

UMA NOVA PERSPECTIVA DA POSSE DO ESTADO DE FILHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Natalia Louise Lopes Pessoa¹

Gabriella Simonetti Meira Pires²

RESUMO

O presente trabalho abordará a filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a posse do estado de filho. Esse instituto que caracteriza uma verdadeira prova de amor e afeto entre pais e filhos não tem seu valor reconhecido em nosso direito, pois o mesmo serve apenas como meio de prova de filiação quando na verdade deveria ser forma de declaração expressa desta. Sendo assim, se faz necessário uma mudança em nossas leis, buscando suprir as lacunas existentes, para que então o direito inerente a personalidade de todo ser humano de constituir uma família possa ser assegurado. Para atender o objetivo proposto à metodologia utilizada foi pesquisas doutrinárias e jurisprudências, pois mesmo a lei não garantindo tais direitos, raros julgados têm possibilitado essa declaração de filiação por meio da posse do estado de filho.

Palavras-chave: Filiação socioafetiva. Posse do estado de filho. Afeto. Família.

ABSTRACT

The present work will address the socioaffective membership in the Brazilian legal system, in particular the ownership of the child State. This Institute that show a true proof of love and affection between parents and children do not have their value recognized in our law, because it only serves as evidence of affiliation when in fact should be expressed in this declaration form. Therefore it is necessary a change in our laws, seeking to fill the gaps, so that the inherent right of every human being's personality to constitute a family can be assured. To meet the objective proposed the methodology used was doctrinal and research jurisprudence, as even the law guaranteeing such rights, rare judged have enabled this Declaration of filiation through the possession of the child State.

Keywords: Membership socioaffective. Possession of the child State. Affection. Family.

¹ Bacharelada do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Rio Grande do Norte –UNI/RN.

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Rio Grande do Norte - UNI/RN, Email: gabybarbalho@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo encontra sua motivação, na medida em que, estudando as formas de filiação no ordenamento jurídico vigente, percebe-se que a posse do estado de filho, instituto tão importante em nosso direito, não tem o tratamento que necessita ter, pois o mesmo serve como um meio subsidiário de prova de filiação, quando na verdade sua importância é tamanha que deve ser um elemento constitutivo da mesma.

Para o desenvolvimento do tema proposto, o trabalho foi dividido em quatro capítulos, os quais são: capítulo 1 - O conceito de filiação e os seus desdobramentos em jurídica, biológica e socioafetiva. Capítulo 2 - Evolução da filiação no ordenamento jurídico brasileiro. Capítulo 3 - a filiação socioafetiva e suas formas. E o capítulo 4 - A posse do estado de filho no direito brasileiro. Dessa forma, pretende-se mostrar as evoluções que ocorreram e o que deve ser objeto de futuras modificações, para que a lei possa suprir as necessidades que surgem na sociedade.

No primeiro capítulo observam-se as três formas que a doutrina conceitua a filiação: em jurídica, biológica e socioafetiva, não sendo nenhum conceito mais relevante que o outro. Contudo percebe-se que o afeto vem ganhando cada vez mais espaço em nossa sociedade, trazendo com ele o novo conceito de família, este pautado no amor, afeto e companheirismo.

O segundo capítulo faz uma trajetória do instituto filiação no ordenamento jurídico brasileiro, tomando como base o Código Civil de 1916, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil atual. Nele aborda-se as desigualdades sofridas pelos filhos durante o Código Civil de 1916, as modificações trazidas pela Carta Magna, dentre as quais foram: a igualdade entre os filhos, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade, e por fim relatam-se as ratificações feitas pelo Código Civil às mudanças trazidas pela Constituição Federal.

No terceiro capítulo relata-se sobre a filiação socioafetiva, esta que se caracteriza por ser aquela que mesmo não existindo um vínculo consanguíneo entre o pai ou a mãe com o filho, prevalece algo mais marcante, que é o afeto, carinho, amor, que se consolida com a convivência diuturna entre eles se transformando em uma sólida união que tem seus desdobramentos tanto na esfera pessoal como na patrimonial. A filiação socioafetiva ocorre na posse de estado de filho, representada pela adoção à brasileira e pelo filho de criação, no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, na adoção e nas técnicas de reprodução assistida heteróloga ou por doação.

No quarto capítulo aborda-se a posse do estado de filho, tema central deste presente trabalho, que se caracteriza por “uma relação afetiva íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação de pai” (BOEIRA, 1999, p.60).

Porém, a posse do estado de filho não é vista pelo nosso direito como realmente deveria, sua importância é tamanha que a mesma é para ser forma constitutiva da filiação e não apenas um meio de prova para alcançá-la. Devido à ausência de previsão legal sobre esse instituto, os Tribunais Pátrios de forma tímida, passaram a proteger a posse do estado de filho, desse modo crianças e adolescentes não ficam mais à margem da lei e têm mais esperança de ver seu direito reconhecido em constituir uma família.

Enquanto nossa legislação não muda, infelizmente deve-se contar com o senso dos nossos magistrados. Fica a necessidade da urgente consolidação da posse do estado de filho como meio expreso declaratório da filiação e não apenas como prova dela.

2 O CONCEITO DE FILIAÇÃO E OS SEUS DESDOBRAMENTOS EM JURÍDICA, BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA

A palavra filiação tem sua origem no vocábulo latino *filiatio*, que tem como “significado estrito” descendência de pais a filhos. A filiação é um vínculo que liga uma pessoa a outra, seja pelo fato biológico ou qualquer outro meio, criando entre os dois uma relação de amor e afeto.

“É a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, ou a receberam como se a tivessem gerado” (FUJITA, 2009, p. 9-10):

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo ainda (CC, arts.1593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre o pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga (DINIZ, 2008, p.275).

Portanto, a filiação pode decorrer de uma relação biológica ou de outro meio, sendo um fato jurídico complexo gerador de inúmeros efeitos, como por exemplo, o direito a alimentos, sucessão, entre outros.

A doutrina classifica a filiação em jurídica, biológica ou natural e socioafetiva, as quais coexistem no ordenamento jurídico e possuem particularidades bem definidas como veremos adiante.

2.1 FILIAÇÃO JURÍDICA

A filiação jurídica é aquela que reconhece através da lei um vínculo paterno-filial. No Código Civil de 1916 a paternidade seguia a presunção *pater is este, quem nuptiae demonstrant*, ou seja, era pai quem demonstrasse justas núpcias; em um conflito de afirmações biológicas e jurídicas, sempre o marido seria o pai das crianças nascidas durante o casamento. Buscava o código, dessa forma, a paz no ambiente familiar. Como podemos observar na citação abaixo:

A verdade biológica era uma verdade proibida. Filho era somente filho no sentido jurídico. A descendência genética podia e deveria coincidir com a concepção do direito; ao banimento do sistema se empurra o filho que não se submetiam aos estritos limites da lei [...]. (FACIN, 1996, p.20)

Mesmo o Código Civil de 2002 mantendo a presunção *pater is est*, trouxe inovações como o exame de DNA, cuja eficácia é superior a 99,999% (<http://www.laboratoriosalucas.com.br/dna.php>), permitindo assim que a verdade pautada em uma presunção relativa desse lugar a uma verdade biológica.

Nos ensina (VENOSA, 2004, p. 246) que a filiação jurídica busca garantir a identificação pessoal relativamente à identificação biológica, mas nem sempre a identidade genética amolda-se à identidade jurídica.

A filiação jurídica passou por transformações com o avanço da tecnologia, permitindo saber a verdadeira filiação, deixando de lado a ideia de que pai era aquele que estivesse casado com a mãe. O exame de DNA veio mostrar, que nem sempre o que a lei nos ensina corresponde aos fatos corretos.

2.2 FILIAÇÃO BIOLÓGICA OU NATURAL

A filiação biológica ou natural é aquela que se constitui através de laços de sangue, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta do primeiro grau, cuja origem

ocorre através de uma relação sexual entre homem e mulher ou através de alguma técnica de reprodução humana.

A filiação biológica está relacionada com a consanguinidade, que no mundo contemporâneo pode ser facilmente comprovada através de diferentes técnicas genéticas, entre elas o exame de DNA, podendo revelar os fatos através de elementos pautados na biologia e não mais em uma presunção relativa de filiação.

2.3 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva se apresenta como uma tendência preponderante no Direito de Família, que a coloca não mais em situação inferior à filiação jurídica e à biológica. O afeto passou a ter valor jurídico, se consolidando no princípio da afetividade, de grande importância na vida psíquica, moral dos cidadãos.

Esse tipo de filiação encontra fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral da criança e do adolescente e da afetividade, como também nos artigos 227 § 6 da CF, 1.593 e 1.596 do CC, entre outros dispositivos que visam à igualdade, à proteção, ao melhor interesse e à não discriminação dos filhos.

Filiação socioafetiva é aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filhos, em que inexiste liame de ordem sanguínea entre eles, havendo, porém, o afeto como elemento aglutinador, tal como uma sólida argamassa a uni-los em suas relações, quer de ordem pessoal, quer de ordem patrimonial. (FUJITA, 2009, p.70)

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. O filho é titular do estado de filiação, que se consolida na afetividade. Não obstante, o art. 1.593 evidencia a possibilidade de diversos tipos de filiação, quando menciona que o parentesco pode derivar do laço de sangue, da adoção ou de outra origem, cabendo assim à hermenêutica a interpretação da amplitude normativa previsto pelo CC de 2002 (DIAS, 2007, p.334).

Como já foi dito a filiação socioafetiva é a nova tendência do direito de família, a qual encontra seus fundamentos em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, como também no principal motivo de sua existência, o afeto, e antes de tudo na vontade de pessoas constituírem uma relação, que é pautada, sobretudo no amor.

A filiação socioafetiva, portanto, se verifica na posse de estado de filho, representada pela adoção à brasileira e pelo filho de criação, no reconhecimento

voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, na adoção e nas técnicas de reprodução assistida heteróloga ou por doação, veremos todos os tipos de filiação socioafetiva no capítulo III.

Verificamos neste capítulo a classificação doutrinária a respeito da filiação, sendo ela jurídica, biológica e socioafetiva, veremos a seguir a evolução dessas formas de filiação no ordenamento brasileiro, destacando as principais mudanças do Código Civil de 1916 e 2002, bem como as transformações oriundas da Constituição de 1998.

3 EVOLUÇÃO DA FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

À medida que o mundo, e juntamente com ele, a sociedade foi evoluindo em decorrência das mudanças ocorridas ao longo do século XX, observa-se uma transformação no modelo de família. O que antes era marcado por um estilo conjugal tradicional, de natureza patriarcal típica, dá lugar a um habitat familiar onde seus membros se desprendem da hierarquia que existia entre eles e passam a viver em um ambiente harmônico, repleto de amor, afeto e companheirismo, possibilitando assim o desenvolvimento social e pessoal de cada integrante familiar.

3.1 A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 tem como base o Direito Romano, preservando assim a ideia que somente o casamento constituía a família legítima, e classificava a filiação em quatro espécies: legítima, legitimada, ilegítima e adotiva.

A filiação legítima, era aquela em que os filhos eram concebidos na constância do casamento, como veremos na citação seguinte:

Relativamente aos filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; e em relação aos nascidos dentro de 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite ou anulação. Eram considerados legítimos os filhos, nascidos antes de 180 dias de início da convivência conjugal, se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher; ou se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavratura do termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade (FUJITA, 2009, p.20).

A filiação legitimada ocorria quando os pais se casavam depois de estar o filho concebido ou após seu nascimento. Os filhos legitimados em tudo se comparavam com os filhos legítimos.

Já a filiação ilegítima, era aquela em que os pais não eram unidos pelo matrimônio. Eles se dividiam em naturais e espúrios. Os filhos naturais, seus pais não tinham impedimentos matrimoniais, mas optaram por não contrair núpcias, esses podiam ser reconhecidos. Já os espúrios que são decorrentes da união do pai ou da mãe à época da concepção ou do nascimento a outro parceiro se subdividiam em adulterinos e incestuosos, estes não podiam ser reconhecidos, ficando impedidos de participar da sucessão hereditária e até de receber alimentos.

A adoção, no Código de 1916, era tratada nos artigos 368 a 378 e se dava através de escritura pública. Ocorreu uma mudança marcante em se tratando desse instituto, pois naquela época o pai biológico permanecia com os mesmos direitos e deveres inerentes à sua função, salvo o pátrio poder, que era transferido do pai natural para o adotivo. Nos dias correntes sabemos que, com a adoção, o pai biológico desliga-se completamente de qualquer vínculo com seu filho, salvo os impedimentos matrimoniais.

3.2 A FILIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes inovações, promovendo uma mudança radical no contexto da família, (BITTAR, 1990, p. 59-60), assim resumiu:

a) a conceituação da família como base da sociedade e sob proteção do Estado; b) a instituição da família pelo casamento; c) a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal; d) a dissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio; e) *a paridade de direitos entre os filhos* (grifos nossos); f) reconhecimento como entidade familiar da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; g) reconhecimento também como entidade familiar da união estável entre homem e mulher.

Dentre as modificações que ocorreram na Constituição Federal, pode-se considerar de grande relevância a que põe fim às discriminações entre os filhos provenientes do casamento, e os de adoção, tentando assim acabar com as diferenças que existiam. Dessa forma, todos passam a ser chamados de *filhos* e a terem os mesmos direitos, não importando sua origem. Como podemos observar nas citações abaixo:

Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §6º da CF). A nosso ver o mais ético e justo dos princípios é o que acaba com a odiosa discriminação, a diferenciação hipócrita e injustificável, extinguindo a perversa classificação dos filhos, como se as crianças inocentes fossem mercadorias expostas em prateleiras de mercearia, uma de primeira, outras de segunda, havendo, ainda, as mais infelizes, de terceira classe ou categoria (VELOSO, 1997, p. 90).

A Constituição Federal trouxe também em seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é a base do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da afetividade, mesmo que de forma implícita, o princípio da solidariedade, entre outros, todos contribuindo para a construção de uma sociedade isonômica.

3.3 A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (LEI Nº 10.406, DE 10.1.2002)

O Código Civil, seguindo as mudanças ocorridas na Constituição Federal de 1988, sofreu importantes modificações em seu texto, como por exemplo, a inclusão da igualdade entre marido e mulher, a união estável como entidade familiar, e em seu artigo 1.596, a igualdade de tratamento entre todos os filhos.

Trouxe também como novidade a regulamentação a respeito dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida na forma heteróloga, material genético somente da mãe, é importante mencionar que nesse tipo de inseminação é necessário à autorização do marido. O Código Civil inovou ainda a respeito dos filhos decorrentes de inseminação artificial homóloga, material genético de ambos os pais. E possibilitou que a inseminação artificial homóloga pudesse ser feita mesmo após a morte do marido. Por fim, permitiu a inseminação de embriões excedentários, a qualquer tempo.

Embora esse dispositivo tenha nos contemplado com importantes mudanças, muito ficou a desejar, como por exemplo: não mencionar o uso da técnica de reprodução assistida para as pessoas que vivem em união estável. A possibilidade de haver uso de técnica de reprodução assistida envolvendo o óvulo de uma doadora e o sêmen do esposo, gerando laço afetivo com a mãe e biológico com o pai. Outro ponto que deveria ter sido abordado refere-se à fecundação assistida totalmente heteróloga, com óvulo e sêmen de doadores, tendo os pais uma relação socioafetiva com o filho.

Ainda tratando dos desacertos do Código Civil de 2002, é necessário relatar que o mesmo manteve a presunção *pater is est*, em outras palavras, pai é o marido,

considerada ultrapassada para os dias de hoje, pois o exame de DNA tem eficácia superior a 99,999% (<http://www.laboratoriosolucas.com.br/dna.php>), possibilitando saber a verdade biológica e não ficar na velha presunção relativa da verdade jurídica.

Ao final desse capítulo insta salientar que “na contemporaneidade, a filiação matrimonial não é mais - nem mesmo a biológica - tão exponencial, a ponto de sobrepujar a filiação socioafetiva” (FUJITA, 2009, p.6). A respeito da filiação socioafetiva abordaremos adiante suas formas e importância para o nosso ordenamento, onde o afeto vem ganhando cada vez mais força nas relações familiares na sociedade.

4 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SUAS FORMAS

Mesmo sendo antiga a existência da filiação socioafetiva, somente hoje é uma realidade constitucional para nós. Por mais que tenham ocorrido alguns avanços em nosso ordenamento a passos lentos, elas não acompanharam os progressos da sociedade. O que nos leva a compreender que muito ainda tem que ser feito para que haja um equilíbrio entre o direito e a sociedade que dele precisa.

O reconhecimento e a igualdade da filiação socioafetiva com as outras formas de filiação no ordenamento civil brasileiro veio com a Constituição Federal de 1988, acabando com a distinção existente entre os filhos e os considerando independentemente de qual seja sua origem. A Carta Magna traz em seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu art.1º, III, o qual tem um valor fundamental em nosso estado democrático de direito, como também o princípio da afetividade, nos seus artigos 226 §4º e 227, *caput*, § 5º c/c § 6º.

Não podemos deixar de mencionar o Código Civil de 2002 que ratificou a atual Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do adolescente e tantos outros dispositivos que defendem a igualdade entre os filhos e acabam com os preconceitos que há séculos dominavam o ordenamento jurídico brasileiro.

[...] A família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. [...] No âmbito jurídico, encerrou definitivamente o seu ciclo após o advento da Constituição Federal de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. [...] Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade (LOBO).

Diante de tudo que foi exposto, resta claro que a filiação socioafetiva é a nova tendência do direito civil vigente. Não tem como ignorar que o afeto está acima de tudo nas relações familiares, o preconceito acabou e as mais diferentes formas de família ganharam forças em nossa sociedade.

Dessa forma nos deparamos com diversas formas de filiação, como a adoção judicial, o filho de criação, a adoção à brasileira, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e decorrente da reprodução humana heteróloga.

Essas relações existentes entre pais e filhos, criam verdadeiras demonstrações de amor, afeto, cumplicidade, carinho e companheirismo, pois a união deles é decorrente puramente da vontade de quererem estar juntos, não havendo liame biológico entre os envolvidos. A seguir veremos as mais diversas formas de filiação socioafetiva:

4.1 ADOÇÃO JUDICIAL

Adoção é um instituto muito antigo. Encontramos sua primeira codificação no código de Hamurabi datado em meados de 1792 a 1750 a.C, o qual faz referência a esse instituto em alguns de seus artigos. Como forma de exemplificar relacionamos abaixo:

Art.185º - Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado.

Art.186º - Se alguém adota como filho um menino e depois que o adotou ele se revolta contra seu pai adotivo e sua mãe, este adotado deverá voltar à sua casa paterna.

Porém, em nosso ordenamento, a adoção veio ser tratada pela primeira vez no Código Civil de 1916 e hoje encontra-se na Constituição Federal, no art. 227, no Código Civil de 2002 no capítulo IV, nos artigos 1.618 ao 1.629, no Estatuto da Criança e do Adolescentes, na subseção IV, arts. 39 ao 59, como em outras leis esparsas, como por exemplo a Lei nº. 9.656/1998.

Adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, desligando-o de qualquer vínculo com os pais biológicos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. Do vínculo de consanguinidade não resulta qualquer outro efeito jurídico, pessoal ou patrimonial. A relação de parentesco se estabelece entre o adotado e toda família do adotante. Os seus parentes tornam-se parentes do adotado, tanto em linha reta, como em linha colateral. Também idênticos os graus de parentesco que se estabelecem em relação aos filhos biológicos do adotante (DIAS, 2010, p.477).

A respeito da adoção homoafetiva, tema que gera discussões, temos de um lado os que defendem que deve prevalecer o afeto e o melhor interesse da criança que será adotada e, de outro, os que argumentam que o Código Civil não contempla a adoção por duas pessoas, a menos que sejam casadas ou companheiras e de sexos opostos.

Independente da corrente que cada uma adota, o importante é que qualquer forma de adoção demonstra o amor com o próximo, construindo assim uma filiação pautada no afeto. Hoje, adotar uma criança é bem mais simples que antigamente, aumentando assim o número de pessoas que procuram essa forma de filiação.

4.2 FILHO DE CRIAÇÃO

Os filhos de criação são aqueles que, mesmo pertencentes a outra pessoa, são sustentados, educados, amados e providos por casais que os consideram como se filhos fossem, mesmo não sendo amparado pela adoção e apenas encontrado na sua guarda.

A filiação afetiva também se corporifica naqueles casos em que, mesmo não havendo vínculo biológico, alguém educa uma criança ou adolescente por mera opção, denominado filho de criação, abrigando em um lar, tendo por fundamento o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto. É dizer, quando uma pessoa, constante e publicamente, tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal à família e à sociedade, quando na qualidade de pai proveu sempre suas necessidades, sua manutenção e sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu (WELTER, 2003 b, p.148)

Como podemos observar, o filho de criação não se trata de uma forma de adoção informal, pois o mesmo não tem amparo da lei, por esse motivo não há igualdade com os filhos biológicos nem mesmo equiparação jurídica entre eles, ressalvadas algumas decisões dos nossos tribunais que estão beneficiando esses filhos e pais que têm entre si o mais puro e verdadeiro sentimento que é o amor, sendo assim é mais que justo terem os direitos e garantias na relação a qual fazem parte.

4.3 ADOÇÃO À BRASILEIRA

A adoção à brasileira se caracteriza pelo registro de filho alheio como sendo seu, porém é considerada uma conduta criminosa, estando tipificada nos artigos 242 e 299 do Código Penal, como fica demonstrado abaixo:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Mesmo o direito penal condenando essas condutas, nossos tribunais e a doutrina vêm decidindo por não condená-los, por considerar uma forma de adoção informal e não ilegal. Essas adoções muitas vezes são atos de nobreza, uma verdadeira prova de amor, muito comum em nosso país, devendo sempre buscar o melhor interesse da criança, justificando a isenção da pena.

A adoção a brasileira garante ao adotado os mesmos deveres e direitos estabelecidos no Código Civil para os pais de filhos biológicos, incluindo o dever de alimentos.

Ementa. Ação negatória de paternidade. Adoção a Brasileira. Paternidade Socioafetiva. O registro de nascimento realizado como ânimo nobre de reconhecer a paternidade socioafetiva não merece ser anulado, nem deixado de se reconhecer o direito de filho assim registrado. Negaram Provento (Apelação Cível nº 70003587250, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator: Rui Portanova).

Quando um homem se registra como pai de uma pessoa, tendo plena certeza de que efetiva e concretamente não é o pai biológico daquela pessoa, mais difícil será para esse pai registral conseguir modificar a situação do registro no Poder Judiciário. Aqui, o exemplo clássico é a chamada “adoção à brasileira”. Nessa hipótese, o pai sequer terá a vantagem de alegar a verdade biológica (verdade real), já que desde sempre soube que não era o pai biológico. E mesmo assim, registrou (RIO GRANDE DO SUL, 2010, Apelação Cível nº 70033740325.)

A não condenação da adoção do filho de criação não pode ser confundida com a subtração de menores, esse último considerado crime. Os fins sociais que acobertam o instituto da adoção à brasileira, não pode dar liberdade para a ocorrência de crimes como o que ocorreu em Goiânia em 1986 com Pedro Rosalino Braule Pinto, registrado como Osvaldo Martins Borges Júnior.

4.4 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE MATERNIDADE OU PATERNIDADE

O reconhecimento voluntário de filiação pode ocorrer segundo o artigo 1.609 do Código Civil de 2002.

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - No registro de nascimento;

II - Por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - Por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - Por manifestação direta e expressamente perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

O reconhecimento voluntário é um ato pessoal dos genitores, não podendo ser feito por outra pessoa, mesmo que próxima, salvo por um procurador munido de poderes especiais e expressos.

O reconhecimento voluntário é um ato espontâneo, incondicional, solene, público, que produz efeito *erga omnes* e é irrevogável, justamente por seu caráter livre. A pessoa que está reconhecendo não foi obrigada a tomar aquela decisão, e sim foi impulsionada por algo maior, o amor, e que por esse motivo não poderá revogá-lo.

Há casos específicos em que pode haver a revogação do registro, como fica demonstrado no artigo 1.604 do Código Civil:

Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Já o artigo 1.604 do mesmo diploma legal estabelece condições para o registro:

O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

Embora o testamento seja basicamente revogável, não poderá ser na parte em que o testador declarar reconhecer o filho, de acordo com o artigo 1.610 do Código Civil, e embasando-se no melhor interesse do filho, que depois de ser considerado como tal não pode ter seus direitos desconstituídos.

[...] de o pai que sabendo não ser o pai biológico, aceita espontaneamente registrar o filho como seu, e por isso não tem direito de invocar a negatória de paternidade. Quando termina o relacionamento conjugal ou a união estável, muitas vezes o pai quer desconstituir a paternidade, importando verdadeira retratação (CHINELATO, 2004, p.45).

O posicionamento de Silmara Juny Chinelato está de acordo com o que a maior parte da doutrina e da jurisprudência vem entendendo, pois se foi criado um vínculo afetivo, ao ponto de registrar o filho como seu, registro esse espontâneo, firmando assim que existia um verdadeiro amor entre os dois, depois que acaba o relacionamento com a mãe ou pai da criança, busca anular o registro, não pensando muitas vezes nesta e sim em descontar a raiva ou angústia por aquele relacionamento não ter dado certo.

Não é essa atitude benéfica para o filho, que por anos teve como base aquela família e chamou aquele homem de pai, ou aquela mulher de mãe, ver seu nome modificado e toda uma relação até então sólida ser desconstituída.

No mesmo sentido, temos o julgado a seguir:

Ementa:

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade c.c. declaratória de nulidade de registro civil. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido.

- O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto.

- Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigante para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano - tão falho por muitas vezes - livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução.

Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-pais.

- O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor

cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o "pai registral" foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto.

-Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento.

- A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto. Recurso especial conhecido e provido (Ministra Nancy Andrigli, Resp. 1003628 DF 2007/0260174-9).

4.5 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Essa última modalidade de filiação socioafetiva vem elencada no artigo 1.597, inciso V do Código Civil, o qual considera concebidos na constância do casamento os:

“havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Serão filhos matrimoniais aqueles resultantes de técnicas de reprodução assistida envolvendo o óvulo do cônjuge virago e o sêmen de terceiro, desde que tenha havido *a priori* a autorização do cônjuge varão, o qual não precisa ser, necessariamente, estéril, ou que não tenha a possibilidade de procriar, por qualquer razão física ou psíquica (FUJITA, 2009, p. 75).

O nosso código só nos contempla com essa forma que foi retratada acima como meio de filiação decorrente da técnica de reprodução assistida, porém com o avanço da tecnologia e com os estudos realizados na área, já é possível usar as técnicas de reprodução assistida heteróloga usando o gameta, óvulo de uma doadora com a anuência anterior de sua esposa e o gameta, sêmen do esposo, como também a possibilidade de utilizar o gameta, óvulo e o gameta sêmen de doadores anônimos, implantados no ventre de uma mãe substituta, também chamada de gestatriz.

É importante mencionar que o uso dessa técnica não gera retratação pelo marido ou esposa que *a priori* autoriza a fertilização, desprezando aqui a filiação biológica e prevalecendo a socioafetiva, como também os doadores de seu material genético não

podem pleitear o reconhecimento de sua maternidade ou paternidade, pois como aduz (LEITE, 1995, p. 341): “doação é abandono a outrem, sem arrependimento, nem possibilidade de retorno”.

Neste presente capítulo falamos sobre as formas de filiação socioafetiva presente no ordenamento vigente, as quais são: adoção, a posse do estado de filho subdividida em filho de criação e adoção à brasileira, o reconhecimento voluntário de maternidade e paternidade e por fim as técnicas de reprodução assistida heteróloga. Faz-se necessário uma melhor explanação a respeito da posse do estado de filho, instituto tão presente em nosso direito, mas que atualmente não tem seu valor reconhecido, pois tem sua atuação limitada como prova subsidiária para configurar o vínculo de filiação, quando na verdade deveria ser meio constitutivo da mesma. Esse tema será discutido no próximo capítulo, a fim de darmos o adequado valor a esse instituto.

5 POSSE DO ESTADO DE FILHO

Uma parábola bíblica conta que certa vez duas mulheres afirmavam que uma mesma criança lhes pertencia, sendo assim o rei Salomão diante das duas determinou que dividisse ao meio a criança com um golpe de espada, para que cada uma ficasse com um pedaço da criança, prontamente uma delas desistiu e disse que preferia perder o filho que vê-lo morto, ao contrário da outra mulher que achou a divisão justa, então o rei decidiu dar a criança para a que renunciou, pois concluiu que ela era a mãe verdadeira.

A referida parábola não nos dá a certeza que a mulher que renunciou ficar com a criança era a mãe, mas nos mostra uma verdadeira prova do amor sincero, ao ponto de renunciar a seu filho para outra, buscando que nada de mal acontecesse com ela. A esse comportamento de defender, tratá-lo como se fosse filho perante a sociedade, consolidada ao longo do tempo chama-se de posse do estado de filho.

A posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai (RAMOS, 1999, p.60).

A posse de estado de filho, para (RODRIGUES, v.6, p.292) consiste no desfrute público, por parte de alguém, daquela situação peculiar ao filho, tal o uso do nome familiar, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais, aliado à persuasão geral de ser a pessoa, efetivamente, filho.

A posse de estado de filho não se caracteriza por um fator biológico, mas sim por uma demonstração diuturna de amor, preocupação, cuidados e de fornecimento de subsídios para seu crescimento perante a sociedade.

Devido às alterações introduzidas em nosso direito, pela lei de divórcio e pela Constituição Federal que promoveu a igualdade entre os filhos, a posse de estado de filho não está ligada à origem da filiação, podendo ter aplicabilidade tanto aos filhos matrimoniais quanto aos socioafetivos.

São três os elementos que caracterizam a posse de estado de filho, sendo eles: o *nominatio* (nome), o *tractatus* (trato) e por último a *reputatio* (fama).

O *nominatio* ou nome é o uso pelo filho do patronímico do pai, sendo este de pouca utilidade ou nenhuma, pois tendo o filho o nome de família do seu pai ou de sua mãe não encontra-se diante de um elemento decisivo, porém não devemos descaracterizar a posse de estado de filho por não conter o nome, haja visto que os dois outros elementos podem se encontrar presentes e estes sim são de grande relevância.

A doutrina reconhece em sua maioria, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a posse do estado de filho se concorrerem os demais elementos – trato fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado (BOEIRA, 1996, p.61).

O segundo elemento, *tractatus*, trato, este sim indispensável, pois se configura em tratamento dado por alguém que se considera pai e mãe, a outrem que se comporta como filho, vínculo que ultrapassa a relação de sangue com outro, sendo portanto, pautada no amor, companheirismo, carinho, nos atos da convivência diuturna, no educar, no chorar, no sorrir e sempre disposto a ajudar aquele filho quando precisar.

E, por fim, temos a fama ou a *reputatio*, configurada pela demonstração diante da sociedade do estado de filho, é a publicidade frente a terceiros do ato de ser pai e filho, não podendo se configurar apenas dentro do lar e sim ser notória diante de todos.

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 da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam. [...] a tradicional trilogia que a constitui (nomen, tractatus e fama), se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos (FACHIN, 1992, p. 161).

A posse de estado de filho está ligada ao princípio da aparência, portanto não basta que exista uma mera aparência, precisa existir uma relação fática entre os pais e o filho, por isso se torna necessário o elemento tempo que condiciona a existência desse instituto.

Santos (1989, p. 382), menciona que “para servir de prova, a posse de estado de filho precisa ser certa, constante e simultaneamente existente”. Dessa forma, a posse do estado de filho deve ser comprovada por meio de testemunhas ou documentos escritos, não podendo ocorrer interrupções e o filho deve ter sido tratado como tal tanto pelo pai como pela mãe conjuntamente.

A posse de estado de filho no ordenamento jurídico brasileiro só foi contemplada como meio de provar a filiação, dando-lhe uma forma subsidiária, servindo muitas vezes como elemento de convicção do julgador a respeito da filiação. Quando na verdade esta deveria ser fator constitutivo da verdadeira paternidade, fator determinante e causa de pedir, tendo em vista que vem exercendo um papel importante na solução de conflitos seja positivamente ou negativamente a respeito da verdadeira paternidade, pois esta passa a ser pautada no afeto, atendendo as diretrizes da paternidade responsável e da proteção a criança e ao adolescente.

O Código Civil de 1916 tinha como o único meio de provar da filiação a certidão de nascimento, não contemplando a posse de estado de filho, “somente com a falta ou defeito da certidão de nascimento era possível fazer a prova da filiação legítima mediante qualquer modo permitido em direito” (FUJITA, 2009, p.118). Dessa forma, a posse de estado de filho não ficou ao lado da certidão de nascimento como meio de prova, mas tão somente na falta ou defeito daquela. Insta salientar que esses meios de prova suplementar só serviam para provar os filhos nascidos dentro do casamento.

O Código Civil atual nos contempla com os três artigos transcritos abaixo:

Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil;

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro;

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Fazendo uma análise dos artigos acima, percebemos que não se fala mais em filiação legítima e apenas em filiação, demonstrando assim que a distinção que outrora existia em nosso ordenamento sobre filiação legítima ou ilegítima não existe mais.

O artigo 1.603 nos afirma que a prova da filiação dá-se mediante certidão de nascimento. Já o *caput* do artigo 1.605 nos informa que “poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito”, meios esses que podem ser testemunhal, documentos e a *prova de estado de filho*. Porém a posse do estado de filho ainda não teve uma amplitude desejada, pois continua sendo usada como meio de prova.

Isso significa que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda não especificados na lei processual civil, são hábeis para provar a verdade dos fatos, tais como as provas documentais, os depoimentos pessoais, as provas testemunhais, as perícias, a inspeção judicial e a *prova de estado de filho* (FUJITA, 2009, p.118).

Com tudo que foi explanado acima percebemos que a posse de estado de filho pode ser usada como meio de prova, no caso de ter ocorrido algo diverso do normal com o registro de nascimento, como por exemplo: o seu desaparecimento do livro de registro ou ser ele defeituoso.

Porém a posse de estado de filho tanto no Código Civil de 1916 quanto no de 2002, o nosso atual diploma legal, só teve *status* de prova secundária, não sendo contemplada como um elemento constitutivo da filiação, valor este que já está mais que demonstrado que merece ser reconhecida, visto a sua grande importância na configuração das filiações. A esse respeito acrescenta (VILLELA, 1999, p. 132) se o fundamento da paternidade é de natureza afetiva e não biológica, torna-se imperioso abrir espaço, entre nós, à posse do estado de filho, cujo papel no direito de família não pode ficar limitado ao âmbito da prova.

A posse do estado de filho porém, recebe o tratamento esperado em países como a França e Portugal. A posse do estado de filho fica caracterizada no direito Francês observando os artigos abaixo:

Art.334-9 do Código Civil, o qual diz ser inadmissível a ação de investigação de paternidade e nulo o reconhecimento da mesma, “quando o filho tem já uma situação de legitimidade estabelecida pela posse de estado”.

Art. 311-1 do Código Civil, “posse de estado se estabelece por uma reunião suficiente de fatos que indiquem a relação de filiação e de parentesco entre um indivíduo e a família a que se diz pertencer”.

Tomando como base o ordenamento português a posse do estado de filho se apresenta entre outros artigos no transcrito abaixo:

Art. 1831: 1. Quando o início do período legal da concepção seja anterior ao trânsito em julgado da sentença proferida nas ações a que se referem as [alíneas a\) e b\) do n.º 2 do Artigo 1829.º](#), renasce a presunção de paternidade se, em ação intentada por um dos cônjuges ou pelo filho, se provar que no período legal da concepção existiram relações entre os cônjuges, que tornam verossímil a paternidade do marido ou que o filho, na ocasião do nascimento, beneficiou de posse de estado relativamente a ambos os cônjuges. 2. Existe posse de estado relativamente a ambos os cônjuges quando se verificarem, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) Ser a pessoa reputada e tratada como filho por ambos os cônjuges; b) Ser reputada como tal nas relações sociais, especialmente nas respectivas famílias. 3. Se existir perfilhação, na ação a que se refere o n.º 1, deve ser igualmente demandado o perfilhante.

Observamos que em países como a França e Portugal, a posse do estado de filho não é apenas meio de prova e sim elemento definitivo da filiação, não precisando de outra prova para ficar demonstrada a mesma, exemplo que deveria ser seguida por nossa legislação.

Contudo, não se deve deixar que o rigor da legislação brasileira impeça a felicidade das crianças e dos adolescentes de constituir uma família, pois o que se encontra em discussão são os direitos destes de ter uma vida familiar saudável ao lado das pessoas que lhes amam e que as acolherem independentemente de qualquer coisa, dando-lhes amor e afeto. Estes direitos são conferidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, porém na prática resta somente o judiciário decidir com cautela cada caso concreto, dando-lhes a esperança de ter seu direito à filiação constituída.

A doutrina e a jurisprudência vêm tentando superar esse limite da posse de estado de filho como prova secundária, deixando-a onde realmente ela deveria estar como elemento constitutivo da filiação. São raros julgados como este colacionado abaixo que mostra que o nosso direito e nossos nobres julgadores não estão totalmente de olhos fechados para essa nova realidade do direito de família, o afeto como a argamassa que une as famílias e as fazem se tornarem sólidas.

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL INVERÍDICO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha. 2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse. 3. Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração auto-produzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico. 4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. 5. Recurso especial provido. (REsp 1244957/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 27/09/2012)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA.

I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha. II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida. IV. A falta de interesse de agir que determina a carência de ação, é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda - in status assertionis -, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do art. 269, I, do CPC. Recurso não provido. (REsp 1259460/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012)

Conforme ficou demonstrado nas decisões acima, muito embora o instituto da posse do estado de filho, não esteja amparo pela legislação, os tribunais de vanguarda vêm decidindo favoravelmente às famílias unidas pelo afeto, amor, companheirismo,

construído diante de uma relação duradoura e verdadeira. Entretanto, fica a certeza da necessidade de alterações urgentes no ordenamento jurídico vigente, buscando acabar de vez com o caráter acessório e nunca como meio constitutivo de filiação da posse do estado de filho, essa seria a única maneira de que os filhos socioafetivos não ficassem a margem da lei.

Dessa forma, o doutrinador Jorge Shiguemitsu Fujita traz em seu livro *Filiação*, 2009 - um projeto de lei pretendendo eliminar com as lacunas existentes no Código Civil de 2002. A justificativa para as mudanças seriam igualar a nossa legislação a Portuguesa e a Francesa, onde ocorre o reconhecimento das relações socioafetiva entre pessoas que não estão vinculadas por laços consanguíneos. As alterações iriam trazer de modo expresso e não deixando dúvidas a posse do estado de filho o que acarretaria a valorização da filiação socioafetiva.

Projeto de lei objetivando a posse de estado de filho como elemento constitutivo da filiação, elaborada por Jorge Shiguemitsu Fujita, as alterações vem abaixo de cada artigo do Código Civil de 2002:

Projeto de lei objetivando a posse de estado de filho como elemento constitutivo da filiação.

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, *a menos que exista a posse de estado de filho*. Essa ação é imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de Aprossequir na ação.

Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Parágrafo Único: A filiação poderá ser também provada pela posse de estado de filho.

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro, *ou filiação socioafetiva decorrente de estado de estado de filho*.

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

O art. 1.605 passa a ter nova redação em seu *caput*, ficando revogados os seus incisos I e II. Fica incluído um parágrafo único:

Na falta, defeito, erro, ou falsidade, do termo de nascimento, ou, então para declarar a filiação socioafetiva originária da posse de estado de filho, a prova poderá constituir em qualquer modo admissível em direito.

Parágrafo único: a posse de estado de filho deverá ser contínua, pacífica, pública e não duvidosa a se basear em uma reunião suficiente dos seguintes fatos: a) que o indivíduo seja tratado como filho por aqueles a quem considera seus pais; b) que estes estejam provendo a sua criação, educação e sustento; c) que ele seja reconhecido como filho na sociedade e pela família; d) que ele apresente o nome daqueles de quem alega ser filho.

Com as mudanças elencadas nesse projeto de lei, os filhos socioafetivos não ficariam “a margem da lei, da família e da sociedade, não somente quanto aos aspectos de ordem social e patrimonial, mas, sobretudo, no que se refere aos de natureza pessoal, psíquica, moral e afetiva” (FUJITA, 2009, p.120).

6 CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho conclui-se que a sociedade é dinâmica e muda constantemente, sendo assim o direito deve se adequar para que possa suprir suas necessidades, exemplo dessas transformações foi à alteração pela qual passou o conceito de família, antes era pautado exclusivamente em um modelo patriarcal, hierarquizada, fundada no casamento, hoje deu lugar a um novo modelo de família, que tem como base o afeto.

Com o novo modelo de família que surge devido às alterações oriundas principalmente da Constituição Federal de 1988, as quais são: a igualdade entre os filhos, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade, consolida-se no ordenamento jurídico brasileiro a filiação socioafetiva.

A filiação socioafetiva, está pautada exclusivamente no amor, afeto, companheirismo, carinho e dedicação, inexistindo entre os pais e os filhos uma relação de sangue, mas sendo ligados por algo de maior valor, o afeto. As formas de filiação socioafetivas são: a posse de estado de filho, representada pela adoção à brasileira e

pelo filho de criação, no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, na adoção e nas técnicas de reprodução assistida heteróloga ou por doação.

Contudo, mesmo nossa legislação considerando a filiação socioafetiva uma forma legal de relação entre os pais e os filhos, o Código Civil poderia sofrer pequenas alterações no instituto posse do estado de filho, transformando este em meio caracterizador de filiação e não apenas como meio subsidiário desta, como ocorre em legislações civis mais modernas como a francesa e a portuguesa.

A posse do estado de filho ocorre quando há uma relação pautada no afeto, de forma íntima e duradoura e perante a sociedade, onde o filho o considera pai e este o trata como filho, é o que ocorre com o filho de criação e a adoção à brasileira. Esse instituto de grande relevância para o direito não pode mais ficar às margens de um formalismo implantado pelo legislador, quando as relações pessoais suplicam por sua consolidação expressa no direito brasileiro.

A importância desse instituto é tamanha, que já está sendo resultado de julgados em nosso país, mostrando assim que a legislação brasileira deve avançar ainda mais, dando a posse do estado de filho o seu verdadeiro valor, como forma de declaração da filiação e não sendo apenas um meio de subsidiário de provar a mesma.

Essa declaração da filiação por meio da posse do estado de filho será mais que justa, haja visto que esse instituto se caracteriza principalmente pela demonstração do amor, afeto, carinho, amizade entre pais e filhos, de forma duradoura e íntima diante da sociedade da qual eles fazem parte e hoje está cada vez mais presente em nosso meio diante das mudanças que estamos vivendo, sendo assim as pessoas que se encontram em situações que caracterizam a posse do estado de filho necessitam de uma lei para ampará-las.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1998**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

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

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

BRASIL. TJRS. Apelação cível n. 70008795775. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Lex: Jurisprudência do site do Ministério Público do estado do Rio Grande do sul. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/jurisp>. Acesso em: 18 de fev de 2013).

BRASIL .STJ . Recurso Especial n. 1244957 / SC – 3ª Turma – Relatora: Minª Nancy Andrighi – Publ. em DJe 27/09/2012. RDDP vol. 117 p. 135.

BRASIL .STJ . Recurso Especial n. 1259460 / SP – 3ª Turma – Relatora: Minª Nancy Andrighi – Publ. em DJe 29/06/2012. RBDFS vol. 29 p. 156

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FUJITA, Jorge. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009.

LOBO NETTO, Paulo Luiz. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____.Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 18 de fev de 2013).

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS. Pró-Reitoria de Extensão. Cursos oferecidos: julho/outubro 1998. Disponível em: <<http://www.ufg.br/prp/default/html>>. Acesso em: 03 fev. 2002. HTTP://www.cultubrasil.org/hamurabi.htm 24/02/2013)

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família, São Paulo: Atlas, 2004.