filho ilegítimo não tem família. Esta negação da realidade conduz

a um absurdo consagrado pela lei civil, contrariamente à lei natural: o parentesco do filho ilegítimo não vai além do primeiro grau. Este preconceito do Código francês, que encontra exceções no tocante aos impedimentos matrimoniais (é ainda Planiol quem observa), é confirmado no que tange à obrigação de alimentos, que os parentes além do primeiro grau podem recusar.²¹⁹

A dissociação entre o dever solidarista e o vínculo parental é daquelas figuras que sobreviveram ao século XX e tem potencial para ganhar novo fundamento no alvorecer deste novo Século, inspirada que é em razões de solidariedade e proteção dos hipossuficientes²²⁰.

5.2.1 – Paternidade alimentar e filiação alimentar

A teia de solidariedade da qual o indivíduo, ao entrar uma constelação parental, passa a compartilhar, traduz um princípio e garantia constitucional, ou, como já manifesto anteriormente, um direito/dever fundamental material comum a uma determinada categoria de pessoas que o sistema chama de parentes.

Tolerar a pura e simples fluidificação dessa garantia fundamental mútua implicaria num retrocesso da aplicação da norma sobre o referido direito fundamental, o que, segundo a melhor doutrina, é vedado pelo ordenamento²²¹.

²¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 203-204.

²²⁰ Assim, “É natural que aqueles que se achem mais próximos, vinculados ao necessitado por um laço de sangue ou por um elo civil, desempenhem esta função, decorrente de um princípio imanente de solidariedade humana, prestando-lhe o que em linguagem genérica se enquadra na expressão alimentos, compreensiva daquilo que é necessário estritamente à vida, como alimentação, vestuário, habitação (alimentos naturais), e o que concorre ao preparo do necessitado aos embates da vida, como educação e instrução (alimentos civis). Este princípio moral ou de solidariedade familiar foi transformado em dever, em obrigação juridicamente exigível, e seu fundamento é o laço de parentesco, o vínculo de solidariedade familiar (Ruggiero), ou de sangue (Quartarone), adotando o direito por norma uma lei natural, a que obedecem as espécies animais superiores (Arias).” [PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 253-254.]

²²¹ Assim, “O legislador está vinculado aos propósitos da Constituição, externados principalmente através de seus princípios, não podendo dispor de forma contrária ao que determinam. Assim, ainda que não se possa exigir judicialmente que o legislador regule a norma, a fim de realizar seus objetivos, pode-se legitimamente pretender que o Legislativo, poder constituído, não contravenha os fins constitucionais. Esta é a modalidade de eficácia negativa. Imagine-se, entretanto, que haja norma infraconstitucional, de modo que ele possa enfim aplicar-se diretamente ao mundo dos fatos. Poderá o legislador simplesmente revogá-la sem criar qualquer outro mecanismo substitutivo, deixando um vazio no lugar da norma anteriormente existente? Ou seja: poderá o legislador dar um passo atrás em relação aos objetivos constitucionais? Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que o novo Legislativo entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente, daí porque as conseqüências hão de ser as mesmas nos dois casos.”

Na nossa concepção, a mera possibilidade aberta pela instrumentalização da nova posse de estado de filho para a desconstituição de uma relação paterno-filial juridicamente estabelecida, com todas as implicações mútuas que as posições dos interessados geram (ainda que potenciais), já justifica a preocupação do presente trabalho.

Mas há alternativa. É possível, primeiramente, e sem uma aparente incompatibilidade com o sistema, a dissociação entre parentesco e dever alimentar.

Desde a experiência medieval do dever alimentar do genitor (desvinculado de qualquer relação jurídica de parentesco), à ação para fins de subsídios da experiência francesa²²², a realização do princípio constitucional da paternidade responsável supõe que o genitor biológico, de alguma forma, ocupa uma posição jurídica²²³ em relação ao gerado, desvinculada do parentesco juridicamente reconhecido.

Há aí, de fato, outra relação jurídica, aparentemente inominada, entretanto totalmente dissociada dos clássicos laços familiares. Esse “parentesco alimentar”, ou como propõe Rolf Madaleno, essa “paternidade alimentar” não é, segundo ele, incompatível com o sistema, pois “não ofende ao Direito compelir o genitor biológico a assegurar a exata paridade dos alimentos que seu ascendente sócio-afetivo não tem condições de proporcionar.

Se admitirmos, portanto, que essa dissociação não é nenhuma novidade na experiência jurídica, e que a aplicação, “no estado da arte”, da posse de estado de filho com força constitutiva de vínculo paterno-filial pode, em tese, forçar o retrocesso de uma garantia jusfundamental entre pessoas ligadas geneticamente e que doravante deixam de ser parentes, a

[BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 70.]

²²² A dissociação entre responsabilidade alimentar e paternidade jurídica não é desconhecida da experiência estrangeira, embora no Brasil haja clara (e injustificada) resistência à admissão desta: Destroem-se núcleos familiares inteiros a favor do interesse maior do investigante. A proposta branda do direito francês – da *action à fin de subsides* – que garante os alimentos, mas não estabelece paternidade, não foi assumida pelo legislador brasileiro, que optou pelo sistema radical da *confissão ficta*, que causa espécie e perplexidade no mundo europeu e canadense. [LEITE, Eduardo de Oliveira. Os sete pecados capitais do novo direito de família. In: Revista dos Tribunais. Ano 94. V. 833. Março. São Paulo: RT, 2005, pp. 66-81.]

²²³ A técnica das posições jurídicas que irradiam interesses e deveres, ao invés de titularidade de direitos subjetivos singularizados é tema de reflexão adiante neste capítulo.

solução mais prática seria, a partir desta dissociação, inverter a direção do vetor alimentar, de modo a reconhecer, por sobre o descendente genético, igual dever alimentar subsistente para além da quebra do parentesco motivado por constituição de nova “sócio-afetividade”.

É bem verdade que a própria noção de “paternidade alimentar” está sujeita à mesma crítica que se faz aqui à posse de estado, posto que possa gerar efeitos contrários às finalidades da tutela familiar como um todo.

Basta, por exemplo, imaginar o efeito da adoção acrítica da “paternidade alimentar” em favor das pessoas geradas por inseminação artificial heteróloga. A demanda por critérios, numa área tão sensível à interferência estatal é por demais óbvia para ser ignorada.

Por outro lado, não passa despercebido ao missivista os riscos de uma dívida alimentar dissociada do parentesco jurídico, mas apenas lastreado no pressuposto da filiação biológica. Mas aqui há uma diferença significativa. O retrocesso que se pretende evitar situa-se entre pessoas que outrora já tiveram estabelecido vínculo de parentesco jurídico, excluindo-se, portanto, do caso, as pessoas geradas a partir de inseminação artificial heteróloga.

Entretanto, resta ainda enfrentar a questão de um novo ponto de vista, lateral ao da posse de estado constitutiva de relação paterno-filial. Trata-se da situação de possível filiação alimentar oriunda da adoção.

A adoção regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente desconecta de qualquer vínculo de parentesco o adotado de sua família de origem, exceto para efeito de impedimentos matrimoniais (veja-se aqui mais um exemplo de dissociação entre relação jurídica biológica juridicamente relevante e parentesco).

Ora, é justamente neste tipo de adoção que se foca a proposta de paternidade alimentar proposta pelo jurista já citado. E em seu socorro, poder-se-ia afirmar, vem ainda a proibição do retrocesso aqui constatada.

Qualquer que seja a alternativa ou caminho tomados, seja pela adoção ampla da “filiação alimentar”, seja pela manutenção atual do estado das coisas, aporias igualmente se levantam.

A filiação alimentar, se por outra razão não seja, fere a sensibilidade do homem médio, acostumado, na nossa época, a visualizar o dever alimentar associado ao parentesco jurídico reconhecido. E se, excepcionalmente, a dissociação entre essas duas noções jurídicas em algum momento histórico foi admitida, até onde se pôde enxergar, só o foi de modo excepcional e em face de uma necessidade assistencial premente, e ainda assim exclusivamente na direção “descendente”, isto é, de “pai” para “filho”, e nunca o contrário.

Assim como, para o senso comum, o dever alimentar tem um papel imaginário de “punição” concorrente com o de “dever”, impor um dever alimentar ao descendente genético que se desvinculou do parentesco jurídico o ônus de alimentar seu “ex-pai” soaria como uma exótica novidade, para dizer o mínimo.

A alternativa de não enfrentar o problema esbarra na aporia, muito mais intensa, de ordem constitucional, partindo-se, é claro, do pressuposto de que, uma vez partícipe de uma teia de parentesco (no sentido jurídico), o indivíduo é titular de uma garantia e um concomitante dever de assistência mútua. Justamente essa garantia que, pelo seu caráter jusfundamental, não pode ser revogada por nenhuma circunstância admitida pela ordem jurídica, sob pena de novamente, cairmos gerarmos um paradoxo no sistema.

5.3 – RELAÇÕES DE FAMÍLIA, PATERNIDADE E FILIAÇÃO ALIMENTAR E DIREITO SUBJETIVO

Mais adequada à exposição de papéis exposta supra do que a descrição oferecida pelo instrumental do direito subjetivo é a admissão de que, em face da posição jurídica ocupada

por cada um, ônus e bônus lhe são inerentes, deslocando o foco do aplicador do direito da tutela pelo “interesse” para a tutela pela “posição”.

O instrumental doutrinário abre-nos uma janela para a releitura dos institutos. Segundo Michel Villey, “o direito subjetivo reina soberanamente no pensamento jurídico.”²²⁴ O juspensador francês, criticando a dogmática do direito subjetivo, faz como com Duguit, para quem,

O fundamento do direito não podia ser posto e termos de direito subjetivo, de personalidade jurídica ou de sujeito de direito. O voluntarismo subjetivista, que baseava a experiência jurídica sobre o direito subjetivo natural de um sujeito, sobre a autonomia da vontade, onde o direito tinha como suporte simplesmente a existência de uma vontade, será criticada como uma pura hipótese metafísica. As teses do direito moderno são criticadas como afirmações a priori. (...) A visão individualista do direito é condenada por conceber o direito não como uma relação social, mas como uma situação jurídica; a saber, um simples querer consciente do sujeito.²²⁵

A substituição dos valores liberais pelos sociais/solidaristas implica, portanto, uma nova epistemologia do direito, o que já justifica, *ipso facto*, num questionamento do clássico instrumental descritivo da relação jurídica, amplamente dependente do elemento de vontade do agente ou paciente.

Se o instrumental é potencialmente apto para transcender a perspectiva voluntarista, através de uma nova descrição da própria relação jurídica, não menos provável é a admissão da submissão hierárquica do princípio da autonomia da vontade ante o direito jusfundamental à solidariedade.

Está-se aqui a navegar por meandros mais ideológicos e culturais que propriamente jurídicos. A dificuldade não é técnica, mas social. A potencial incidência de ônus sobre os sujeitos de direito, que esta técnica propicia, à sua revelia e dissociados de qualquer ato ilícito parece estranha ao sistema regido pelo princípio de que a vontade prevalece na normatização das relações privadas. Basta pensar na filiação alimentar e o choque cultural que esta pode

²²⁴ Apud FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 236.

²²⁵ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 237.

impor no presente, como a paternidade alimentar já impôs no passado em que o nupcialismo justificava a soberania do chefe da família em optar pela perfilhação – ou não – dos seus bastardos.

5.4 – POR UMA PROPOSTA LEGISLATIVA

Já que aqui se criticou a ausência de qualquer regulamentação legislativa, o presente trabalho não poderia deixar de trazer, ele mesmo, sua própria proposta, sintetizando toda a construção doutrinária – nacional e estrangeira – sobre a posse de estado como instrumento constitutivo da filiação, acrescentando a contribuição pessoal para enfrentar os problemas propostos e constatados no decorrer do presente trabalho.

Primeiramente, estabelece-se o centro – a filiação sócio-afetiva, instrumentalizada no campo dos fatos pela figura clássica da posse de estado de filho – evidentemente com distinta finalidade do antigo uso do instituto: *“a filiação se estabelece pela posse de estado...”*.

Ao redor, canalizando os fatos para o novo centro promotor da filiação, surgem o critério biológico e a presunção nupcialista: *“... porém a ascendência biológica ou o registro de nascimento, na forma da lei, fazem presumir tal estado.”*.

É importante entender o sentido e alcance do final da expressão por nós proposta. Num sistema em que a posse do estado de filho se torne central no estabelecimento da paternidade jurídica, a ausência de posse de estado de filho não deixaria o investigando sem pai ou mãe, o que lhe causaria sério dano aos seus interesses.

Bastaria para isso que o vínculo jurídico se estabelecesse a partir de uma presunção oriunda do fato biológico, presunção esta (e não o fato biológico – que depende de um mero exame técnico) que, por óbvio, não admite prova em contrário.

Desta forma concilia-se, tanto o instrumental já existente para o estabelecimento da filiação, quanto a mais moderna técnica de juridicização dos estados de fato familiares.

Do ponto de vista das possíveis pretensões processuais daí advindas, é mister reconhecer agora que, em sede de investigação de paternidade, a relação paterno-filial afetiva vem primeiro como causa de pedir, e na falta desta (o pretense pai ou mãe podem não querer reconhecer o investigando, daí a lide), a posse estaria presumida pela mesma hipótese que hoje admite a referida ação – paternidade biológica.

Num eventual conflito entre o vínculo biológico ou mesmo registral (fundado ou não em laços biológicos, oriundo da janela nupcialista, ou ainda de fecundação heteróloga consentida), *a priori* já se resolveria o conflito, favorecendo a posse de estado.

Num conflito entre o biológico e o registral (como é o caso do filho adulterino *à matre*), a posse de estado figuraria como instrumento de desempate e critério de atribuição do ônus jurídico da paternidade.

Seja como critério de atribuição ou de desempate, a evocação da posse de estado de filho permite a funcionalização dos critérios biológico e nupcialista de paternidade em favor do critério sócio-afetivo, harmonizando o sistema à nova conformação valorativa realizada pela paternidade jurídica sem destruir radicalmente o arcabouço jurídico da filiação construído pela civilização ocidental nos últimos três milênios.

Outrossim, a nova conformação legislativa proposta supera o ranço biologista que teima em manter-se sozinho de pé no conjunto de regras que tratam da filiação pela Lei 10.406. Sou daqueles que entendem que, tomadas em seus conjuntos, as normas também mandam mensagens.

Um cotejo jurídico que desconheça qualquer mecanismo de estabelecimento de filiação jurídica a partir das relações de fato, herdeiro do falecido nupcialismo radical, só pode ser baseado na relação biológica, ainda que admitindo exceções não-biológicas.

Uma mudança meramente teórico-valorativa estaria incompleta se não se refletisse, por isto mesmo, numa mudança “de ponta cabeça” no sistema de atribuição da filiação pela legislação vigente.

Uma das conseqüências mais eloqüentes desta mudança seria a flexibilização da mudança de parentesco em primeiro grau para além da hipótese da adoção. É o que se deduz da simples leitura do enunciado.

A posse de estado de filho pode ser, em tese, estabelecida em momentos diferentes, com pais diferentes, bastando, para isso, a anuência da dupla de interessados, através de atos reiterados que configurem o suporte fático da posse de estado.

Trata-se de uma filiação mais fluida, é bem verdade, mas o que não é ainda fluido nas relações de família? Mais do que em qualquer outra área da experiência humana, as relações familiares deixaram de ser estáticas – até que a morte os separe – para permitir a busca da felicidade dos indivíduos concretos para além da existência das instituições abstratas.

Que mal há então em se permitir, dentro de parâmetros de razoabilidade e dentro de um contexto histórico, científico e jurídico, a fluidez igualmente das relações paterno ou materno-filiais, quando a própria experiência das famílias já consolidou, na prática, esta mesma fluidez?

O enunciado desburocratiza o estabelecimento de novas relações paterno-filiais outrora à margem da lei, tais como as crianças e adolescentes criados como filhos, tratados privada e publicamente como filhos, mas que não carregam, por ignorância ou desprezo pelo formalismo jurídico elitista, caro e complexo, o nome de seus *genitores do coração*?

Não poucos casos de injustiça real acobertam a aplicação fria da lei sucessória em casos de, por exemplo, “filhos de criação” (fazendo-se a ressalva que nem todo f.c. pode ser considerado filho sócio-afetivo, mas apenas aquele que demonstrar a respectiva posse de estado)?

O direito daí oriundo, por sua natureza, seria imprescritível, o que propicia sua alteração pelo próprio filho sociológico ao alcançar a maioridade/capacidade plena ou, sob a fiscalização do Ministério Público quanto aos seus interesses, representado ou assistido, conforme sua idade.

O pleito pode ainda ser formulado contra quem presentemente não deseja reconhecer como filho o investigante, bastando para isso que a posse de estado de filho, mesmo pretérita, seja demonstrada ou que a forma presumida seja estabelecida pela prova pericial.

Uma aparente assimetria emerge da possibilidade (aparente, a meu ver) da disponibilidade do estado de filiação pelo seu titular, sem a correspondente do lado do pai. Isto se deve ao fato de que, embora se possa reconhecer um interesse personalíssimo do pai em se ver reconhecido no filho, deve-se levar em consideração também que a escolha da paternidade, seja em que modalidade for, é preponderantemente dos pais, raramente participando os filhos desta decisão.

Crianças não escolhem nascer ou ser criadas com denodo e amor por quem quer que seja. Por isso, no melhor interesse destas personalidades faticamente submetidas à realidade familiar em que se originaram, permanece o direito de paternidade indisponível em relação aos pais.

Já no pólo filial, ao lado do reconhecimento ao direito de ter pai jurídico (seja pela via da posse real ou presumida de estado de filho), urge também reconhecer a possibilidade de mudança na atribuição da paternidade, seja à criança e ao adolescente pela força da adoção de direito ou de fato (i.e., pela posse de estado), seja, para os capazes, a possibilidade de se “adotar” outros pais ou até pleitear-se em juízo o reconhecimento jurídico do pai ou mãe “afetivos”.

Não se pode entretanto esquecer de atrair a incidência do art. 42 § 1º do ECA à posse de estado constitutiva de relação paterno-filial, pelas razões já expostas: “*Aplicam-se à paternidade oriunda da posse de estado as disposições do art. 42 § 1º da Lei 8.069/90.*”

E bem assim, não olvidar da preocupação solidarista: “*À paternidade ou maternidade estabelecida por segunda posse de estado, não se atribui o efeito desconstitutivo do dever alimentar à paternidade ou maternidade anterior, para efeito de assistência a que se refere o art. 1.694 da Lei 10.406/2002, exceto se o vínculo foi comprovadamente estabelecido na menoridade.*”.

O critério da menoridade aí, por óbvio, é francamente arbitrário, visa apenas evitar-se a instrumentalização, por adultos, da posse de estado com vistas à fraude ao dever de alimentos, sem, entretanto vedar-lhe o reconhecimento judicial, em tese, de posse de estado.

Claramente embute-se aqui a filiação alimentar construída anteriormente e de modo sucinto, em que pese o efetivo desligamento jurídico-parental possibilitado pela posse de estado entre pai/mãe e filho/a.

5.5 – O PROBLEMA INICIALMENTE PROPOSTO

No início da obra suscitamos um critério ilustrativo, um instrumento que permitiria visualizar, com mais facilidade, o movimento do critério jurídico de paternidade, facilitando, assim, a melhor compreensão do contexto sobre o qual os problemas centrais do presente trabalho são propostos.

Dependendo da época histórica e das normas e valores vigentes, a resposta a esta pergunta poderá recair em qualquer dos candidatos: João, pelo critério nupcialista (incidência da presunção *pater ist est* aliada à não impugnação à paternidade legítima), Pedro, pelo

critério biológico (resultado positivo do exame de DNA), ou José, pelo critério sociológico (no caso, pelo critério da posse de estado de filho).

Para efeitos de exposição, e parafraseando Guilherme de Oliveira, podemos estabelecer, ao longo dos últimos cento e cinquenta anos, três momentos da paternidade, correspondentes aos três critérios acima referidos.

É de fácil constatação que o critério de paternidade de cada época traduz de modo mais ou menos intenso toda uma bagagem histórica que lhe é anterior, refletindo-se daí na decisão judicial, como realização desse contexto. É traço característico de a lei tender à petrificação do passado e sua imposição ao presente, na solene advertência de Caio Mário da Silva Pereira:

As tradições jurídicas conservadoras como soem ser, resistem às inovações, e ostentam ao observador um estado de coisas sem correspondência na vida cotidiana. É um fato de observação corrente que a evolução jurídica se processa no corpo das leis, depois de se ter operado uma alteração consuetudinária, depois de se ter verificado um trabalho amenizador com a aplicação dos princípios por parte dos juízes. No tocante ao direito de família, em particular, a lei só se amolda às exigências sociais após um período de preparação, mais ou menos longo, em que se salienta a imposição costumeira ao legislador, no sentido da reforma. Dificilmente ocorre que o direito positivo avance em relação aos hábitos. Em geral segue-os. É por isso que muitos dispositivos legais são de um rigor que a vida não reflete mais.²²⁶

Sem dúvida, a estrutura familiar hierarquizada na qual o Código Civil brasileiro de 1916 modelou-se é claro resquício de uma visão igualmente hierárquica da sociedade, característica da Antiguidade e Idade Média.

Num mundo em que as normas hierarquizavam e discriminavam poder e privilégios aos indivíduos do espaço público, senhores e servos, nobres e plebeus, nada mais natural que igualmente reproduzir privilégios hierárquicos também nas relações do espaço privado.

A idade moderna e o avanço do ideal de igualdade desmantelaram as estruturas de casta prevaletentes no antigo regime, tornando os indivíduos da praça ao menos formalmente iguais e direitos e obrigações. Entretanto, esta conquista do Iluminismo e da Revolução

²²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 202-203.

Liberal Francesa não transitou imediatamente da praça para os aposentos do casal, levando, igualmente, praticamente dois séculos para fazer sentir de modo pleno sua influência no ambiente familiar.

Entretanto, o avanço do princípio democrático, aliado ao racionalismo científico, traduzido, no direito de família, pela possibilidade de exames de paternidade biológica com altíssima precisão tornou o exame de DNA um ícone desta era de igualdades e do desmonte da hierarquia e privilégios nos lares, como antes já ocorrera no ambiente público.

Entrementes, num terceiro momento, a rebelião dos fatos contra a ciência, a diluição das identidades tradicionais em diversos ramos do saber e mesmo da sociedade, marcam este contexto da história ocidental. Igual fenômeno ocorre também, com o hiato temporal ainda existente, (se bem que, na velocidade característica das idéias da pós-modernidade – viajando por bits e satélites por todo o globo) na relação paterno ou materno-filial.

Os fatos familiares, notadamente na relação paterno-filial, rebelaram-se contra o determinismo biológico implementado pelo fascínio dos juristas e tribunais ante dos exames de DNA, e novas situações fáticas, com esteio nas escolhas e sentimentos das pessoas (igualmente característico da pós-modernidade e suas verdades subjetivas) suplantaram, entre outras, a tradicional identidade entre paternidade e laços biológicos.

Neste cadinho, situações díspares como a inseminação heteróloga consentida, a “adoção à brasileira” e os “filhos de criação”, estes dois últimos fenômenos ainda à margem de qualquer regulamentação estatal (quando não francos ilícitos) e principalmente estes dois últimos, fazem pouco de valores tradicionais do direito, como a segurança jurídica e a sede de critérios totalizantes e unitariamente explicativos da realidade. Tais realidades consolidam situações de fato, à margem das categorias normativas, que apenas a contragosto o sistema tem começado a acolher.

Mas do ponto de vista da técnica jurídica, o que diferencia mesmo este terceiro momento da paternidade em relação aos dois primeiros é a impossibilidade de que estabelecer critérios *a priori* de paternidade.

Num primeiro momento, a paternidade do filho nascido sob os auspícios da presunção *pater ist est* não impugnada pelo próprio marido suplantava a ausência de critério biológico; num segundo este mesmo critério impunha-se pelo encantador exame de DNA.

Agora as situações fáticas do terceiro momento da paternidade não admitem soluções prontas, respostas silogísticas e que já tenham implícita na norma a resposta mais adequada ao caso concreto.

Esta complexidade característica dos problemas abordados exige de igual modo mudança de abordagem da técnica de solução de conflitos que um dos principais papéis do direito.

CONCLUSÃO

A seguir, em ordem numérica, seguem listadas as contribuições que o presente trabalho trouxe para o conhecimento da matéria:

1. A paternidade sociológica, versão europeia da categoria de paternidade que, por exclusão, não abarca os critérios nupcialista e biologista de paternidade (com origem especificamente na paternidade legal por inseminação artificial heteróloga, depois estendida às perfilhações de complacência), ao ser incorporada à discussão nacional, ganhou um prefixo característico, refletindo o viés ou perspectiva pelo qual doravante seria vista – passou-se a falar de paternidade sócio-afetiva. A classificação dos critérios jurídicos de paternidade sofre de imprecisões na literatura jurídica nacional, geralmente fruto da confusão entre a paternidade jurídica e registral ou nupcialista. Tal falta de sistematicidade das categorias de paternidade dificulta a reflexão da matéria e apenas acirra os equívocos no trato do assunto.
2. A posse de estado, como instrumento constitutivo de relação jurídica paterno-filial, guarda pouca semelhança com o seu congêneres pretérito. A posse de estado foi concebida para, a partir de indícios exteriores, constatar a assertiva de filiação legítima, sob os auspícios do momento nupcialista da paternidade, em que o biológico estava jungido ao jurídico e este, definido e delimitado pela ocorrência ou não das justas núpcias. A posse de estado, como se concebe hoje, relativiza a tríade clássica de elementos de constatação justamente porque busca outra realidade, totalmente desconhecida das finalidades para as quais a posse de estado fora concebida, isto é, avaliar a possível existência de uma relação fática, de natureza emocional (afetiva) entre duas pessoas, por elas reconhecida como paterno (ou materno) filial.

3. Apesar de lidar com o estado das pessoas, a posse de estado não pugna por uma previsão normativa precisa conceituação doutrinária delimitada. Na sua nova função, como delineada pela literatura e jurisprudência, a já não tão bem delimitada tríade clássica, a posse de estado, na sua nova função constitutiva vai ficando reduzida apenas à constatação de um mútuo reconhecimento entre duas pessoas de uma relação afetiva paterno-filial.
4. A doutrina explicitamente reconhece ao julgador os papéis de (a) completar a noção de posse de estado, e (b) sem auxílio de qualquer moldura legal, subsumir o fato à “norma”, declarando a constituição (e eventual desconstituição) de vínculos jurídicos relacionados à pessoa e que tem profunda relação com sua identidade, bem como futura garantia de abrigo dentro da rede de solidariedade parental.
5. Como pressupostos principiológicos da temática da posse de estado se fazem necessários, além da franca valorização do princípio da afetividade (elemento da existência humana de grande relevo e paradoxalmente de grande indeterminação, porém de larga aplicação em direito de família: de princípio a dever jurídico), outros dois princípios de fundamental importância para o direito de família e as relações paterno-filiais devem ser levados em conta: (a) o direito fundamental de liberdade, na dimensão existencial, em que os indivíduos têm de estabelecer livremente (ou não) vínculos afetivos entre si, a ponto de alguns defenderem o dever de indenizar por “abandono afetivo”; e (b) o dever fundamental de solidariedade, inerente ao vínculo parental, mas potencialmente lesado pela abertura e mobilidade propiciadas pelo poder constitutivo da posse de estado no estado da arte, defendida e praticada pela literatura e jurisprudência.
6. A literatura e mesmo a jurisprudência constroem pontes entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a paternidade sócio-afetiva mediada

pela posse de estado, mas tal construção pode implicar – como restou demonstrado, em aporias que geram incompatibilidades com o próprio sistema e, por via transversa, eventualmente até com o próprio princípio. Mais do que um acidente de percurso, esta via metodológica tem sido uma constante na experiência jurídica brasileira em várias áreas, notadamente no direito privado, como é o caso justamente da problemática que motivou a presente tese.

7. A posse de estado de filho evidencia na espécie de filiação sociológica dela dependente as seguintes características: (a) Dinamicidade: ao contrário da perspectiva estática de paternidade, outra vez mais forte no discurso do que na realidade dos sistemas anteriores, a paternidade sócio-afetiva (pelo menos naquela baseada na experiência da posse de estado de filho) abre espaço para a mais franca admissão da paternidade móvel ou mutante. Não que se negue o fato de que nas outras fases de estabelecimento jurídico do vínculo paterno-filial tal possibilidade fosse inexistente, mas era, no mínimo, considerada como patológica ou claramente excepcional. Agora vem a ser parte inerente do mecanismo de estabelecimento do critério jurídico de paternidade. Se a posse de estado de filho é admitida como fato gerador do vínculo paterno-filial, é admissível, ao menos em tese, que um indivíduo possa experimentar posse de estado de filho mais de uma vez ao longo da vida. De accidental, tal característica se mostra parte da essência do instituto. (b) Disponibilidade: embora a paternidade, qualquer que seja a causa, seja indisponível pelos pais, em face da posse de estado de filho a filiação admite, por consequência, a reconstituição dos referidos laços a quem alcançou certo grau de maturidade e consciência. Um adulto pode, assim, “adotar” um pai ou uma mãe mediante a posse de estado de filho, da mesma maneira que os novos pais devem “adotar” o novo filho. Tal característica é ainda corolário da anterior. (c) Informalidade: tal característica da paternidade sociológica

baseada na posse de estado, advém do fato de ser baseada totalmente em relações fáticas, às quais somente em tempos recentes a experiência dos tribunais, à margem de qualquer previsão normativa explícita, bem reconhecendo poder jurídico geracional.

8. A aplicação da posse de estado com função constitutiva de relação paterno ou materno-filial instrumentaliza a burla à teleologia da vedação legal do art. 42 § 1º da Lei 8.069/1990, que expressamente veda a adoção entre ascendentes e descendentes e entre irmãos.
9. A mesma aplicação referida abre espaço para fraudes e situações-limite, em que o filho maior, pleiteando reconhecimento jurídico de nova posse de estado, por vias indiretas livra-se de futuro ônus alimentar do genitor biológico ou registral, o que, segundo demonstrado, possibilita a redução de incidência de uma garantia jusfundamental material em direito de família, a saber, a proteção de uma teia familiar de solidariedade.
10. A constituição de relação paterno-filial oriunda da posse de estado não deve violar o interdito análogo da adoção entre parentes próximos estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, razão pela qual necessário se faz sua regulamentação legislativa.
11. De igual modo, não se pode admitir que um instrumento recém criado para a manutenção da família eudemonista, como a paternidade sócio-afetiva por posse de estado, tenha por consequência reflexa a potencial desconstituição do dever alimentar de um filho adulto. Em face disto, propõe-se a dissociação de papéis entre parentesco e dever alimentar nesta hipótese excepcional, criando-se a figura da “filiação alimentar”, que sobreviveria como posição jurídica para além da extinção do vínculo parental, mas em função de sua pretérita existência.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação sócioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 8. n. 39. Dez./Jan. Porto Alegre: Síntese, 2007, pp. 52-78.

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito de família no contexto das organizações sócioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 7. n. 34. Fev/Mar. Porto Alegre: Síntese, 2006, pp. 5-30.

ALEXANDER, Larry e KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos in: MARMOR, Andrei (org.). Direito e Interpretação - ensaios de filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 491.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA JR., A. Paternidade (aspectos bio-psicológico, jurídico e social). São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito In: Revista dos Tribunais. Ano 94. Vol. 838. Agosto. São Paulo: RT, 2005, pp. 87-100.

ALMEIDA, Maria Cristina de. DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2003.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Princípios informativos da relação de filiação: indagações à luz dos progressos da biotecnologia In: Revista Direito, Estado e Sociedade. N 15. http://www.puc-rio.br/direito/revista/online/rev15_aalejandro.html Disponível em: 11/03/2006.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. Teoria Geral do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 2. ed.

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família In: Revista Jurídica. Ano 53. n. 331. Maio. Porto Alegre: Notadez, 2005, pp. 75-88.

ANTOKOLSKAIA, M. The Process of Modernisation of Family Law in Eastern and Western Europe: Difference in Timing, Resemblance in Substance, vol 4.2 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (September 2000), <http://www.ejcl.org/42/art42-1.html>. Disponível em: 15/11/2006.

ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. Biodireito: o direito da vida In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13. n. 51. Abr./Jun. São Paulo: RT, 2005, pp. 111-119.

ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. 4. ed.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 2. ed.

ASSUMPCÃO, Luiz Roberto de. Aspectos da paternidade no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA, Ruy. O divórcio e o anarchismo. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1989. 27ª ed.

BARROS, Fernando Otoni. Do direito ao pai. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BAUMAN, Zigmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____. Identidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BENUCCI, Renato Luís. A prova técnica e a soberania da coisa julgada. In: Revista Dialética de Direito Processual. N. 29. Ago. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 99-103.

BEVILAQUA, Clovis. Direito da Família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. 6. ed.

_____. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, 2. ed. Ver. E atual por Prof. Caio Mario da Silva Pereira.

BITTAR, Carlos Eduardo. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

BORGES, Roxana, Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRUGI, Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Cidade do México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946.

CABRAL, Pedro Manso. Paternidade ilegítima e filiação. São Paulo: Saraiva, 1983.

CAMBI, Eduardo. Prova e coisa julgada na ação de investigação de paternidade: apontamentos críticos. In: Revista de Processo. Ano 30. n. 122. Abr. São Paulo: RT, 2005, pp. 63-80.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno filial. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 8. n. 36. Jun/Jul. Porto Alegre: Síntese, 2006, pp. 71-87.

CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de; ALMEIDA, Paulo Henrique de. Família e proteção social In: São Paulo em Perspectiva. , vol.17, no. 2. abr./jun. São Paulo: Fundação SEADE, 2003, p.109-122.

CHAVES, Adalgisa Wiedermann. A tripla parentalidade (biológica, registral e sócioafetiva) In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 7. N. 31. Ago./Set. Porto Alegre: Síntese, 2005, pp. 143-160.

CIMBALI, Enrico. A nova phase do Direito Civil em suas relações econômicas e sociais. Trad. Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Livraria Clássica, 1900.

COOPER, David. The death of the family. London: Penguin Press, 1971.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Campinas: Romana, 2004.

DAYRELL, Carlos. Da filiação ilegítima no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

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

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre o direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. Investigando a parentalidade. In: Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. N. 27. out./dez. Brasília: CEJ, 2004, pp. 64-68.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das coisas . V. 4. São Paulo: Saraiva, 2004. 20. ed.

DINIZ, Paula Castro. Repensando a paternidade: o papel da afetividade na busca da verdade em matéria de filiação Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Direito de Coimbra. <http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/PaulaDiniz.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2007.

DONIZETI, Leila. Filiação sócioafetiva e direito à identidade genética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGEL, Margorie. Stepfamily tribulations under United States laws and social policies In: International Survey of Family Law. Bristol: Jordan Publishing, 2005, pp. 529-554.

ENGELS, Friedrich. A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963. 3. ed.

FACHIN, Luiz Edson. Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em Pontes de Miranda in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. v.33. Porto Alegre: Síntese: 2000, pp. 91-7.

_____. Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Estabelecimento de filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. Teoria crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do novo milênio: (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de não permanecer casado In: Revista de Direito Privado. N. 20. Out/Dez. São Paulo: RT, 2004, pp. 83-102.

_____. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas x famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional) In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 6. N. 23. Abr/Mai. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2004, pp. 5-21.

FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994. 2. ed.

FONSECA, Arnaldo de Medeiros. Investigação de paternidade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

FONSECA, Cláudia. Mãe é uma só? Reflexões em torno de alguns casos brasileiros. In: Psicologia USP. V. 13. N. 2. São Paulo: USP, 2002, pp. 49-68.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. Direito de paternidade. São Paulo: Ltr, 1997.

FULCHIRON, Hugues. Egalité, vérité, stabilité: the new French filiation law after the ordonnance of 4 July 2005 In: The International Survey of Family Law – 2006 Edition. Bristol: Jordan Publishing, 2006, p. 211.

GARCÍA, Luciano Barrientos. Esquema del sistema general de riesgos profesionales in: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, n. 97, Medellín: 1996, pp. 135-155.

GOLDRAJCH, Danielle; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva. A alienação parental e a reconstrução dos vínculos parentais: uma abordagem interdisciplinar. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 8. n. 37. Ago./Set. Porto Alegre: Síntese, 2006, pp. 5-26.

GOMES, José Jairo. Reprodução assistida e filiação na perspectiva dos direitos da personalidade In: Revista de Direito Privado. N. 22. Abr-Jun. São Paulo: Ltr, 2005, pp. 136-152.

GOMES, Orlando; CARNEIRO, Nelson. Do reconhecimento dos filhos adulterinos. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses Jurídicas – Direito Civil – Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 1999. 5. ed.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 7. ed.

GROSSMAN, Cecília P.; HERRERA, Marisa. The right to one's identity in recent judicial decisions on filiation and adoption In: The International Survey of Family Law. Bristol: Jordan Publishing, 2005, pp. 23-40.

HELLER, Agnes. Além da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. O dano pessoal na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HUXLEY, Aldous. A ilha. São Paulo: Globo, 2001. 2. ed.

IANNI, Octavio. A era do globalismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996. 2. ed.

JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. T. I. Vol. II. La Família. Buenos Aires: Bosch, 1952.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 169.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Os sete pecados capitais do novo direito de família. In: Revista dos Tribunais. Ano 94. V. 833. Março. São Paulo: RT, 2005, pp. 66-81.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, V.6 n.24. jun/jul., 2004, pp. 136-156.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 5. N. 19. Ago./Set. Porto Alegre: Síntese, 2003, pp. 133-156.

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 27 de novembro de 2006.

MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. In: Revista brasileira de direito de família. V. 6. N. 23. Abr./Mai. Porto Alegre: Síntese, 1999, pp. 22-36.

_____. Paternidade alimentar. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 8. N. 37. Ago./Set. Porto Alegre: Síntese, 2006, pp. 133-150.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 6. N. 24. Jun/Jul. Porto Alegre: Síntese, 2004, pp. 50-79.

MALHEIROS FILHO, Fernando. O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável. In: Revista de Direito Privado. N. 22. Abr./Jun. São Paulo: RT, 2005, pp. 66-82.

MARCATO, Antônio Carlos. Reconhecimento dos filhos ilegítimos in: Revista dos Tribunais. Ano 75. Abr. Vol. 606. São Paulo: RT, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: Gênese – Revista de Direito Processual Civil. N. 31. jan./mar. Curitiba: Gênese, 2004, pp. 142-162.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2003. 12. ed.

MILL, John Stuart. Da liberdade – Clássicos da Democracia. São Paulo: Ibrasa, 1963.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O enfrentamento do biodireito pela Constituição In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13. n. 53. Out/Dez. São Paulo: RT, 2005, pp. 134-147.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano VI. N. 33. Jan.-Fev. Porto Alegre: Síntese, 2005, pp. 5-28.

MOTTA-MAUÉS, Maria Angélica. Na “casa da mãe”/na “casa do pai”: Anotações (de uma antropóloga e avó) em torno da “circulação” de crianças. In: Revista de Antropologia, V. 47 Nº 2, São Paulo: USP, 2004, pp. 442-444.

MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 6. N. 27. Dez./Jan. Porto Alegre: Síntese, 2005, pp. 72-95.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar tributos. Coimbra: Almedina, 2004.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei In: Revista Brasileira de Ciências Sociais - Vol. 16 no. 45. Fev. São Paulo: ANPOCS, 2001, p. 116.

NERY, Rosa Maria Barreto B. de A. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado in: Revista de Direito Privado, n. 17, jan/mar-2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 65-70.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Coisa julgada ou DNA negativo – o que deve prevalecer? In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 5. N. 21. Dez./Jan. Porto Alegre: Síntese, 2004, pp. 13-159.

_____. Paternidade e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2006.

OLIVEIRA, Cândido de. Manual do Código Civil Brasileiro – Do Direito de Família (art. 189-329). Rio de Janeiro: Jacintho Ribieiro dos Santos, 1929.

OLIVEIRA, Cybele. A bioética sob a perspectiva do direito da criança e do adolescente In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 14. N. 55. Abr./Jun. São Paulo: RT, 2006, pp. 176-193.

OLIVEIRA, Euclides de. Os operadores do direito frente às questões da parentalidade. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 5. n. 20. Out./Nov. Porto Alegre: Síntese, 2003, pp. 150-161.

OLIVEIRA, Guilherme de. Critério jurídico de paternidade. Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, José Lopes de. Curso de Direito Civil – Direito de Família. São Paulo: Sugestões literárias, 1980.

OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. Adoção, guarda e tutela como institutos jurídicos definidores da família substituta. Bauru: Edipro, 2001.

PALMA, Rúbia. Famílias monoparentais. Rio de Janeiro: Forense: 2001.

PELLIZZOLI, M. L. A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o Século XXI. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento de paternidade e seus efeitos. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, José da Costa. Filiação. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

PISANO MOTA, Maria Antonieta. Adoção à brasileira in: Viver Psicologia. N. 33 São Paulo: Ed. Pereira de Castro, jul/jul 1995, pp. 20-21.

PONTES DE MIRANDA. Direito de Família. Exposição Technica e Systematica do Codico Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

_____. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo IX – Direito de Família: direito parental. Direito Protectivo. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. 2. ed.

_____. Tratado de Direito Privado. T. 9. Campinas: Bookseller, 2000. 1 ed.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. O biodireito e a redescoberta do ser humano In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13. n. 52. Jul/Set. São Paulo: RT, 2005, pp. 68-90.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia: Antigüidade e Idade Média. São Paulo: Paulus, 1990, v. 1. 4. ed.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. Prazo para impugnar a paternidade. In: Revista Jurídica. Ano 50. n. 296. Junho. Porto Alegre: Notadez: 2002, pp. 42-55.

ROCHA, Renata. O biodireito constitucional. Limite e fim da atividade científica. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 12. N. 49. Out./Dez. São Paulo: RT, 2004, pp. 191-210.

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. Vol. II – Direito de Família, Direitos reais e posse. São Paulo: Saraiva, 1972. 3. ed.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SÁ PEREIRA, Virgílio. Direito de Família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. 2. ed.

SALDANHA, Nelson. O Jardim e a Praça: o Privado e o Público na Vida Social e Histórica. São Paulo: Edusp, 1993.

_____. Ordem e Hermenêutica. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SAMARA, Eni de Mesquita. Estratégias matrimoniais no Brasil do Século XIX. In: Revista Brasileira de História: Sociedade e Cultura. V. 8. n. 15. Set./fev. São Paulo: ANPUH/Ed. Marco Zero, 1988, pp. 91-105.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 3. ed.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 437-458.

SERRES, Michel. O contrato natural – coleção epistemologia e sociedade. Trad. Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

SILVA, Marcos Alves da. Do pátrio poder à autoridade parental: repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAVARES, José de Farias. Novo Código Civil e a família informal In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 5. N. 19. Ago/Set. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2003, pp. 5-30.

ULMANN, Reinholdo Aloysio. O solidarismo. São Leopoldo: Unisinos, 1993.

VENCELAU, Rose Melo. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade In: Revista Forense. V. 271. Jul/Set. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. Pais e filhos por adoção no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003.

_____; CORNÉLIO, Soraya Afonso. Filhos adotivos: amores ou dissabores? In: Revista de Ciências Humanas. n. 4. Curitiba: Editora da UFPR, 1995.

WELTER, Belmiro Pedro. A compreensão dos preconceitos no direito de família pela hermenêutica filosófica In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 8. N. 38. out./nov. Porto Alegre: Síntese, 2006, pp. 6-25.

_____. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: Revista Brasileira de Direito de Família. V. 6. N. 27. Dez./Jan. Porto Alegre: Síntese, 2005, pp. 40-71.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. 2. ed.

ANEXO I

SENTENÇA – INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA –
RECONHECIMENTO DE VÍNCULO MATERNO-FILIAL CONSTITUÍDO POR POSSE
DE ESTADO – “FILHO DE CRIAÇÃO”



Estado de Sergipe
Poder Judiciário
1ª Vara Cível de Socorro
 Centro, Nossa Senhora do Socorro/Se

Sentença

Dados do Processo

Número 200388011354	Classe Investigação de Maternidade	Competência 1ª Vara Cível de Socorro	 Ofício 1º
	Situação JULGADO	 Distribuído Em: 29/10/2003	 Local do Registro 1ª Vara Cível de Socorro
 Julgamento 22/12/2004			
	Pai: NAO DECLARADO Mãe: AURORA MARIA DA CONCEICAO		

Sentença - Processo 1354-2003.

O Representante do Ministério Público Estadual move a presente **Ação de Investigação de Maternidade Socioafetiva** em face de **Valdeci Maria Da Conceição**, em prol do adolescente *Tiago Braga dos Santos*, filho de *Doralice Braga dos Santos*, todos identificados às fls. 02, alegando que o menor se encontra na posse de estado de filho da requerida *Valdeci*, sem qualquer laço de parentesco com a mesma, sendo esta última portadora de doença mental, há vários anos.

A senhora *Valdeci* é legalmente interditada, tendo como curadora a senhora *Elizabeth Nunes da Mota*, em decorrência de ação de interdição, promovida pelo Ministério Público.

O Parquet tomou conhecimento dos fatos envolvendo o menor e a requerida interditada quando da elaboração da referida ação de interdição.

Segundo o apurado, o menor foi abandonado pela mãe biológica há mais de 10 anos, passando a requerida *Valdeci* a cuidar do pequeno

como se mãe fosse, estabelecendo – se laços de socioafetividade entre ambos.

Após descrever passagens dos depoimentos prestados junto à Promotoria Cível desta Comarca e da caracterização da maternidade socioafetiva, o Parquet requer a declaração da posse de estado de filho afetivo do jovem *Tiago Braga dos Santos* em relação à suplicada, para que surtam os efeitos jurídicos, especialmente, o cancelamento do registro civil original e estabelecido o vínculo de filiação do adolescente e da ré, tudo nos termos do Estatuto da Criança e Adolescente. (fls. 02/09)

Com a inicial apresentou os documentos de fls. 10/25.

Citação da mãe biológica às fls. 32.

Juntada de estudo social e psicológico às fls. 33/48.

Citação da requerida *Valdeci Maria da Conceição* às fls. 51.

Nomeação de curador para a requerida interdita e para mãe biológica citada por edital às fls. 52.

Manifestação do curador da mãe biológica sem refutar fato a fato às fls. 52, verso.

Manifestação genérica do curador da requerida *Valdeci Maria da Conceição* às fls. 53/54.

Despacho saneador às fls. 57.

Audiência de instrução às fls. 65/66.

Manifestação final do Ministério Público às fls. 67/68.

Manifestação derradeira do curador de *Valdeci Maria da Conceição* às fls. 72/73.

Razões finais do curador da mãe biológica às fls. 76/77.

Eis o resumo. Passo a decidir.

Trata – se de ação declaratória de maternidade socioafetiva movida pelo Ministério Público, na qual a parte autora visa ver declarado o vínculo de maternidade estabelecido entre *Valdeci Maria da Conceição* e o adolescente *Tiago Braga dos Santos*.

Dos autos extrai – se que o MP ao tratar da ação de interdição da requerida *Valdeci* percebeu o vínculo afetivo, de cunho maternal, estabelecido entre a incapaz e o adolescente, verificando que não

havia qualquer determinação legal que estabelecesse tal ligação, a exemplo de guarda, tutela, ou adoção, deixando o menor, em termos legais, sem um representante para a defesa dos seus interesses.

Ocorre que, não apenas o aspecto jurídico despertou a atenção do representante do Parquet, mas, especialmente, a ligação de amor e afeto entre a requerida *Valdeci* e o menor, os quais apresentavam comportamento de mãe e filho.

Diante de tal situação, o MP apurou que o jovem fora abandonado pela mãe biológica há mais de 10 anos, e, desde então tem sido criado pela ré *Valdeci*, envolvido por um amor materno, em tudo equiparando – se ao estado de filho.

Frise – se que a doença mental da requerida *Valdeci* teve início nos últimos 05 anos, em decorrência de problemas profissionais. Entretanto, a sua incapacidade mental em nada afastou ou diluiu o amor maternal da requerida pelo adolescente.

A doença mental da ré *Valdeci* veio aflorar o seu amor de mãe e demonstrar de forma clara o amor de filho desenvolvido por *Tiago* em relação àquela.

O quadro de saúde da suplicada *Valdeci* trouxe a confirmação de todo o amor e carinho dado pela mesma ao menor.

O adolescente não pestanejou ou cambaleou em retribuir o zelo e amor recebido pela mãe de criação, passando a cuidar da mesma com auxílio de amigos.

Esta julgadora teve a oportunidade de atuar no feito de interdição da requerida *Valdeci*, e, desde aquele momento atentou para a forte ligação entre a incapaz e seu filho de coração.

Posteriormente, surgiu a presente ação declaratória, e, durante a presente instrução restou indubitavelmente provado que o amor existente entre a ré *Valdeci* e o jovem *Tiago* não é o amor solidário que pode unir qualquer ser humano, mas o amor sublime e incondicional de mãe e filho, aquele que a tudo perdôa e a tudo alcança.

A ré *Valdeci*, em seu breve depoimento, afirmou que está criando “o seu menino”, referindo – se a *Tiago*, desde bem pequeno. Enquanto prestava depoimento a suplicada pediu para que o menor ficasse perto da mesma, demonstrando uma certa aflição ao pensar que o menor seria retirado de sua convivência.

No comportamento da requerida ficou patente a sua preocupação em proteger a cria.

O menor disse que a mãe que conhece é a senhora *Valdeci*, pois sequer se recorda da mãe biológica. Disse ainda, que pretende ver declarada sua condição de filho da requerida.

A curadora da requerida sustentou que mora na companhia de *Valdeci* há dez anos, e, quando chegou na casa de *Valdeci*, ela já criava o menor como seu filho fosse. O menor foi abandonado pela mãe biológica, a qual jamais procurou o filho em todos esses anos.

Todas as testemunhas oitivadas foram uníssonas afirmando que o menor está na companhia da requerida há mais de 10 anos, sempre na condição de filho da mesma, ficando evidenciado que a doença mental da requerida em nada alterou o seu amor de mãe para com o menor.

Dúvidas não tenho que o amor que uni a requerida *Valdeci* e o jovem *Tiago* é o amor de mãe e filho. Amor este que já passou pelos testes das batalhas da vida, já que a requerida apesar de doente, incapaz de praticar atos da vida civil, não apagou da memória o “seu menino”. Por sua vez, o jovem *Tiago* com a doença mental da mãe do coração deixou vir à tona todo o amor que ao longo dos anos vem recebendo da requerida, passando a cuidar da mesma como um filho dedicado.

No relatório psicológico vemos que *Tiago* compensou suas perdas, ou seja, o abandono materno, através do lugar de filho que ganhou no coração da requerida *Valdeci* (fls.39).

O amor de *Valdeci* pelo jovem também está evidenciado no referido laudo, afirmando o estado de simbiose entre o adolescente e a requerida.

Na atualidade, a filiação socioafetiva vem sendo tratada de forma inovadora, com uma construção própria, não mais relegada a segundo plano em face da filiação biológica.

O estado de filiação assumiu uma dimensão mais ampla, abrangendo não apenas a filiação biológica, como também a filiação não biológica.

O estado de filiação é de natureza socioafetiva, desenvolve – se na convivência familiar.

No dizer de Paulo Luiz Netto Lobo “*o estado de filiação constitui- se ope legis ou em razão da posse de estado, por força da convivência familiar (a fortiori, social)consolidado na afetividade. Nesse sentido, a filiação jurídica é sempre de natureza cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não biológica*”(IV Congresso Brasileiro de Direito de Família).

Nos autos em análise vemos que a convivência familiar entre *Valdeci e Tiago* criou o estado de filiação, pois dia a dia foi construído afeto, amor, dedicação, e zelo entre a mãe e o filho do coração.

A requerida *Valdeci* assumiu o papel de mãe de *Tiago*, exteriorizando a todos que a relação entre eles é a de mãe e filho.

Diante da prova trazida aos autos cabe ao Poder Judiciário conferir à aparência desta relação, qual seja de uma adoção de fato, os seus efeitos legais.

O artigo 226 da Constituição Federal permite que entidades familiares diversas sirvam de fundamento para a posse do estado de filiação, dentre estas a entidade monoparental.

O simples fato da requerida está incapacitada para os atos da vida civil não afasta o vínculo maternal criado e mantido durante todos estes anos em prol do menor *Tiago*. A posse do estado de filho é questão fática, não podendo ser desnaturada em razão de anomalia mental da mãe do coração.

Ao Ministério Público coube regularizar a situação fática, por ser o curador dos incapazes.

Observe – se que a mãe biológica foi integrada à lide, sendo citada por edital, com nomeação de curador.

Assim sendo, **Julgo Procedente** o pedido inicial, e, por consequência destituo o poder familiar de *Doralice Braga dos Santos* no tocante ao filho *Tiago Braga dos Santos*, reconhecendo a maternidade socioafetiva de *Valdeci Maria da Conceição* em relação ao adolescente *Tiago Braga dos Santos*, com as consequências legais e jurídicas, fulcrada no artigo 226 da CF/88 c/c artigo 39 e seguintes do ECA.

Determino ainda, o cancelamento do registro civil original do menor para que conste como sua mãe a senhora *Valdeci Maria da Conceição*, anotando – se os avós maternos, passando o menor a usar o nome de *Tiago da Conceição*, consoante artigo 47 do ECA.

Com o trânsito em julgado, expeça – se mandado competente.

Sem Custas.

Publique – se. Registre-se. Intimem – se MP, advogados de fls. 72 e 76, curadora da requerida interdita, a senhora Elizabeth Nunes da Mota.

Socorro, 22 de dezembro de 2004.

Maria Angélica Garcia – Moreno Franco.

Juíza de Direito.

Maria Angélica Garcia M. Franco
Juiz(a) de Direito