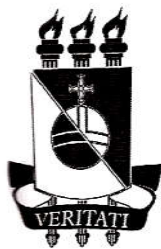


**Universidade Católica do Salvador**  
**Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação**  
**Programa em Família na Sociedade Contemporânea**

**MICHEL DE MELO POSSÍDIO**

**CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO DA FILIAÇÃO  
SOCIOAFETIVA**

SALVADOR  
2013



**Universidade Católica do Salvador**  
**Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação**  
**Programa em Família na Sociedade Contemporânea**

**MICHEL DE MELO POSSÍDIO**

**CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO DA FILIAÇÃO  
SOCIOAFETIVA**

SALVADOR  
2013

**MICHEL DE MELO POSSÍDIO**

**CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO DA FILIAÇÃO  
SOCIOAFETIVA**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea, pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos

SALVADOR

2013

Ficha Catalográfica. UCSAL. Sistema de Bibliotecas

P856 Possídio, Michel de Melo  
Critérios de delimitação da filiação socioafetiva/ Michel de Melo  
Possídio. – Salvador, 2013.  
160 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.  
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em  
Família na Sociedade Contemporânea.

Orientação: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos

1. Filiação 2. Família Socioafetiva 3. Paternidade 4. Vínculos  
Filiais I. Título.

CDU 347.63:316.356.2

**TERMO DE APROVAÇÃO**


**Michel de Melo Possídio**

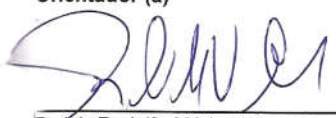
**“Critérios de Delimitação da Filiação Socioafetiva”**

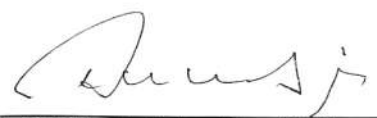
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 20 de dezembro de 2013.

Banca Examinadora:

  
\_\_\_\_\_  
Dr (a). Edilton Meireles de Oliveira Santos- UCSal  
Orientador (a)

  
\_\_\_\_\_  
Dr (a). Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho - UFBA

  
\_\_\_\_\_  
Dr (a). Dirley da Cunha Júnior- UCSal

*“Um homem é verdadeiramente ético apenas quando obedece a sua compulsão para ajudar toda a vida que ele é capaz de assistir, e evita ferir toda a coisa que vive.”*

**Albert Schweitzer**

Para meu filho Diego Possídio, a maior preciosidade que Deus poderia ter me concedido e para a minha saudosa avó Maria José Melo (Vó Nete), que com certeza, está lá de cima vibrando com mais essa vitória.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que me deu saúde, paz de espírito, perseverança e plenas condições para conseguir alcançar mais essa meta.

Agradeço a todos aqueles que me apoiaram, em especial, a meus pais Almir da Silva Possídio e Gedalva de Melo Possídio, que sempre foram meu esteio com seus olhares ternos e suas palavras de incentivo, e que foram e ainda são o meu norte e exemplo de vida, caráter e sinceridade, apresentando seu apoio incondicional nesta e em tantas outras jornadas, e que em silêncio aceitavam minhas ausências.

À minha amada, Alana Paula de Abreu Dias, que ingressou em minha vida de forma certa, no momento certo, e que com seu amor e carinho me apoiou e estimulou à conclusão de mais esta etapa, uma verdadeira companheira e amiga.

À minha tia, Marilene Correia de Melo (Babale), que sempre vibrou com as vitórias em minha carreira, e me apoiou em tudo.

À Américo Olival e Leda Miranda, que com muito carinho e no professamento da fé, me ajudaram a cuidar de minha espiritualidade, sem a qual também seria difícil a conclusão desta etapa.

Aos meus amigos, João Alberto Facó Júnior e Alex Leão de Paula Vilas-Bôas, que nos momentos de indecisão, me chamavam à razão, incentivando minha continuidade no trabalho.

Ao meu orientador Professor Doutor Edilton Meireles, que é o responsável pela conclusão deste trabalho, e que soube explorar as minhas dificuldades,



exigindo o máximo de mim, com rigor e ao mesmo tempo amigo, com o seu vasto conhecimento e também com palavras de cobrança e incentivo, excedendo suas atribuições, sem limites de comprometimento, profissionalismo e dedicação ao seu ofício.

Aos demais professores do programa de mestrado, que com sua sapiência, me auxiliaram a abrir novos horizontes para o entendimento e aperfeiçoamento do conhecimento aqui construído e explanado.

Enfim, a todos (demais parentes, amigos, colegas, alunos) que direta ou indiretamente contribuíram para a construção de mais essa etapa.

Esta vitória é nossa!

## RESUMO

O presente estudo tem a finalidade de analisar a filiação socioafetiva que passa a ser discutida pela doutrina civilista especializada que adota esta terminologia, para identificar efetivamente as relações filiais não derivadas da forma natural ou adotiva. Apresenta como os institutos da família e da filiação foram abordadas pelo Direito Brasileiro, em uma pesquisa evolutiva, desde o período colonial até a época contemporânea, fazendo uma síntese do conceito de Família Patriarcal, passando pela definição de filiação contida no Código Civil de 1916, na legislação extravagante, no Código Civil de 2002, chegando numa Nova Filiação inserida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Faz-se também uma breve análise histórica da família no Direito Romano, que embasou o nosso ordenamento jurídico, em especial o patriarcalismo que dominou o instituto da família por décadas, bem como a atenção que foi outorgada à filiação ao longo das nossas Constituições, culminando na Carta de 1988, que deu efetivamente garantia constitucional de proteção aos filhos, independentemente de como foram havidos nos vários tipos de entidade familiar aceitas atualmente. Esta nova filiação, diferente dos paradigmas tradicionais de filiação, baseados nos aspectos biológicos e presuntivos legais, agora está pautada sob a valorização do carinho e do afeto, a *filiação socioafetiva*. Tendo a doutrina determinado formas e elementos que constituem esse novo tipo de filiação. Todavia, para se chegar ao conceito da verdade socioafetividade e a sua colocação como paradigma moderno de filiação, necessário se faz perpassar pelos conceitos das outras verdades que caracterizam as relações parentais, quais sejam: a verdade jurídica (onde se analisa as presunções *pater is est* e as decorrentes de fertilização artificialmente assistidas); e a verdade biológica, que demonstra com quase 100% (cem por cento) de certeza o vínculo filial, através dos exames de DNA. Analisa-se, também acerca do vínculo decorrente da adoção, que além de se configurar como uma verdade legal é por excelência, uma relação afetiva. E, efetivamente, do estudo da socioafetividade, não há como não se fazer uma leitura dos elementos caracterizadores fundamentais, que demonstram que este vínculo é comprovado através do amor, carinho, dedicação, desvelo, proteção e confiança mutuamente outorgados entre aqueles que se apresentam como pais e filhos em sociedade, e que esta demonstração afetiva em sociedade enseja o reconhecimento da filiação, inclusive, não permitindo a sua desconstituição uma vez declarada em juízo. Assim, este vínculo denominado de filiação socioafetiva, à revelia do valor fonte dignidade humana, possui subespécies, tais quais: adoção, “filhos de criação”, “adoção à brasileira”, e a filiação presuntiva decorrente da fertilização artificial heteróloga, a filiação socioafetiva é debatida nos Tribunais e na Doutrina, em razão de existirem ainda alguns obstáculos legais, sociais e culturais a serem ultrapassados.

**Palavras-chave:** Filiação; Família Socioafetiva; Paternidade; Vínculos Filiais.

## ABSTRACT

This study aims to examine the membership socioaffective which shall be discussed by specialized civil doctrine that adopts this terminology to effectively identify the relationships derived from subsidiaries not a natural or adoptive. Shows how the institutions of family and membership have been addressed by Brazilian law, in an evolutionary research since the colonial period to the contemporary era, making a synthesis of the concept of the patriarchal family, including the definition of membership contained in the Civil Code of 1916, extravagant legislation, the Civil Code of 2002, arriving in New Membership inserted in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988. It also makes a brief historical analysis of the family in Roman law, that based our legal system, especially the patriarchy that dominated the institution of the family for decades, and the attention that was given to the membership throughout our constitutions, culminating the Charter of 1988, which was effectively guarantee constitutional protection to children, regardless of how they had in the various types of family unit currently accepted. This new affiliation, unlike the traditional paradigms of parenthood, based on the biological and legal presumptive, is now based on the appreciation of love and affection, the membership socioaffective. Having determined the doctrine of forms and elements that constitute this new type of membership. However, to arrive at the concept of truth and its Socio-affectiveness placement as the modern paradigm of membership, they have to pervade the concepts of other truths that characterize parental relationships, which are: the true legal (which analyzed the presumption *pater is est* and resulting from artificially assisted fertilization) and the biological truth, which shows almost 100% (one hundred percent) of certainty filial bond, through DNA testing. We analyze, also about the obligations of the adoption, which also be configured as a legal fact is *par excellence*, a loving relationship. And indeed, the study of socio-emotional, can not help but make a fundamental characteristic elements of reading, showing that this bond is established through love, affection, dedication, devotion, trust and mutual protection accorded among those present as parents and children in society, and that this emotional demonstration in society entails the recognition of membership, including not allowing their deconstitution once declared in court. Thus, this bond called socioaffective affiliation, against the source value human dignity, has sub-species, such as: adoption, "foster kids", "Brazilian adoption", and membership presumptive result of heterologous artificial fertilization, membership socioaffective is debated in the courts and in the doctrine, because there are still some legal obstacles, social and cultural rights to be overcome.

**Keywords:** Parentage; Socio Family, Parenting; Links Affiliates.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>ESCORÇO HISTÓRICO. OS PARADIGMAS TRADICIONAIS DA FILIAÇÃO</b> .....	<b>21</b>
2.1	A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA .....	22
2.2	A FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO .....	24
2.3	O MODELO PATRIARCAL DA FAMÍLIA BRASILEIRA .....	27
2.4	A AFIRMAÇÃO DO PATRIARCALISMO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 .....	34
2.5	O CÓDIGO CIVIL DE 2002: O SANGUE AINDA É PRIMORDIAL .....	41
2.6	O TRATAMENTO DA FILIAÇÃO AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS (1824 A 1988) .....	50
<b>3</b>	<b>A NOVA FILIAÇÃO</b> .....	<b>54</b>
3.1	A FILIAÇÃO E A GARANTIA CONSTITUCIONAL .....	54
<b>3.1.1</b>	<b>Conceito de Filiação</b> .....	<b>59</b>
3.1.1.1	Filiação e seus vínculos .....	61
3.1.1.1.1	Os Vínculos Jurídicos .....	63
3.1.1.1.2	A Presunção Legal <i>pater is est</i> .....	65
3.1.1.1.3	A Presunção Legal nas Inseminações Artificiais .....	68
3.1.1.1.4	O Vínculo Jurídico por Adoção .....	71
3.1.1.1.5	O Vínculo Biológico .....	73
3.1.1.1.6	O Vínculo Socioafetivo .....	74
<b>4</b>	<b>ELEMENTOS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA</b> .....	<b>77</b>
4.1	A POSSE DO ESTADO DE FILIAÇÃO .....	78
<b>4.1.1</b>	<b>O Tratamento (<i>tractatio</i>)</b> .....	<b>82</b>
<b>4.1.2</b>	<b>A Reputação (<i>reputatio</i>)</b> .....	<b>83</b>
<b>4.1.3</b>	<b>A Nominação (<i>nominatio</i>)</b> .....	<b>84</b>
4.2	ESTABELECIMENTO DAS ESPÉCIES DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA .....	86

<b>4.2.1</b>	<b>Filho de Criação</b>	.....	<b>86</b>
4.2.1.1	A Família Social	.....	87
<b>4.2.2</b>	<b>Adoção Judicial</b>	.....	<b>89</b>
4.2.2.1	Adoção por homossexual	.....	90
<b>4.2.3</b>	<b>Adoção Simulada ou “à Brasileira”</b>	.....	<b>92</b>
<b>4.2.4</b>	<b>Filiação nas Fecundações Assistidas</b>	.....	<b>94</b>
<b>4.2.5</b>	<b>A Filiação decorrente do Reconhecimento Espontâneo</b>		
	<b>Administrativo ou Judicial</b>	.....	<b>104</b>
4.3	INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	.....	105
4.4	DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	.....	107
<b>5</b>	<b>A SOCIOAFETIVIDADE E SUAS GARANTIAS</b>	.....	<b>109</b>
5.1	A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COMO NOVO PARADIGMA		113
5.2	CRITÉRIO SOCIOAFETIVO X CRITÉRIO BIOLÓGICO	.....	118
5.3	CRITÉRIO AFETIVO X CRITÉRIO JURÍDICO	.....	122
5.4	A PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO AFETIVO	.....	124
5.5	O COMPORTAMENTO JURISDICIONAL NA IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA		126
<b>5.5.1</b>	<b>O Registro Filial na Socioafetividade</b>	.....	<b>131</b>
<b>5.5.2</b>	<b>Obrigação Alimentar</b>	.....	<b>134</b>
<b>5.5.3</b>	<b>Reflexos Sucessórios</b>	.....	<b>137</b>
5.6	PROTEÇÃO CONTRA A ALIENAÇÃO PARENTAL	.....	139
5.7	PROTEÇÃO CONTRA O ABANDONO MORAL E A VIOLÊNCIA FAMILIAR	.....	140
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	.....	<b>143</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	.....	<b>153</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Dentre todos os ramos do Direito, com certeza o Direito de Família é um dos mais polêmicos e interessantes, por estar vinculado a um fenômeno sempre presente, mas ao mesmo tempo sempre em mutação, que é o estabelecimento das relações sociais entre os seres humanos no intuito de formarem uma entidade familiar.

As concepções de família e filiação foram sendo alteradas ao longo dos tempos, tendo ambos os conceitos mencionados, sofrido profundas mudanças, ao sabor dos ventos que sopravam os valores de cada época, e desta maneira, determinavam o que era família, e o que era filho em um determinado período histórico.

O tema da filiação demonstrou-se, no transcorrer de sua evolução jurídica, um dos mais espinhosos e ao mesmo tempo profícuos em matéria de interpretação doutrinária. Muito já foi escrito sobre o tema, analisando como o mesmo foi tratado pelo Direito em determinadas épocas, promovendo sugestões e críticas aos regramentos legais que regiam os institutos jurídicos da família e da filiação.

Ambos os institutos, estão umbilicalmente ligados, pois quando se diz que alguém é filho de outro, essa filiação faz surgir uma família perante os olhos do Direito, seja esta família oriunda do matrimônio ou não, embora reste flagrante que seja qual for o tipo de família esta deveria estar embasada na afetividade.

O objetivo da presente dissertação é analisar, quais são os critérios delimitadores da filiação socioafetiva, e como a legislação e os doutrinadores interpretam tão importante instituto do Direito de Família, haja vista a afetividade ser a mola propulsora das relações paterno (materno) – filiais, independentemente de estes vínculos terem ou não surgido de fatos biológicos e/ou jurídicos.

De início será feita uma abordagem histórica acerca da filiação, perpassando pela época colonial, e de como era encarado este instituto, que teve reflexos importantes sobre a legislação seguinte, principalmente no Código Civil de 1916, também

abordando o paradigma das filiações contidas no Código Civil de 2002. Observando-se, em especial, o tratamento dispensado pela Carta Magna, que extinguiu todo e qualquer tipo de discriminação em relação aos filhos.

Neste capítulo, ainda, ficam estabelecidos os atuais paradigmas da filiação, com embasamento constitucional, bem como lastreado pelo princípio do melhor interesse do menor, posto que na análise acerca da consolidação do vínculo filial deve ser observada, preponderantemente, a posição do filho, seja qual for a origem de sua existência.

Temos, assim, portanto, que a família é – e deve ser assim analisada – a base da sociedade, conforme estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 226, posto que deriva dos laços familiares a delimitação dos princípios morais e sociais do ser humano, bem como, é o vínculo familiar o lastro para conferir às pessoas direitos patrimoniais, e ainda, personalíssimos, o que para tanto, muitas vezes se faz mister estudar a origem daquela pessoa, a fim de que sejam identificados a sua origem genética, ou a sua filiação jurídica, ou ainda a determinação do vínculo afetivo, que atualmente é o mais festejado na doutrina, haja vista ser o sentimento o início de todo e qualquer relacionamento.

Neste diapasão, perpassa-se a pesquisa pela evolução da entidade familiar, desde a Roma Antiga, reconhecidamente o berço do nosso Direito, onde o núcleo familiar se encontrava totalmente vinculado à figura do pai, que além de mantenedor, era também o sacerdote, bem como aquele que decidia sobre o destino dos que se encontravam sob a sua tutela. Verifica-se que neste período, a família se encontrava tão vinculada à figura paterna, e em consequência, à necessidade da existência de um filho varão, a fim de fosse dada continuidade à obra paterna, de manutenção familiar.

O Brasil, assim, seguiu o modelo tradicionalista patriarcal de constituição familiar, de modo que a figura do pai era crucial, bem como, se pensava na entidade familiar como sendo aquela originada tão somente do matrimônio, na qual se inseriam os filhos, não se aceitando, socialmente, descendência filial havida fora dessa relação,

e que, caso ocorressem, não se lhes reconheciam os mesmos direitos que um filho legítimo possuía.

Desta forma, e seguindo o modelo patriarcal, lastreado no Código Civil Francês, no diploma civil de 1916, ainda que presente a presunção *pater is est*, jazia a distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, mas criava a figura do instituto da legitimação com o objetivo de trazer segurança jurídica aos filhos havidos e não decorrentes dos laços matrimoniais, desde que seus pais viessem a contrair núpcias, restando, pois aos filhos ilegítimos apenas a conformação de sua situação, ainda que escancaradamente, discriminatória.

No que tange à presunção *pater is est*, temos que a sua existência se operou para dar uma garantia e segurança à filiação havida dos laços matrimoniais, valorizando, assim o instituto do casamento, além de assegurar aos filhos concebidos antes do matrimônio a garantia de ser considerado legitimado para todos os fins de direito, embora essa presunção viesse a trazer, em determinadas situações, uma obrigatoriedade ao marido em assumir a paternidade no lugar de outrem, comprovando-se que o Direito se preocupava muito mais com o casamento do que com o vínculo paterno-filial.

Há de observar, assim, que ainda o diploma civil de 1916, não obstante diferenciasse os filhos legítimos dos ilegítimos, trazia ainda a distinção entre as filiações naturais e civis, protegendo, as primeiras com mais veemência, ou seja, era dado mais valor aos laços sanguíneos do que aos vínculos jurídicos e afetivos, demonstrando, cabalmente, que a lei civil de 1916 ainda se encontrava atrelada a conceitos atualmente considerados arcaicos referentes ao casamento e à filiação, o que ensejou como é sabido, criação de leis extravagantes para alocar no ordenamento jurídico as mudanças experimentadas pela sociedade, ao longo da vigência do Código Civil de 1916.

Com o advento do Código Civil de 2002, verificaram-se algumas modificações nos institutos da família e da filiação, em especial, para que houvesse uma adequação da norma civil à Constituição de 1988, principalmente, no que tange à vedação de práticas discriminatórias em relação aos filhos. Ora, o princípio constitucional da não



discriminação entre os filhos, significa dizer que todos estes, havidos ou não no casamento, devem ter os mesmos direitos. E, para tanto, no atual diploma civil, ainda persiste a vinculação filial, embasada na genética, com o sangue sendo ainda primordial, para garantir uma proteção aos filhos contra a paternidade irresponsável; bem como a presunção legal, a fim de que se mantenham estreitos os laços familiares decorrentes do casamento; e abrindo espaço para análise da relação filial decorrente dos laços afetivos.

Assim, mesmo que permanecido no texto legal mencionado a figura da presunção *pater is est*, o entendimento de que a busca genética deveria ser sempre realizada é flagrante, em especial, face aos avanços da ciência biológica, incontestemente, o exame de DNA, que garante quase 100% (cem por cento) de certeza da filiação, embora, isso não se afigure em caráter absoluto, uma vez que a vida em sociedade jamais deverá ser regida por ditames biológicos e/ou unicamente jurídicos, ou seja, deve-se ter por diretriz o liame afetivo, que se afigura muito mais humano e realista, com supedâneo, inclusive no princípio do melhor interesse do filho.

Este capítulo também traz uma abordagem histórica do tratamento filial ao longo das nossas Constituições, de modo a se comprovar o quanto tal instituto não tinha muito reconhecimento por parte das autoridades legisferantes, uma vez que a preocupação maior se observava em derredor da família, e assim sendo, conforme se infere das análises retromencionadas, a preocupação com a filiação se deu, efetivamente, com a promulgação da Constituição de 1988, que expandiu aos filhos o direito de seu reconhecimento como tal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

O capítulo seguinte analisa como a Constituição de 1988 alterou toda a concepção existente sobre família e filiação, vindo a desembocar, no que se chamou uma nova filiação, agora determinada pela existência de um carinho e afeto entre pais e filhos, a filiação socioafetiva. Temos assim, que a afetividade aparece como sendo, realmente a grande vedete da vinculação paterno-filial, mitigando, pois, os laços biológicos e presuntivos como sendo os únicos capazes de se determinar o liame entre pais e filhos.

Desta forma, ao se conceituar a filiação, verifica-se que os elementos biológicos, jurídicos e afetivos, encontram-se presentes no ordenamento jurídico, de modo a não se excluírem, embora se tenha em verdade uma aplicabilidade maior da afetividade em seu conceito, posto que se vislumbra a responsabilidade paternal, obviamente, não mais decorrentes da transmissão dos genes, mas sim do desvelo que se confere aos filhos, na sua criação, educação, manutenção, amparo, e transmissão de valores e princípios.

Neste capítulo analisam-se mais detidamente os vínculos filiais, onde se comprova, à saciedade, que o instituto da filiação, alcançou forma e grandeza próprias, sem falar na sua importância no que se refere ao Direito de Família. Ora, assim, temos que a filiação, em seu estudo desdobra-se em biológica e não biológica, convindo salientar que tal diferenciação se dá não por critérios de hierarquia entre as filiações ou grau de importância das mesmas, mas tão somente, com o escopo de se verificar qual a sua origem, ou se de ordem genética, ou se de ordem jurídica ou socioafetiva.

Desta forma, não se pode olvidar que se apresenta incorreto eleger apenas uma das verdades filiais como sendo a única para caracterizar tão importante vínculo, posto que a filiação deva ser vista como um fator social, afetivo, ético, biológico e jurídico, nem sempre sendo possível reunir todas estas características num único vínculo.

Não obstante isso é imperiosa a análise dos vínculos referentes à filiação, quais sejam: a verdade jurídica, ou seja, o estudo da filiação decorrente dos casos de presunção legal, adoção e reprodução artificialmente assistida; a verdade biológica, resultante do reconhecimento de paternidade lastreada na genética, via de regra, comprovada através do exame de DNA e; a verdade socioafetiva, que além de se referir também à adoção e à reprodução artificialmente assistida, merece especial atenção, no tocante à existência da posse do estado de filho, que geram os casos de existência dos filhos de criação e de adoção “à brasileira”.

Assim, desagua-se em outro capítulo, onde se faz um estudo mais pormenorizado dos elementos constituintes da filiação socioafetiva, e onde se verifica que o afeto tornou-se o núcleo das relações filiais, valorizando, assim, as relações humanas e sociais, embasando tais vínculos afetivos e os direitos dele decorrentes, no princípio

da dignidade da pessoa humana. É comum a existência de famílias, onde os filhos não são criados com o amor e desvelo que se esperam dos pais, seja por conta de uma educação arcaica vinda de outras gerações, seja por que, efetivamente, os pais não se esmeram no cuidar dos seus filhos.

Em contrapartida, verificamos a existência de outros núcleos familiares, onde os filhos não são biológicos ou adotados, e que são educados e amados por pessoas que os tomam como se realmente filhos seus fossem, sejam estes elos, derivados de uma posse do estado de filho, ou de uma reprodução artificial assistida heteróloga, ou ainda da denominada adoção “à brasileira”. Nesse diapasão, analisando as espécies da filiação socioafetiva, resta cabalmente comprovado que o afeto é e sempre será o elemento fundamental das relações filiais.

A posse do estado de filho, efetivamente, leva em conta a situação concreta existente entre duas pessoas, que se apresentam como pai e filho, observando que essa posse não se configura numa relação material, mas sim a demonstração pública de amor, carinho, ternura, afeição e respeito dentre outros sentimentos não menos nobres, que surgem naturalmente, independentemente de existir vínculo biológico ou não.

E tal espécie estará, efetivamente, caracterizada quando estiverem presentes os seus elementos caracterizadores: o tratamento (*tractatio*), que é o tratamento mútuo dispensado entre pais e filhos na sociedade; a reputação (*reputatio*), onde a sociedade reconhece o tratamento entre pai e filho; e a nomeação (*nominatio*), verificada na autorização pelo filho do uso do nome de família do pai.

Ora, estando presentes os elementos caracterizadores, comprova-se, à sociedade, a existência da filiação socioafetiva, que se apresentará sob diferentes formas, ou quando se verifica a presença dos filhos de criação, ou ainda quando se tem a reprodução artificialmente assistida heteróloga, ou ainda nas figuras da adoção judicial ou na simulada. Todavia, qualquer que seja a sua maneira de se apresentar, resta claro que este tipo de relação filial está totalmente inserido no ordenamento jurídico pátrio.

E, o fato de se conferir legalidade à filiação socioafetiva, determina, como consequência, a necessidade de tutela específica para as situações em seu derredor. Desta forma, analisam-se as possibilidades de adoção por pares homoafetivos, bem como, as circunstâncias que envolvem a investigação para o reconhecimento da paternidade ligada à socioafetividade e seus consectários jurídicos, como a impossibilidade de sua desconstituição.

Nesta esteira de entendimento, temos o último capítulo que apresenta as garantias da socioafetividade, como sendo a verdade que deve ser mais aplicável aos conceitos de filiação, mas nem por isso se afastando das verdades biológica ou jurídica, de modo que esta garantia se infere da aplicabilidade dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor, este inserido ao ordenamento jurídico, por meio de assinatura do Brasil na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Este novo paradigma da filiação surgiu com o escopo precípuo de acalmar os anseios da sociedade, no que se refere a não permissão de critérios discriminatórios entre os filhos, bem como para dar uma segurança jurídica maior à filiação havida fora dos limites do matrimônio, seja pela adoção, seja por outras formas.

Destarte, resta claro que a biogenicidade não deve ser considerada como o critério fundamental para se determinar os vínculos paternos e/ou maternos em relação aos filhos. Tanto assim, que a responsabilidade dos pais e o exercício do seu poder familiar ultrapassam as fronteiras da genética, em especial no cuidado e trato social que deve haver face à filiação, o zelo, afeto, respeito, solidariedade, que são fundamentais no crescimento sadio dos filhos são sentimentos que surgem muito mais pela convivência, do que pela força do sangue. Em contrapartida, obviamente, não deve extirpar das análises de filiação a genética, até mesmo pelo fato de se tentar prevenir, a paternidade irresponsável, ou a geração imprudente de filhos.

Em verdade, a aplicação da afetividade como critério mais festejado, se torna mais tranquilo o caminho das análises das novas bases em que se sedimenta o Direito de Família, outrora circunscritos tão somente aos limites do casamento, sem conferir a devida importância aos novos modelos de família que surgem, inclusive, lastreadas

pela Carta Magna de 1988. Assim conferindo um valor jurídico ao afeto, significa dar uma maior segurança jurídica a inúmeras pessoas que se valem do sentimento para configurar seus lares e relações, garantindo, desta forma, a paz social, que é a base de um Estado Democrático de Direito.

Na busca da paz social e segurança jurídica, no que tange à filiação, declinam-se os direitos personalíssimos dos filhos, principalmente no que se refere à sua identidade social, esculpida no seio da família à qual pertence, e que é a marca indelével que a pessoa levará consigo por toda a sua existência, a exemplo dos valores, bons costumes e princípios pessoais, que passam de pais para filhos.

Assim, quando se comparam as verdades da parentalidade, conclui-se que, não obstante, permaneçam na ordem jurídica os critérios biológicos e jurídicos, estes não se apresentam plenos para configurar o estabelecimento filial. Não há uma hierarquia absoluta, também, da socioafetividade, mas tão somente, uma aplicabilidade mais eficaz de seus conceitos, na tentativa de caracterização dos vínculos de filiação.

Tamanha é a importância da aplicabilidade maior da afetividade, que os tribunais pátrios, em seus julgamentos acerca da matéria, consideram a impossibilidade jurídica da desconstituição da paternidade socioafetiva, ainda que se encontrem presentes a comprovação do não vínculo genético, seja por exame de DNA, seja pela confissão de adultério, o que demonstra, cabalmente, a força da socioafetividade, diretamente vinculada ao interesse dos filhos e não mais dos pais.

Outrossim, temos que a socioafetividade traz outros reflexos no âmbito familiar e social, e assim é que o Poder Público, na esteira de entendimento da Constituição de 1988, que determina a proteção do Estado para a família, e salvaguardando o interesse dos filhos e o direito de serem amados e respeitados, cria a figura da família social, que garante de uma certa forma o afeto e um crescimento salutar moral, social e psicológico, àqueles de comunidades mais carentes, que não a possuem em seus lares primitivos, na maioria das vezes em razão do labor dos pais, que resulta na sua indisponibilidade mais presencial em seus lares.

Ainda neste capítulo, faz-se uma breve análise acerca da alienação parental, como consequência negativa das relações familiares. Ora, não se pode esquecer que a constituição de um ambiente saudável familiar, onde se geraram filhos, independe da coabitação dos genitores, e caso não exista mais essa convivência, seja qual for o motivo, não se pode autorizar que o genitor detentor da guarda dos filhos, crie ou sugira situações que façam os menores desenvolver receio ou ojeriza ao genitor afastado.

E, por fim, analisam-se, outros dois consectários negativos, quais sejam, o abandono moral, material e a violência familiar, que são efetivamente, o contraponto da afetividade, e caracterizados pela omissão, descaso e desprezo em relação aos filhos. A violência aqui mencionada, não se afigura apenas na violência física, posto que a *vis compulsiva* traz prejuízos muito maiores aos filhos, que se sentem como se fossem um fardo pesadíssimo àqueles que o geraram ou criaram, sendo esse um motivo ensejador para as mudanças comportamentais dos filhos.

Verificar-se-á que a filiação socioafetiva atualmente possui relevância social e existência jurídica, de modo, inclusive, a gerar alterações registrais e mudanças nos direitos sucessórios, quando ocorrer o reconhecimento judicial desta modalidade de filiação, e que, como todo novo instituto jurídico, podem surgir algumas situações que poderão causar certos transtornos sociais e familiares, e que ainda não existem soluções jurisprudenciais, doutrinárias e nem decisões monocráticas, que poderão ser analisadas como objeto de estudo em sede de tese de um futuro doutorado.

Verifica-se, que em todo o trabalho de pesquisa foi utilizado bibliografia histórica, doutrina atualizada, colhidos artigos e feita menção à jurisprudência também atual.

## 2 ESCORÇO HISTÓRICO. OS PARADIGMAS TRADICIONAIS DA FILIAÇÃO

Nos últimos anos, tem-se operado no direito brasileiro uma radical mudança sobre o conceito de filiação, passando-se a adotar uma concepção mais de acordo com as aspirações e necessidades da família do terceiro milênio.

A exata compreensão dessa mudança, só é possível a partir do entendimento sobre como a filiação foi, ao longo dos tempos, sendo interpretada pelo direito e pela sociedade nacional, e assim, foi-se construindo um paradigma tradicional sobre a filiação.

Ora, um dos vínculos mais difíceis de dissolver, quiçá dizer, quase impossível, é o filial. Seja porque a filiação é determinada biologicamente, seja porque também é criada jurídica ou afetivamente.

A linha de tempo histórica mostra que a filiação passou por várias fases, mudando, inclusive seus conceitos. Assim aqueles que eram apenas filhos naturais e legítimos, detentores de todos os direitos, sob essa égide, deram espaço para os filhos ilegítimos ou espúrios que, atualmente, de acordo com a legislação pátria, não são mais passíveis de distinção. Assim, filho será sempre filho em qualquer situação.

O vínculo filial hoje é determinado não apenas pelo sangue (vínculo biológico), mas também pela lei (vínculo jurídico) ou pelo coração (vínculo afetivo), de modo, inclusive, a discutir-se acerca do vínculo materno-filial, uma vez que era normalmente posto à prova sempre a relação paterno-filial.

O termo filiação<sup>1</sup> é tratado no ordenamento jurídico brasileiro, primordialmente em nossa Carta Maior (artigo 227, CRFB/88), bem como no Diploma Civil (arts. 1.596 *usque* 1.606 do CC/2002), na Lei nº 8.560/92, que regula a investigação da

---

<sup>1</sup> Entende-se por filiação a relação jurídica que liga o filho a seus pais. Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. V, p. 325.

paternidade dos filhos havidos fora do casamento e, em se tratando de menores, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90).

O instituto da filiação se desenvolveu e ampliou seu conceito até chegar ao que hoje está inserido naquelas bases normativas garantidoras de, pelo menos, os mínimos direitos dos filhos, tenham eles nascido no seio de uma família constituída pelo matrimônio ou ainda que nascidos de relações extramatrimoniais.

## 2.1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Existe certa dificuldade em conceituar família, em razão de esta ser entendida como algo mais que uma associação de pessoas. Segundo Vânia Morales Sierra:

Em geral, nega-se que a família seja meramente constituída pelo contrato, que sua base seja o interesse. Na sociedade moderna, há uma valoração dos sentimentos e das afinidades que unem o casal, demonstrando uma recusa em considerar que os interesses possam reinar nos relacionamentos em família.<sup>2</sup>

Rastreando o instituto da família, a fim de investigação sociológica na mesma, não raro se encontram referências que vinculam a família a estágios primitivos de constituição, e embora tais referências sejam frutos mais da imaginação do que de comprovação fática, prevalece à generalização de fatos isolados do que fenômenos sociais e políticos capazes de gerar aceitabilidade em torno do assunto.

Friedrich Engels, em sua obra, “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”, baseou seus estudos na passagem das comunidades gentílicas para a organização familiar, analisando de que forma eram historicamente construídos os vínculos de parentesco.

Representa a passagem do inferior para o superior e o mesmo acontece entre os sistemas políticos, jurídicos, religiosos e filosóficos. Assim, o

---

<sup>2</sup> SIERRA, Vânia Morales. *Família: teorias e debates*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.;



matrimônio por grupos dá lugar ao monogâmico, indo do simples para o complexo. Nos matrimônios por grupos a descendência só era determinada pelo lado materno; na família passa a ter a monogamia prevalecendo e têm-se deste modo, a origem do patriarcado. No rapto das mulheres há indícios da monogamia e o matrimônio por grupos vai se extinguindo. No matrimônio por grupos as mulheres ocuparam lugar de destaque. As gens passam a proibir os casamentos consanguíneos, a união conjugal por pares vai se consolidando. E do matrimônio em grupos as famílias sindiásmicas. Nestas famílias quem davam as ordens eram as mulheres, dada à impossibilidade científica de se saber quem era o pai. O homem desajeitado era expulso e obrigado a voltar ao seu clã (tribo). As mulheres das sociedades primitivas eram muito mais valorizadas e tinham poder, ao contrário das “senhoras” atuais da sociedade civilizada.

Com o aumento das riquezas o homem passa a ter mais importância que a mulher na família. A filiação tornou-se de direito paterno. A família era um conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Logo, para Marx, a família contém os germes da escravidão e do serviço da agricultura. Em miniatura encerra antagonismos. O casamento monogâmico é um dos triunfos definitivos dos sintomas da civilização nascente. A descendência tornou-se patriarcal e agora é o homem quem tem o direito de repudiar a sua mulher.<sup>3</sup>

Com efeito, o que não faltam são as referências de que a família passou por uma organização matriarcal, em especial, nas tribos mais primitivas, não tendo isso, efetivamente, um estágio obrigatório na evolução da família, posto que, tal evento tenha, possivelmente, ocorrido em razão de ausência temporária dos homens, por causa das guerras e/ou caça, de modo que os filhos ficassem subordinados à autoridade materna, investindo, assim, de poder às mulheres, ou ainda, talvez, pelo fato de que as mulheres elegiam para gerar e garantir a sua descendência, os melhores, sadios e fortes homens da tribo.

Antropologicamente, de acordo com Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, desde os primórdios, o homem se agrupa em núcleos familiares, em razão de sua própria natureza, quanto pela sua proteção e necessidade de preservação da espécie<sup>4</sup>, e os filhos havidos, nem sempre foram objeto do amor de seus pais, eram motivo de alegria, posto que aumentavam a família e assim, crescia a possibilidade de defesa e a capacidade de trabalho, ainda que não se fosse possível identificar o pai biológico, pois isso era de somenos importância. Entretanto, *a posteriori*, a monogamia veio para regular as relações familiares, em face de a necessidade do pai em ter a certeza de sua descendência, com o escopo basilar de transmissão dos

<sup>3</sup> ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Obras escolhidas. São Paulo: Alfa-Omega s/d. 143 p. Disponível em <http://pt.shvoong.com/books/1845045-origem-da-familia-da-propriedade>, p. 63. Acesso em 14.02.2013.

<sup>4</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 435.

bens de propriedade, perpetuação de seu nome e de professar a sua religião, surgindo assim, o patriarcado.

Ocorre que, de forma fática e comprovada, temos que, pelos registros históricos, literaturas, em especial a bíblica, ou ainda por fragmentos jurídicos, a família ocidental foi erigida sob a forma patriarcal, reconhecidamente nas civilizações mediterrâneas, mais particularmente a civilização romana, da qual se tem por berço a gênese cultural e jurídica do povo latino.

## 2.2 A FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO

O Homem é um ser natural e também social, e por esta última característica, passa a ter a necessidade de se relacionar com outras pessoas, de modo a se subsumir a certas instituições criadas pela própria natureza e história, que são de difícil, quiçá dizer de impossível enfraquecimento e/ou destruição, a exemplo da família.

De acordo com John Gilissen:

A família constitui um núcleo de pequena extensão, em que os indivíduos se encontram unidos pelos laços de sangue, que são, desde todos os tempos, os mais fortes. Tem o homem um interesse próprio e uma consciência própria, mas a sua consciência é dominada frequentemente pelos rebates do sangue, e o seu interesse normalmente subordinado ao interesse da família, e é sobretudo na família que ele forma e define o seu carácter.<sup>5</sup> (sic).

Vale consignar que a filiação já era tratada desde o Direito Romano, que em sua fase inicial, não teve como fundamento para o instituto da família, a consanguinidade. A paternidade consistia em se prolongar no outro, o que em nada supõe o vínculo biológico<sup>6</sup>. Baseou-se na religião do lar.

---

<sup>5</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª edição, 1995, p. 530-531.

<sup>6</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. "Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai". In: *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69.

Assim era integrante do mesmo centro familiar aquele que professasse o mesmo culto do *pater familiae*. Em consequência, se o filho renunciasse ao culto, passava a ser considerado como pessoa estranha àquele núcleo, e o adotado, que seguisse a mesma fé, era, membro daquela família<sup>7</sup>. Por isso, a organização religiosa era tida como lastro das relações desenvolvidas sob a chefia paterna.<sup>8</sup> Nesse sentido também ensina Philippe Ariés:

Em Roma a "voz do sangue" falava muito pouco; o que falava mais alto era a voz do nome de família. Ora, os bastardos tomavam o nome da mãe, e não havia legitimação ou reconhecimento de paternidade; esquecidos pelo pai, os bastardos praticamente não desempenharam nenhum papel social ou político na aristocracia romana. Havia escravos libertos, geralmente ricos e poderosos, que conseguiam às vezes introduzir os filhos na ordem dos cavaleiros ou até no Senado: a oligarquia dirigente reproduzia-se através de seus filhos legítimos e dos filhos de seus antigos escravos... Pois os libertos tinham o sobrenome do amo que os liberara da escravidão; continuavam seu nome. Assim se explica a frequência das adoções: a criança adotada tomava o nome do novo pai.<sup>9</sup>

A Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), elaborada em 450 e 449 A.C. considerada como o primeiro documento legal escrito do Direito Romano, pedra angular onde se basearam praticamente todos os corpos jurídicos do Ocidente surgiu como uma forma de compilação das leis romanas, com o objetivo de que a plebe pudesse conhecer a lei e não ser surpreendida com a execução das leis.

Ela separou o Direito da Religião criando a Ciência do Direito, e versava, inclusive sobre filhos e casamento, em sua Tábua Quarta. Nessa tábua está registrado o pátrio poder. De modo direto vemos que o pai tinha, sobre a sua esposa e seus filhos o direito de vida, morte e de liberdade. E, no que tange à autoridade do chefe de família ensina, ainda, John Gilissen:

No conjunto, a Lei das XII Tábuas revela um estágio da evolução do direito público e privado comparável ao que é conhecido em Atenas pelas leis de Drácon e de Sólon. A solidariedade familiar é abolida, mas a autoridade quase ilimitada do chefe de família é mantida; a igualdade jurídica é reconhecida teoricamente; são proibidas as guerras privadas e instituído um processo penal; a terra, mesmo a das gentes, tornou-se alienável; é reconhecido o direito de testar.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 29.

<sup>8</sup> BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de Filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

<sup>9</sup> ARIÉS, Philippe e DUBY, Georges. *História da vida privada*. V. I. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 23.

<sup>10</sup> GILISSEN, John *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª edição, 1995, p. 87.

Não obstante isso, mister se faz realçar que o chefe patriarcal exercia não somente as funções de sacerdote, mas, igualmente, as de senhor e magistrado em sua casa. E, essa autoridade religiosa, econômica e jurídica, respectivamente, se espraiava sobre todos os membros do clã. Lembrem Orlando Gomes e Nelson Carneiro que o poder do *pater familiae* era tão amplo que ele podia, não somente castigar o filho, como até matá-lo,<sup>11</sup> daí a origem da expressão “reger a pessoa do menor” empregada no artigo 422 do Código Civil de 1916 e não repetida pelo artigo 1.741 do Código vigente.

Deve-se ter presente que aquela base religiosa da organização familiar simbolizava o poder conferido ao comandante da família. Esse domínio representava a capacidade de persuadir seus integrantes para a profissão da mesma fé.<sup>12</sup> A admissão de pessoa estranha, no que se referia aos laços de consanguinidade, era um modo de alargar esse poder, que aumentava conforme o maior número de adeptos.

Por outro lado, a necessidade de garantir ao casal um herdeiro seguidor do culto era tamanha que, se o marido morresse antes de procriar, a viúva tinha o dever de gerar um filho com um parente do marido, de modo que aquele seria considerado do falecido. Essa regra, que vigorava entre os hindus, era também encontrada em Atenas e Esparta.<sup>13</sup>

Via-se, pois, em ambas as hipóteses, que não se privilegiava a cognação ou consanguinidade, mas, ao revés, se elevava o poder e a vontade das fontes do parentesco.

A indispensabilidade de perpetuar a religião professada pelo *pater familiae* impunha exclusão de qualquer dos filhos, com fundamento na deslealdade e na ingratidão, que nada mais eram, na verdade, do que formas de demonstrar a intolerabilidade à

---

<sup>11</sup> GOMES, Orlando; CARNEIRO, Nelson. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, p. 16.

<sup>12</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

<sup>13</sup> COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 56.

contestação daquele poderio. Afirma Márcio Antônio Boscaro que a origem da adoção é exatamente essa necessidade de perpetuação do culto doméstico.<sup>14</sup>

O distintivo essencialmente político da família patriarcal romana permitia, assim, incluir na condição jurídica de *filius familiae*, não somente os filhos não emancipados, mas também os adotados.<sup>15</sup> Ressalta Orlando Gomes que a analogia entre a organização da família e a do Estado foi resultado, exatamente, desse acentuado caráter político.<sup>16</sup>

### 2.3 O MODELO PATRIARCAL DA FAMÍLIA BRASILEIRA

É sabido que o direito privado e o direito de família, em especial, tiveram influência do Código Civil Francês ou Código Napoleônico de 1804. Ocorre que no Brasil, a partir do seu descobrimento, passou a vigor as Ordenações do Reino de Portugal, mantidas mesmo após a Independência, isto porque, quando em 1867, Portugal pôs a lume um Código Civil, inspirado no modelo francês, o Brasil já havia sido libertado do seu domínio, de modo que esse estatuto aqui não vigorou, e, muito embora o Código Civil de 1916, tivesse uma influência maior do Código Civil Alemão (*Burgertich Gesetzbuch*, abreviadamente BGB), promulgado em 1896, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1900, ainda se encontravam afinidades com o Código Francês, senão vejamos.

O Código Civil de Napoleão reforçou o poder patriarcal, outorgando ao pai maiores direitos sobre os filhos. Também ressaltou que o poder patriarcal é estendido à esposa, que continua sob seu jugo. O divórcio é admitido, sendo sempre o adultério feminino considerado como uma de suas causas, sendo aceito somente o masculino se o marido levar a concubina para dentro da residência. Também há diferenciação quanto aos filhos, sendo considerados filhos legítimos e ilegítimos, esses últimos nascidos fora do casamento. Sua legitimação só poderia ocorrer com o casamento

---

<sup>14</sup> BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de Filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

<sup>15</sup> VARELA, Fagundes. *Direito Matrimonial*. Lisboa: Livraria Petrony, 1996, p. 43.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 39.

dos pais. Caso o pai já fosse casado, poderia reconhecê-lo, mas este não teria os mesmos direitos do filho legítimo.<sup>17</sup>

Historicamente, no Brasil, a família sempre teve sua base na imagem do pai e entendia-se por família aquela constituída por marido, esposa e filhos do casal. Não se admitia, ou pelo menos, não se reconhecia a filiação espúria. Assim, os filhos que fossem concebidos fora do matrimônio não possuíam quaisquer direitos frente aos legítimos.

Ocorre que não se pode olvidar acerca da formação dos núcleos familiares em território brasileiro e, para tanto vale verificar o quanto declinado pelo antropólogo Darcy Ribeiro, em sua obra *O povo brasileiro*, que apresenta aspectos que servem como liame entre a história da família no Brasil colonial e a etnologia dos povos sul-americanos, principalmente os que foram invadidos pelos europeus, embasando a influência da miscigenação de três culturas: indígena, europeia e africana<sup>18</sup>. Entre tais aspectos, destaca-se a instituição do *cunhadismo*, que representa a complexidade das relações de afinidade entre europeus e nativos, sem essa prática, seria impraticável a criação do Brasil, posto que ela é fundamental para a defesa do território e à organização da economia colonial.

A instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro foi o cunhadismo, velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade. Consistia em lhes dar uma moça índia como esposa. Assim que ele a assumisse, estabelecia automaticamente, mil laços que o aparentavam com todos os membros do grupo.<sup>19</sup>

Ocorre que tal prática afrontava de chofre os padrões dominantes da cultura europeia, que se baseava, na monogamia, em defesa da propriedade e, por conseguinte, do patriarcalismo, de modo que prevalecia a monogamia.

---

<sup>17</sup> CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 42.

<sup>18</sup> Darcy Ribeiro pensou nessa formação a complexidade da nossa sociedade. Somos mestiços originados da expansão europeia do século XVI e do contato inédito entre povos americanos, europeus e africanos. Esse processo proporcionou a formação de uma população diferenciada que não pode negar a existência de elementos culturais diversos. Dessa forma, a constituição da família brasileira se daria a partir da formação de seu povo. Estas e outras questões encontram-se envolvidas na cultura e nas pessoas que aqui vivem, sendo repassadas às gerações através do processo educacional e da forma como se é criado.

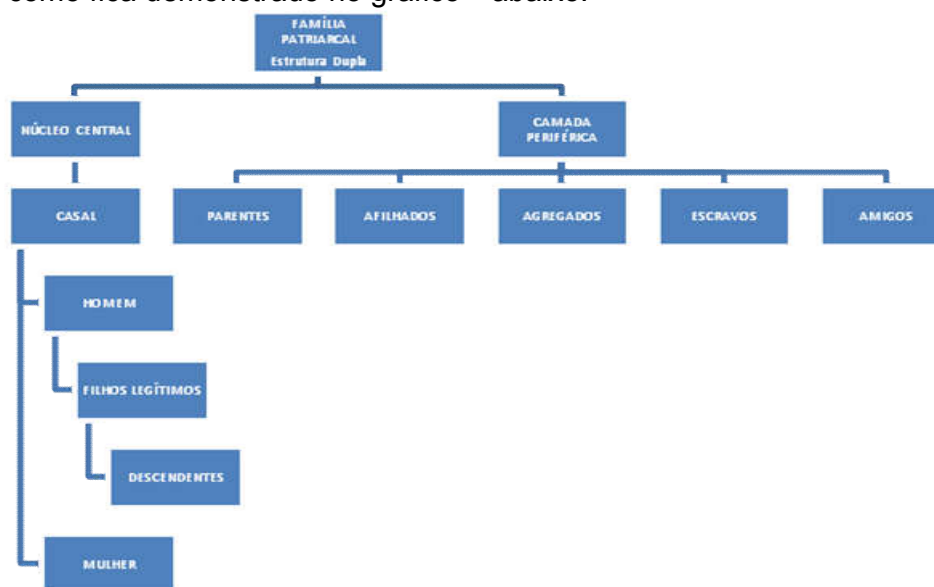
<sup>19</sup> RIBEIRO, Darcy, *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995 p. 81.

Assim, desde a época da colonização, estabeleceu-se no Brasil, um tipo de família que se adequava aos parâmetros da sociedade colonial, que estava embasada na posse de terras, no latifúndio e na escravidão, principalmente. Somando-se a esses fatores, havia ainda a baixa densidade populacional e a descentralização administrativa, que irão dar forma à família patriarcal.

No Brasil - Colônia, "família" passou a ser sinônimo de organização familiar latifundiária, o que provocou a instalação dessa sociedade do tipo paternalista, em que as relações de caráter pessoal assumiram vital importância, como bem coloca Eni Samara:

A família patriarcal era a base de um sistema mais amplo e, por suas características quanto a composição e relacionamento entre seus membros, estimulava a dependência na autoridade paterna, e a solidariedade entre seus parentes.<sup>20</sup>

O núcleo familiar em sentido estrito era composto pelo marido, esposa e filhos legítimos, havendo, portanto uma valorização da relação matrimonial e da prole advinda dessa relação. Não há olvidar-se, que em sentido mais amplo, vários outros elementos também faziam parte dessa família, como parentes, afilhados, serviçais, agregados e escravos. Sendo, portanto, em sua maioria, uma família bastante numerosa, como fica demonstrado no gráfico<sup>21</sup> abaixo:



<sup>20</sup> SAMARA, Eni de Mesquita, *A Família Brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 10.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 15.

Desta forma, interessa, sobretudo, a análise do núcleo central dessa família, haja vista ser nele onde estava às relações familiares tuteladas pelo direito da época, onde o marido (o varão) detinha poderes quase que absolutos sobre a sua família, ou como afirma Luiz Assumpção, havia “o predomínio do homem, na qualidade de chefe de família, com férreo poder marital, e subordinação total da mulher”<sup>22</sup>, mesmo entendimento de Eni Samara, quando afirma que, no modelo patriarcal de família, havia uma ênfase na “autoridade do marido, relegando à esposa um papel mais restrito ao âmbito familiar. As mulheres depois de casadas passavam da tutela do pai para a do marido.”<sup>23</sup>

Claro está, que totalmente subordinadas aos maridos, as mulheres deviam a estes a fidelidade conjugal absoluta, decorrendo daí o fato da presunção absoluta da paternidade, porque inconcebível discutir-se a paternidade de um filho gerado por uma esposa que deveria ser completamente devotada ao seu marido, nessa vertente resume Luiz Assumpção, “o princípio da indiscutível paternidade do marido da mãe era garantido pelo domínio total sobre a mulher que deveria ser casta e fiel a ele, podendo apenas permanecer no lar”<sup>24</sup>, ou como expresso em clássica lição de Engels, quando narrando sobre a família monogâmica afirma:

Essa família é baseada no domínio do homem, como expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, e esta paternidade é exigida porque os filhos devem entrar na posse da fortuna paterna por sucessão. Foi a primeira forma fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, a saber: o triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade primitiva.<sup>25</sup>

Ocorre que a monogamia, historicamente falando, não foi a primeira forma de relacionamento entre as pessoas, conforme ensina Engels:

Antes de passar à monogamia, à qual a reversão do direito materno proporcionou um desenvolvimento rápido, digamos ainda algumas palavras sobre a poligamia e a poliandria. Essas duas formas de casamento não podem ser consideradas senão como exceções, por assim dizer produtos de luxo da história, a menos que elas não se apresentem num país uma ao lado da outra, o que, sabemos, não é o caso. Os homens excluídos da

<sup>22</sup> ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto. *Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

<sup>23</sup> SAMARA, Eni de Mesquita, *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>24</sup> ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>25</sup> ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Obras escolhidas. São Paulo: Alfa-Omega s/d. 143 p. Disponível em <http://pt.shvoong.com/books/1845045-origem-da-familia-da-propriedade>, p. 68. Acesso em 14.02.2013.



poligamia não podendo, portanto, consolar-se aos pés das mulheres deixadas de lado pela poliandria, e tendo permanecido, até aqui sensivelmente igual o número de homens e de mulheres, sem levar em conta as instituições sociais, é, impossível, logicamente, que uma ou outra dessas formas de casamento se tornem gerais. De fato, a poligamia dum homem era um produto evidente da escravatura e limitado a casos excepcionais isolados. Na família patriarcal semítica, o próprio patriarca e alguns de seus filhos, ou todos eles, vivem em poligamia; os outros são obrigados a contentarem-se com uma única mulher. Ainda assim é no Oriente; poligamia é um privilégio dos ricos e dos grandes, que têm a possibilidade de comprar escravos; a massa do povo vive em monogamia. É uma exceção análoga a poliandria na Índia e no Tibet, cuja origem, sem dúvida interessante, vinda do casamento por grupos, fica para ser estudada mais profundamente. Na sua prática, ela parece ainda mais atraente do que a organização do harém ciumento dos maometanos. Entre os Naires da Índia, ao menos, três ou quatro, ou mais, possuem, é verdade, uma mulher comum, mas cada um deles pode ter em comum com vários outros homens uma segunda mulher, e mesmo uma terceira, uma quarta, etc.<sup>26</sup>

Vale ressaltar que a monogamia é um instrumento social para inibir a procriação (o que, em termos econômicos, significa acumular riquezas), e este é o modelo utilizado nos países ocidentais, que se lastreiam na defesa da propriedade e manutenção da riqueza, mas que não se torna uma verdade mundial, conforme ensina Anthony Giddens:

Nas sociedades ocidentais, o casamento, e por conseguinte, a família, está associado à monogamia. É ilegal que um homem ou uma mulher sejam casados com mais de um indivíduo simultaneamente. Contudo, esta situação não se verifica a nível mundial. [...]. Existem dois tipos de poligamia: a poliginia, na qual um homem pode ser casado com mais de uma mulher ao mesmo tempo; e a poliandria, muito menos comum, na qual uma mulher pode ter simultaneamente, dois ou mais maridos.<sup>27</sup>

Entretanto, como a sociedade brasileira seguiu o padrão ocidental, era o filho gerado dessa relação monogâmica, pelo menos para a mulher<sup>28</sup>, que estava devidamente amparado pela lei da época, sendo para ele dirigido toda uma gama de direitos, que se é verdade inclui direitos, digamos, pessoais, como dever de proteção e cuidado, em sua maioria estava a tutelar direito patrimonial, que viesse a garantir a transmissão dos bens do genitor à sua prole. Desta forma, apenas filhos legítimos estavam habilitados à herança, assegurando a manutenção da riqueza da família,

<sup>26</sup> *Idem*, p. 45-46.

<sup>27</sup> GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2007, p. 175.

<sup>28</sup> Vários eram os senhores que tinham filhos fora do casamento, filhos que embora pudessem manter relações pessoais com os seus genitores, não estavam amparados pela lei, não lhes cabendo proteção alguma do direito de a época. Sobre filhos ilegítimos no Brasil Colonial ver: FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002, p 529-535.

evitando assim a fragmentação excessiva e conseqüente empobrecimento do núcleo familiar.

É quase desnecessário afirmar, que nesse modelo patriarcal da família brasileira<sup>29</sup>, havia pouco espaço para a valorização do afeto como algo necessário para se erigir uma entidade familiar, ou no dizer de Sérgio Barros, quando pondera que: “o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto. [...] A família assim concebida e praticada acabou por revestir e mascarar interesses meramente patrimoniais, que muitas vezes deslocam, degeneram, sufocam ou até substituem as relações de afeto.”<sup>30</sup>

Convém lembrar, que mesmo entre os filhos legítimos existiam diferenciações importantes. A primeira delas dizia respeito ao sexo do filho, sendo os filhos do sexo masculino preferidos ao feminino, fato em consonância com os valores machistas da época colonial como anteriormente exposto.

Outra e fundamental, diferenciação estava na ordem de nascimento entre os filhos, cabendo ao primogênito o principal quinhão, quando não a totalidade, da herança deixada pelo seu pai, passando ele (o primogênito) a assumir todos os direitos e deveres que lhe foram transmitidos, tornando-se assim um novo senhor, que iria dar prosseguimento à tradição familiar. Aos demais filhos, restavam: às mulheres contraírem matrimônio, e por consequência passarem à tutela do marido; os outros filhos homens, ou ficavam, digamos, sob a proteção do irmão mais velho, e agora senhor, ou buscavam formas outras de tornarem-se independentes, o que levou a incontáveis filhos não primogênitos a buscarem na carreira eclesiástica, um modo de ascensão social, e principalmente, uma maneira de romper os vínculos que lhes mantinham presos ao seu irmão.

---

<sup>29</sup> Estudos demonstram que esse modelo patriarcal descrito por Gilberto Freyre foi considerado por várias gerações de estudiosos (historiadores, antropólogos e sociólogos brasileiros) como critério e medida de valor para compreendermos a vida familiar ao longo do tempo (Vide Eni Samara, *A família brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 15). E, assim como ele, também Sérgio Buarque de Holanda (*Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 12-40), descreveu o conceito de família patriarcal como o modelo das famílias de norte a sul do país, durante três séculos de sua história, segundo as características da grande parentela, sistema hierárquico, autoridade paterna prevalecente, monogamia e indissolubilidade do casamento.

<sup>30</sup> BARROS, Sérgio Resende. *A Ideologia do Afeto*. Revista Brasileira de Direito de Família. n° 14, 2002 p. 7.

Posta assim a questão, é de notar-se que esse modelo de família patriarcal brasileira, permaneceu como eixo fundamental da sociedade brasileira durante todo o período colonial, tendo a sua forma mais bem acabada existido na zona de lavoura canavieira do Nordeste do país<sup>31</sup>.

Não quer isto dizer, entretanto, que o modelo exposto não se aplicasse ao resto do Brasil, muito ao contrário, esteve presente, com alterações pontuais, em todo o território nacional, devido ao fato de que todo o território estar assentado sobre a mesma base social, agrária, escravocrata e acima de tudo patrimonialista, que só poderia engendrar um modelo de família como o patriarcal, pois como bem frisa Marcos Alves da Silva, esse modelo cumpria “papel fundamental na ordenação e transmissão da propriedade. Daí sua estrutura patriarcal, hierárquica, transpessoal, matrimonializada a garantir a segurança do trânsito jurídico do patrimônio.”<sup>32</sup>

Foi essa a família que existiu em sua forma mais perfeita no período colonial, onde filho era apenas o legítimo, e principalmente homem e primogênito. Mas que também plasmou o conceito de família que seria o dominante nos tempos imperiais, chegando à República e aparecendo de forma indelével no Código Civil de 1916, conforme se infere do ensinamento de Maria Cecília Ribeiro Moncorvo:

Vindo com os Portugueses quando da colonização do Brasil em 1530, o direito romano aqui se moldou conforme os costumes locais da época, porém, mantendo sempre a mesma estrutura, base e princípios que o formavam.

Assim, inegável é a importância da sua compreensão, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio teve como berço o direito romano e, com este, viera também o modelo de família de Portugal – resquício da família romana, por sua vez, influenciado pelo direito canônico e germânico -, qual seja, o modelo patriarcal, com aquela formação extensiva que abarcava todos seus parentes, não se restringindo apenas ao casal e sua prole, mas que foi a base da sociedade quando da colonização do Brasil nos séculos XVI e XVII e que por muito tempo e, quiçá, até muito pouco, perdurou no Brasil.

E como não poderia deixar de ser, face ainda à grande influência do direito canônico, houve uma grande aproximação da igreja no ambiente familiar, na qual o catolicismo, que era a religião oficial de Portugal, também se tornou a do Brasil, contribuindo com dogmas religiosos do matrimônio, como a impossibilidade da dissolução do vínculo conjugal, uma vez que o casamento era considerado um sacramento, sendo o concubinato

---

<sup>31</sup> SAMARA, Eni de Mesquita, *A Família Brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 82.

<sup>32</sup> SILVA, Marcos Alves da. *De Filho para Pai – Uma releitura da relação paterno-filial a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre, ano 2, n. 6, p. 23-30, jul/set. 2000, p.29.

rechaçado pela Igreja. E ao casamento religioso eram reconhecidos os efeitos civis.

Com presença marcante da Igreja Católica Apostólica Romana, juntamente com o Reino de Portugal, a Igreja regulava a vida privada dos brasileiros, chegando ela a usurpar funções que teriam que ser de competência do Estado, a exemplo do estado das pessoas naturais, promovendo os registros de nascimento, casamento e óbito, em uma verdadeira junção dos poderes temporal e espiritual.

O modelo patriarcal de família perdurou na sociedade brasileira até meados do século XIX, quando já nos primeiros anos da Proclamação da República (1889), a família patriarcal começou a apresentar sinais de fraqueza.<sup>33</sup>

Ao ensejo de conclusão desse item, pode-se esquematicamente afirmar, que durante o período colonial a família brasileira tinha as seguintes características legais: (a) – A família era patriarcal; (b) – O homem era o chefe absoluto da família, estando à mulher subordinada a seu marido; (c) – Filhos amparados por lei eram somente os legítimos; (d) – Filhos homens eram preferidos às mulheres; (e) – Aos primogênitos eram concedidos direitos especiais; (f) – Toda a organização familiar estava voltada para a proteção de interesses patrimoniais.<sup>34</sup>

## 2.4 A AFIRMAÇÃO DO PATRIARCALISMO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Com a passar dos anos não só o Direito, mas também a sociedade evoluíram de forma a reconsiderar algumas questões que antes eram ignoradas pelo legislador.

No período de vigência do Código Civil de 1916, embora houvesse a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, aos últimos se oportunizava o reconhecimento da filiação, prevalecendo, em ambos os casos, a presunção *pater ist est*, observando-se que tal presunção de paternidade era conferida aos homens casados (filhos havidos no matrimônio) ou que viessem a se casar, para fins de legitimação.

<sup>33</sup> MONCORVO, Maria Cecília Ribeiro. *Família brasileira: do patriarcalismo colonial ao crescente poder feminino na contemporaneidade*. Divisão de Bibliotecas e Documentação – PUC/Rio. Disponível em <[http://www2.dbd.puc\\_rio.br/pergamum/tesesabertas/0610333\\_08\\_cap\\_02.pdf](http://www2.dbd.puc_rio.br/pergamum/tesesabertas/0610333_08_cap_02.pdf)> Acesso em 30.10.2013.

<sup>34</sup> Desde o período colonial até então as Ordenações Filipinas serviram como regramento do sistema normativo brasileiro – fato este observado até o advento do Código Civil de 1916 – porém, o direito de família, durante todo esse período, sofreu várias alterações legislativas, como o Decreto de 3 de novembro de 1827, que assimilou o Direito Matrimonial do Concílio de Trento, no qual fora formalmente reconhecida a adoção do direito canônico, a celebração e a dissolução do casamento, sobrevivendo posteriormente com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, a introdução do casamento civil no Brasil, como consequência da desvinculação do Estado de qualquer religião.

Tal presunção, como posto adiante, procurou assegurar ao filho o direito de ser reconhecido, a menos que fosse provado o contrário, de que pai era aquele que esteve com a mãe durante a concepção. Desta forma, a lei procurou sobrepor-se à verdade biológica para que aos filhos fossem garantidos os direitos inerentes à filiação.

Esta presunção buscava dar uma segurança jurídica ao filho, para fins de reconhecimento paterno-filial, garantindo todos os direitos inerentes à filiação, salvo na hipótese de prova contrária, de que seu pai era aquele que convivia com a mãe durante a concepção. Assim, o ordenamento jurídico, já dava sinais de a biologicidade da paternidade estava mitigada.

Com o advento da República, em 1889, esperava-se que um novo arcabouço jurídico surgisse junto com a nascente forma de governo. Todavia, o que se observou, pelo menos no campo do Direito Civil, foi uma série de tentativas frustradas de construção de um diploma jurídico, aos moldes do existente na Europa, que viesse a regulamentar a vida do cidadão comum, libertando-se assim, de vez, dos vínculos coloniais que se faziam aparecer com a ainda vigente Ordenação Filipina a disciplinar as relações cíveis. Para tanto, vários foram os juristas, como Nabuco de Araújo e Teixeira de Freitas, que tentaram, e fracassaram, no objetivo de confeccionar um Código Civil para o país.<sup>35</sup>

Foi somente em 1899, com a contratação do pernambucano Clóvis Beviláqua, que um projeto de Código Civil foi levado ao seu fim, mas não sem encontrar dificuldades, como fica claro no grande espaço de tempo demorado entre a elaboração do código e sua promulgação, que só veio a ocorrer em 1916. Sendo assim, em pleno século XX, o Brasil tinha um código escrito no século XIX, e sob muitos aspectos ainda com o ideário do período colonial.

---

<sup>35</sup> Para uma análise aprofundada sobre as várias tentativas de elaboração do Código Civil ver: GRINBERG, Keila. *Código Civil e Cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p 7-20. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, v 1. p 129-134.

Em que pese às ideias liberais do seu autor, o CC/16 (Código Civil de 1916) era fruto de seu tempo, ou seja, do século XIX, e, portanto refletia os ideais de sua época, como bem observa Keila Grinberg, ao pontuar:

O código de leis abstratas, gerais e modernas com que sonhava Beviláqua e com que, de certa forma, havia sonhado Teixeira de Freitas esbarrava em um problema simples de entender e complicado de resolver: a sociedade brasileira não era como eles queriam que fosse, e nunca seria. Mas o código com o qual sonhavam esses juristas também esbarrava em um outro problema, o que mesmo que eles insistissem em contrário, o direito brasileiro era profundamente marcado pelos costumes escravistas, patriarcais e católicos que formava a sociedade brasileira.<sup>36</sup>

É de se verificar, que no tocante ao direito de família e filiação, o Código Civil de 1916 veio a afirmar o patriarcalismo existente à época transparecendo uma clara herança do sistema colonial.

Neste passo, dispunha que só era reconhecida como entidade familiar às uniões advindas de um casamento devidamente reconhecido. Afirmando assim o caráter matrimonial da família, na esteira dos preceitos patriarcais analisados alures, bem como colocava uma série de relações ocorridas fora do matrimônio legal, quase que totalmente à margem do direito, deixando, no mais das vezes, mulheres e crianças desamparadas aos olhos da lei, que se recusava a enxergar os fatos concretos da vida, em prol de um direito formalista e excludente.

Segundo a sistematização do diploma civil de 1916, embora não houvesse uma definição estrita de filho, existiam basicamente dois tipos de filhos, os legítimos e os ilegítimos.

Os filhos legítimos eram, tal qual na época colonial, aqueles concebidos na constância do casamento, ou seja, dentro da família legalmente estabelecida, podendo, entretanto haver legitimação dos filhos não matrimoniais, desde que os pais viessem a celebrar um casamento, como fica claro da inteligência do artigo 353 do Código de 1916, quando afirmava que “A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho”.

---

<sup>36</sup> GRINBERG, Keila. *Op. Cit.*, p. 37.

Já os ilegítimos, eram todos aqueles que não eram concebidos na constância matrimonial, e estavam classificados em naturais e espúrios. Naturais eram aqueles que embora gerados fora do matrimônio, entre seus pais não existiam impedimentos para a realização de núpcias, fazendo-se assim existir sempre uma possibilidade de futura legitimação. Os espúrios, embora também não gerados na constância de uma relação matrimonial, entre seus pais havia impedimentos legais para uma possível contração de matrimônio, tais filhos eram ainda chamados de: adulterinos, se concebidos por pessoa já casada; incestuosos, se filho de parentes consanguíneos entre si e sacrílegos<sup>37</sup>, que eram filhos havidos por religiosos (padres, freiras, diáconos)<sup>38</sup>.

Para os filhos ilegítimos, alternativa não restava se não a de se conformarem com a sua situação, aceitando forçosamente viverem sob uma pecha discriminatória que lhes era imposta pelo destino, e pela lei.

Oportuno ainda se torna dizer, em acordo com Rose Vencelau que “assim, o Código Civil de 1916 refletia uma covarde e discriminatória classificação dos filhos, sempre em função do vínculo existente entre os pais.”<sup>39</sup>

Lembra ainda a mesma autora, que a própria sistematização do código, ao tratar da filiação dentro do título referente às relações de parentesco, estabelecia uma hierarquização sobre o tema, como fica patente na lição da doutrinadora quando coloca:

O Código Civil de 1916 [...] em capítulos separados, primeiro abordava a filiação legítima, no capítulo seguinte a legitimação, em seguida o reconhecimento dos filhos ilegítimos, posteriormente a adoção e encerrava com o capítulo referente a alimentos. Percebe-se nesta ordem uma certa escala de valores.<sup>40</sup>

No relativo à filiação legítima, a que tinha mais direitos e era o ideal apregoado no código, uma série de presunções foram admitidas, presunções essas que visavam

---

<sup>37</sup> Esta classificação deixou de existir quando da separação entre o Estado e a Igreja, passando os filhos sacrílegos a ser considerados apenas como filhos naturais.

<sup>38</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v 5, p. 346.

<sup>39</sup> VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 12.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 13.

garantir a preservação da família advinda do casamento, e da sua prole legalmente constituída.

Em primeiro lugar, a presunção do artigo 338 do CC/16, que dispunha:

“Presumem-se concebidos na constância do casamento:

- I – os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II – os nascidos dentro de 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.”

Portanto, tentava-se através dessa presunção garantir e valorizar a relação matrimonial, que detinha mesmo o condão de dar legitimidade a filhos provavelmente, muito provavelmente, concebidos antes do casamento.

Complementando a presunção do artigo 338, havia ainda também a do artigo 339 do CC/16, que determinava:

“A legitimidade do filho nascido antes de decorridos os 180 dias de que trata o n° I do artigo precedente não pode, entretanto ser contestada:

- I – se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher;
- II – se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade.”

Importante observar, que as hipóteses dos incisos acima se apresentavam como verdadeiras confissões de paternidade<sup>41</sup>.

Não se pode olvidar, que o Código Civil de 1916 apresentava ainda outra diferenciação no referente à filiação, a existente entre a filiação natural e a filiação civil.

A filiação natural, como o próprio nome denota, era a proveniente dos laços de sangue entre pais e filhos, e era a mais protegida.

---

<sup>41</sup> VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 15.



Já a filiação civil era “quando decorresse da adoção simples ou plena, ato jurídico em virtude dos quais, alguém assume a situação de pai.”<sup>42</sup> Tal tipo de filiação, poderia em alguns casos afastar a filiação natural, mas não se pode interpretar tais casos como uma valorização da relação afetiva existente na adoção, longe disso, o que se buscava preservar, em determinadas situações de prevalência da adoção sobre os laços sanguíneos, era manter-se a incolumidade de uma relação matrimonial, bem maior almejado pelo CC/16, e conseguir, “resguardar a família matrimonializada, pois esta, mais do que representação de valores existenciais, simbolizava a continuidade do patrimônio.”<sup>43</sup> Por isso, um filho legalmente adotado, teria todos os direitos de um filho legítimo, enquanto que um filho ilegítimo, de sangue, ficava ao desamparo da lei, não por uma valorização do afeto, mas apenas para preservar interesses patrimoniais.

Por tais razões, evidente está que o Código Civil de 1916, era uma lei ainda presa às concepções atualmente consideradas antiquadas, onde a filiação estava subordinada a existência de um matrimônio entre os pais, e onde a filiação originária de uma relação de afeto (a adoção) também estava subordinada à supervalorização do matrimônio e proteção dos bens pecuniários.

Releva destacar, que a evolução das relações sociais, acabou por ensejar uma série de alterações no CC/16, no tocante às relações matrimoniais e filiação, que embora operando por leis extravagantes, sempre em defasagem temporal em relação à dinâmica da sociedade, como, aliás, qualquer lei, ainda assim representaram avanços consideráveis sobre o tema.

Em primeiro lugar, surgiu a lei n° 883/49, que disciplinava sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, admitindo-se a hipótese de reconhecimento de tais filhos após a dissolução do casamento, podendo ser realizada por qualquer dos cônjuges, desde que ocorrido o fim do enlace matrimonial, em decorrência de desquite, morte ou anulação do casamento.

---

<sup>42</sup> WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 178.

<sup>43</sup> VENCELAU, Rose Melo. *Op. Cit.*, p. 16.

Esta lei representou um grande avanço, ao finalmente, pelo menos conceder aos filhos ilegítimos algum direito, que embora ainda não estivesse em suas mãos, afigurava-se, de qualquer sorte, como um direito, no que eles anteriormente estavam completamente despossuídos.

Contudo, mesmo quando concedia direitos aos filhos ilegítimos, os mesmos eram mitigados se comparado aos direitos dos filhos legítimos, como exemplo no caso de sucessão, onde o filho reconhecido com fulcro no determinado pela citada lei, só tinha direito à metade do que recebesse o filho legítimo ou legitimado.<sup>44</sup>

Seguidamente, surgiu a lei nº 6.515/77, que versava sobre dissolução da sociedade conjugal, e determinava alterações na lei nº 883/49, com vistas a primeiro permitir ao reconhecimento do filho adulterino, ainda durante a vigência da sociedade conjugal, desde que feito por testamento cerrado, bem como garantia ao filho ilegítimo de acionar o pai, ainda casado, na ação de prestação de alimentos.

Mas a principal inovação trazida pela lei do divórcio foi o estabelecimento da igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos perante a sucessão, cabendo agora quinhão igual para ambas às categorias de filhos.

Com efeito, o matrimônio, grande instituto a reger as questões sobre família e filiação, sofria com a mencionada lei, indeléveis e perpétuas rachaduras.

Todavia, não se pode exagerar o alcance desta lei, que ainda fazia persistir traços discriminatórios entre os filhos dentro do ordenamento jurídico. É Rose Vencelau que mais uma vez ensina:

Os filhos legítimos e ilegítimos estavam equiparados para efeitos de alimentos e sucessão. Porém, o status de filho ainda estava longe de poder ser alcançado por todos os filhos. Assim, os filhos incestuosos e os adulterinos não podiam ter seu estado de filho perfeitamente estabelecido, salvo os adulterinos após a dissolução da sociedade conjugal.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 27.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 30.

Em 1984, foi editada outra importante lei que tratava do direito de filiação, a lei nº 7.250, que dispunha sobre o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, feito por cônjuge separado de fato há mais de cinco anos.

## 2.5 CÓDIGO CIVIL DE 2002: O SANGUE AINDA É PRIMORDIAL

A evolução legal sobre família e filiação, no âmbito estritamente cível culminou com a promulgação do Código Civil de 2002, lei nº 10.406/02, que foi aguardado com grande expectativa que, infelizmente, redundou em uma grande frustração.

Com o advento da Carta Magna de 1988, não mais se falou naquela distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, sendo assegurado a ambos os mesmos direitos. Portanto, o que se deve ter em mente é que, não obstante ainda hoje haja a prevalência da presunção *pater ist est*, esta, com a evolução do instituto da filiação vai aos poucos se esvaindo no tempo, mormente agora, sob a égide do novel Código Civil com valores e visões do *pater familiae*.

Procura-se deixar de lado a ideia de que pai é o marido da mãe, para valorizar-se o vínculo biológico e a realidade socioafetiva existente entre pai e filho.

Antes de permearmos os caracteres jurídicos do tema, mister se faz o esclarecimento de alguns conceitos a ele ligados.

Filiação conduz, logicamente, à ideia de estabelecimento de paternidade, afirmando-se, quando logo do nascimento, sua presunção. Outro, nesse momento, não poderia ser o instrumento para estabelecimento de tal presunção. Daí se falar em *pater ist est*, conforme se expôs linhas acima.

Sua criação satisfaz os interesses da segurança jurídica em torno do nascimento, vez que para a criança, fruto de uma relação, devem ser assegurados não só os direitos sucessórios, mas antes desses e, principalmente, aquele de reconhecimento e estabelecimento primeiro da filiação.

Quanto ao estabelecimento da relação materna, via de regra, *mater semper certa est*,<sup>46</sup> formando-se, então, o instituto na dúvida quanto ao estabelecimento da relação paterna, derivando o brocardo *pater ist est*, daí dizer-se que a maternidade é um fato e a paternidade discutível.

De início, vale lembrar, que tal qual o Código Civil de 1916, a elaboração do Código Civil de 2002, foi um processo longo, cheio de percalços, tendo sua origem no projeto realizado em 1969 por uma comissão de notáveis juristas, presidida por Miguel Reale, cabendo a elaboração da parte atinente ao Direito de Família a Clóvis Costa Couto. Em seguida encaminhado ao Congresso Nacional, o CC/02 (Código Civil de 2002) foi submetido a longas discussões, sendo bastante alterado, vindo finalmente a ser promulgado 33 anos após o início de sua elaboração.

Sendo fruto de uma longa maturação, esperava-se que o CC/02 viesse em consonância com as expectativas de uma sociedade pós-moderna, formado no século XX, mas pronta e ansiosa para viver no século XXI.

Mas, pelo menos no campo do Direito de Família, como dito anteriormente, o CC/02 foi frustrante, haja vista não inovar, e principalmente por não incorporar em seu texto situações que a vida social fazia pulular perante os olhos dos legisladores.

De qualquer sorte, pelo menos o novo diploma civil, veio a acabar definitivamente com a nefasta distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, passando tal distinção a pertencer agora à História do Direito, perante a dicção do art 1.596 do CC/02, que reza:

“Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

No entanto, embora extinguido de forma correta o mencionado instituto, o Código Civil de 2002, ainda manteve-se preso a preceitos do CC/16, como no tangente à esquematização sobre a filiação, pois lembra Rose Vencelau:

---

<sup>46</sup> Verifica-se a exceção em casos de doação anônima de óvulos.

A lógica do Código Civil vigente [2002] não se afasta muito da proposta pelo Código Civil de 1916. Da mesma forma que este, o Código Civil de 2002, dentro das relações de parentesco, trata, respectivamente das disposições gerais, da filiação [...] do reconhecimento dos filhos, da adoção e do poder familiar (pátrio poder no código Civil de 1916).<sup>47</sup>

Como se pode notar, ainda no CC/02 foi mantida uma espécie de hierarquização entre os filhos.

Todavia, o ponto principal de crítica ao Código Civil de 2002, é a persistência de se vincular a um paradigma de filiação que valoriza exclusivamente os vínculos genéticos existentes entre pai e filho, ou seja, para o novo diploma civil o sangue ainda é primordial.

Com o grande avanço da medicina genética, ficou fácil precisar de quem uma determinada pessoa descende geneticamente, e dessa forma, o CC/02, acabou com a antiga presunção de paternidade contida no artigo 339 do CC/16, neste aspecto enfatiza Rose Vencelau:

O art. 339 do Código civil de 1916 foi suprimido pelo Código Civil de 2002. Tratava de situações nas quais se admitia a presunção de paternidade, ainda que não fosse o filho biológico, mas pelo consentimento e aceitação do marido do filho da mulher. Não se coaduna essa regra do Código Civil de 1916 com o apego ao biologismo que o Código Civil de 2002 apresenta em matéria de filiação.<sup>48</sup> [Grifou-se]

Dessa forma, resta demonstrado que o CC/02 é demasiadamente apegado a critérios biológicos, onde o exame de DNA, identificador dos traços genéticos, foi erigido a uma condição de verdade absoluta no que concerne a se determinar a filiação, sendo filho, e pai conseqüentemente, aquele que o exame determinar, nesse sentido, corrobora interpretação de Astried Grunwald, ao dizer que:

A investigação de paternidade surge como meio de instituir os laços de filiação. Pelo sistema biológico, filho é aquele que detém os genes do pai, uma vez reconhecido a identidade biológica entre pai e filho surgem para a criança novos direitos surgem para a criança novos direitos até desconhecidos como a possibilidade de passar a usar o nome do pai que

---

<sup>47</sup> VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 53.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 57.

para muitos doutrinadores refere-se ao próprio direito a personalidade, e demais direitos de cunho social como o direito a alimentos, a herança.<sup>49</sup>

É óbvio, pois, que ao invés do que pretende o Código Civil de 2002, um exame por mais avançado tecnologicamente que ele possa ser não pode ser determinante para aferir aspectos da vida em sociedade, onde as características biológicas são importantes, mas não absolutas. Nesse sentido é enfática Astried Grunwald:

Ainda que se conceda facilidades no reconhecimento dos laços de filiação ou meios biotecnológicos avançados, como o exame de DNA mister ter-se em mente que a simples identificação biológica não estabelece os laços de filiação esperados.[...] O uso do exame de DNA em caráter determinante para o reconhecimento de filiação peca no sentido de tornar a filiação simples laço biológico desprovido de emoções e sensações.<sup>50</sup> [Grifou-se]

Portanto, em pleno século XXI, é espantoso observar que o principal diploma civil de um país, não ceda mais espaço para uma outra filiação não calcada em laços biológicos, de sangue, ou ainda derivada de adoção, e passe a enxergar outro tipo de relação filial, mais realista e humana, onde se decide quem é um filho levando-se em consideração outros fatores que não um frio exame de laboratório ou procedimentos muitas vezes demorados para adotar.

É essa nova filiação, humana e transformadora, que será estudada em capítulo seguinte.

Como visto, e almejando a solução do problema, o Novo Código Civil de 2002, em seus artigos 1.596 a 1.606, tratou do tema, procurando discipliná-lo, vez que não existiam artigos correspondentes no Código Civil de 1916.

Desse modo, e analisando com maior profundidade, a lei estabelece as diretrizes materiais objetivas para fixar aquela presunção, fazendo impor a vontade da lei sobre a realidade fática.

---

<sup>49</sup> GRUNWALD, Astried Brettas. *Laços de Família: critérios identificadores da filiação*. Site: Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. Disponível na internet em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>, p. 5. Acesso em: 18.11.2012.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 6.

É o caso do filho adulterino *a matre*. Mesmo sendo a mãe adúltera confessa, como dispõe o artigo 1.600, não basta para contestar a presunção legal de paternidade. Ressalta-se, contudo, que a tendência do direito moderno é a busca da verdade biológica sem prejuízo da segurança jurídica disponibilizada aos filhos.

Seguindo na análise dos dispositivos, percebe-se que de forma geral não houve grandes modificações no sistema empregado no Código Civil de 1916 e no atual de 2002, a não ser que, neste último, já vigoram princípios constitucionais de proteção à família que não faziam parte do contexto histórico de 1916, à exemplo da proteção outorgada aos filhos havidos ou não dentro no matrimônio, conforme determina o acima citado artigo 1.596, que, sem qualquer correspondência no antigo diploma trouxe o princípio introduzido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pelo artigo 227, § 6º que assim dispõe:

“Art. 227. [...]”

§ 6º - 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.”

Além desta, outra inovação se faz sentir nos três incisos introduzidos no artigo 1.597 a qual, em parte, corresponde aos artigos 338 e 339 do antigo *Codex*. São eles:

“Art. 1.597: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - ...

II - ...

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havida, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

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

Alexandre de Moraes cria tópico específico sobre a filiação em se tratando das regras de regência das relações familiares na Constituição de 1988, assim dispendo:

"[...] filiação: os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Essa norma constitucional tem aplicabilidade imediata, garantindo-se imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adulterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação de paternidade e ter sua filiação reconhecida, além de ter o direito de utilização do nome do pai casado."<sup>51</sup>

Neste mister, acentua o autor, frente aos dispositivos constitucionais, o princípio da paternidade responsável e o exame de DNA como direito ligado ao princípio da dignidade humana: "Em face da relatividade dos direitos e garantias fundamentais e aplicando-se os princípios da convivência das liberdades públicas e da concordância das normas constitucionais, não se pode deixar de observar que o texto constitucional ao proclamar expressamente o princípio da paternidade responsável (CRFB/88, artigo 226, § 7º) deverá ser compatibilizado com o princípio da dignidade humana (artigo 1º, III) durante a produção probatória para fins de investigação de paternidade, permitindo-se a realização do necessário exame de DNA, por meio de métodos não invasivos, como por exemplo, coleta de fios de cabelo ou mesmo de saliva."<sup>52</sup>

Diante do que até o momento se expôs, seria possível, em breves linhas, conceituar o tema neste tópico tratado.

Assim, filiação é o estado conferido ao filho que, fruto de relação matrimonializada ou não, lhe garante todos os direitos inerentes às relações de parentesco, inclusive o reconhecimento da paternidade, sendo comprovada por certidão do termo de nascimento registrado nos termos do Código Civil.

O Código Civil Brasileiro de 2002, fugindo à regra daquele de 1916, felizmente abraçou uma concepção mais igualitária do termo família, desvinculando-se da acepção machista e patriarcal imperante até sua edição, bem como introduziu alterações interessantes no direito de filiação.

A primeira importante alteração efetivada pelo novo Código foi a substituição do próprio título do Capítulo II, que antes tratava da filiação legítima, e agora, mais

---

<sup>51</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas. 2006, p. 707-708.

<sup>52</sup> *Idem*.



abrangente, trata simplesmente Da Filiação. Tal alteração reflete a determinação constitucional (artigo 227, § 6º) de se afastar qualquer designação discriminatória relativa à filiação. O primeiro dispositivo deste Capítulo (artigo 1.596) reproduz justamente o citado texto constitucional.

Acresceu o novo Código mais hipóteses de presunção de concepção.<sup>53</sup> Diz o artigo 1.597 que também se presumem concebidos na constância do casamento (presumindo-se, por interpretação, filhos do marido da mãe) os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.<sup>54</sup>

Procura o novo Código dar expresso tratamento ao problema dos conflitos de presunções, matéria omissa no Código de 1916. Ocorre conflito de presunções de paternidade quando um filho tem, presumidamente pela lei, mais de um pai. Isto se dá especialmente nos casos em que a mulher se casa novamente logo após enviuvar, em infração ao impedimento do artigo 183, inc. XIV, do Código Beviláqua (artigo 1.523, inc. II, do novo Código).<sup>55</sup> Diz o artigo 1.598 do novo *Codex* que, “salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do artigo

---

<sup>53</sup> A presunção de concepção é um aspecto da presunção de paternidade, a conhecida presunção *pater is est*. O Código de 1916, no art. 317, presumia a paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento. Mas, sendo a concepção de data desconhecida, o art. 338 também a presume. Ocorre que a Lei nº 8.560/92 revogou o art. 337, por se referir ele à filiação legítima, expressão prosrita pelo art. 227, § 6º, da Constituição Federal. Tal revogação deixou o sistema capenga. O art. 338 fala em presunção de concepção, mas não diz (e nem outro qualquer dispositivo o diz) o que fazer com tal presunção. A nova lei, sem muito cuidado, simplesmente repetiu tal sistema, que permanece, assim, carente de maiores esclarecimentos.

<sup>54</sup> Os incisos III a V foram acrescentados na Câmara dos Deputados. O texto do projeto original repetia o art. 338 do Código Civil de 1916. No texto consolidado pelo Senado constava apenas o inciso III referindo-se simplesmente aos filhos havidos por inseminação artificial, desde que tenha prévia autorização do marido.

<sup>55</sup> No Código de 1916 o tema era tratado como impedimento meramente proibitivo, sendo agora chamado de causa suspensiva do casamento, e tem por objetivo justamente evitar o conflito de presunções de paternidade. Proibindo o casamento nos 10 meses seguintes à viuvez ou à anulação do casamento, visa a lei a impedir que se crie uma nova presunção de paternidade antes do fim da vigência da primeira. Note-se, contudo, que o objetivo do legislador nem sempre é alcançado: tratando-se de impedimento meramente proibitivo, só pode ser arguido por um dos parentes designados no art. 190 (no novo Código, art. 1.524); nem mesmo o Oficial do Registro Civil ou o Juiz celebrante podem fazê-lo. É fácil se perceber que, frequentemente, realizar-se-á um casamento com infração ao impedimento, podendo surgir o conflito de presunções se a mulher der à luz algum filho após 180 dias do segundo casamento, mas antes de completados 300 dias da dissolução do primeiro.

1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste; do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do artigo 1597”. Note-se que a segunda parte do dispositivo é despicienda, pois aí não se terá mais conflito de presunções; neste caso o filho só pode realmente ter por presumido pai o segundo marido da mãe. A solução da lei em caso de conflito, portanto, é presumir a paternidade do primeiro marido, sempre, com a ressalva da possibilidade de se provar em contrário.

Outra novidade da nova lei é admitir a impotência *generandi* como causa para ilidir a presunção de paternidade. No sistema antigo, o artigo 342 dava a entender que só a impotência *coeundi* era causa para a contestação de paternidade; agora o artigo 1.599 é expresso em permitir a prova da impotência do cônjuge para gerar. A rigor, tal disposição é inútil, porque não repetiu o novo Código as restrições dos artigos. 340-342 do Código anterior, pelo que não precisava ele se referir expressamente à impotência *generandi* como exceção.

Mas a mais importante e mais polêmica novidade está contida no artigo 1.601: a imprescritibilidade da ação de contestação de paternidade. No Código Civil de 1916, o artigo 178, §§ 3º e 4º, inc. I, previa o prazo decadencial de 2 ou 3 meses, conforme se achasse presente ou não o marido da mãe. Agora a ação de contestação é tida por imprescritível. A alteração nos parece má, podendo gerar muita insegurança. Um filho poder ter sua paternidade contestada depois de muitos anos de convivência é algo terrificante.

Aspecto destacado quando da apreciação dos elementos constitutivos da paternidade socioafetiva, se faz necessária à incidência de um lapso temporal razoável para que possa se solidificar a relação de afeto. Respalda-se a alternativa através de duas decisões em grau de apelação.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. Não obstante ter o exame de DNA afastado a paternidade, deve prevalecer a realidade socioafetiva sobre a biológica, diante da relação formada entre pai

e filha ao longo de anos. RECURSO DESPROVIDO. RIO GRANDE DO SUL.<sup>56</sup>

O afeto sobressai ao vínculo genético, veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Embora filho biológico do investigado, o investigante foi criado pelo pai registral por mais de 30 anos, criando verdadeira paternidade socioafetiva, que prevalece sobre o vínculo genético. NEGARAM PROVIMENTO. RIO GRANDE DO SUL.<sup>57</sup>

No mais, manteve o novo Código as linhas gerais de tratamento da matéria: a insuficiência do adultério (artigo 1.600) e da confissão (artigo 1.602) para a exclusão da paternidade; a determinação da prova da filiação pela certidão de nascimento (artigo 1.603), que só pode ser excluída provando-se erro ou falsidade do registro (artigo 1.604), suprimindo-a por qualquer meio em caso de falta ou defeito do assento de nascimento (artigo 1.605); e a atribuição exclusiva ao filho para a ação de prova de filiação (artigo 1.606). Somente não se reproduziram o artigo 339, que imputava a paternidade ao marido da mãe em alguns casos, ainda que nascesse o filho antes de 180 dias do casamento, e os artigos 340 a 342, que limitavam os casos de contestação da paternidade.

O Capítulo V do novo Código preferiu dispor sobre o "Poder Familiar" em vez de adotar o termo "Do Pátrio Poder" outrora utilizado.

Com isso, nada mais houve do que a confirmação da vontade constitucional expressa em seus artigos 226 e 227, afirmando o dever da família em: "[...] assegurar à criança e o adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

---

<sup>56</sup> TJ/RS, Apelação Cível Nº 70007706799, Oitava Câmara Cível, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 18/03/2004.

<sup>57</sup> TJ/RS, Apelação Cível Nº 70017016908, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/11/2006.

Ressalte-se, contudo que, com o advento da Constituição de 1988, reconheceram-se os efeitos da União estável; e, por tratar-se o Código Civil de lei posterior a 1988, onde há previsão de casamento no texto legal, houve, conseqüentemente, a inclusão do termo União estável.

Seria ilógico se tratássemos do tema "Poder Familiar" e fugíssemos à sua conceituação, acarretando falta de nexo causal entre ele e o objeto deste estudo.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o poder familiar é o poder exercido pelos pais, conjunta ou separadamente, quando não forem os filhos capazes de exercerem sozinhos os atos da vida civil.

Por fim, de se salientar que o poder familiar, curiosamente, é inerente ao instituto da adoção, mesmo sendo esta considerada forma de extinção daquele poder.

## 2.6 O TRATAMENTO DA FILIAÇÃO AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS (1824 A 1988)

Em síntese sobre as primeiras Constituições pátrias, Paulo Luiz Netto Lôbo comenta que:

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social.<sup>58</sup>

A primeira Constituição do Brasil, outorgada em 1824, não tratou acerca da filiação, limitando-se, tão somente a declarar da cidadania brasileira conferida aos filhos de pai brasileiro, ou se ilegítimos de mãe brasileira, nascidos no estrangeiro, desde que

---

<sup>58</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/129>. Acesso em: 27.10. 2013.

estabelecessem domicílio no Império, bem como se preocupou em dispor, apenas, da própria família imperial, quando em seu artigo 120 normatizou sobre o casamento da princesa herdeira e nos artigos 105 e 106 sobre o herdeiro presuntivo.

Já a Constituição de 1891, também em matéria de filiação em nada se manifestou, e em termos de direito de família, apenas expressamente, consignou que a República só reconhecia o casamento civil, realizado de forma gratuita.

Já a Constituição de 1934, iniciou, de forma incipiente, uma preocupação com a família e a filiação, quando determina que os entes federativos devem amparar a maternidade e a infância, bem como criou um Capítulo sobre a família, mas muito voltado para o casamento, e no que se refere aos filhos naturais, declarava em seu artigo 147, que o reconhecimento dos mesmos seria isento de qualquer selo ou emolumento e que a herança a eles destinada seria taxada de igual forma à herança dos filhos legítimos. Dirigiu-se, portanto, alguma atenção aos filhos naturais nessa Constituição.

Na Constituição de 1937, verificou-se uma preocupação maior com os filhos naturais, de modo que o artigo 126 facilitou o reconhecimento destes, e lhes assegurou igualdade aos legítimos dos mesmos direitos. E, não obstante isso deu especial atenção, ainda à infância e juventude, que passaram a ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que deveria lhes assegurar as condições físicas e morais para o seu sadio desenvolvimento. Ademais, expressou que o abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude ensejaria falta grave dos responsáveis na guarda e educação, entendendo-se aí, inserida a figura dos pais, que, inclusive, poderiam invocar auxílio ao Estado para subsistência de seus filhos, desde que comprovassem a sua condição de miserabilidade.

A Constituição de 1946, por sua vez, silenciou acerca da filiação, apesar de versar sobre normas do casamento, determinando apenas que seria obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, e que lei instituiria o amparo de famílias de prole numerosa.

A Constituição de 1967, praticamente repetiu as ideias do texto constitucional anterior, limitando-se a determinar que a lei instituiria a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, ao passo que a Emenda Constitucional n° 1, de 1969, que deu nova roupagem à Constituição de 1967, em nada acrescentou em termos de filiação e de família, observando-se, entretanto, que através da Emenda Constitucional n° 9, de 1977, o casamento passou a ser possível de ser dissolvido, nos casos expressos em lei.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe profundas inovações em termos de família e filiação, encerrando princípios bastante peculiares, conforme assevera Belmiro Welter, ao afirmar:

A Constituição Federal de 1988 revelou princípios constitucionais, como os da igualdade e da proibição de discriminação entre a filiação, da supremacia dos interesses dos filhos, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, os dois últimos hasteados a fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, que afixam a igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, não importando se de reprodução humana natural (sexual, corporal) ou medicamente assistida (assexual, extracorporal, laboratorial, artificial, científica).<sup>59</sup>

Destarte, temos que o texto constitucional, ao garantir a igualdade filial, trouxe para a sociedade brasileira uma segurança jurídica ímpar que não foi experimentada pelos filhos ao longo da história do Brasil, de modo a, realmente, se fazer justiça àqueles que foram vilipendiados em seus direitos vinculados à família.

Ressalte-se que a violação dos direitos não se deu apenas em âmbito patrimonial, posto que foi muito além, face aos óbices legais, antes existentes, que proibiu, filhos de terem o conhecimento acerca de suas próprias vidas e origem, o que, inegavelmente, fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

De fato, somente com a quebra do paradigma normativo liberal que desencadeou o processo de positivação de novos valores na Constituição de 1988, é que se iniciou experimentar no Brasil uma nova configuração do Direito de Família, agora mais “plural e fundado em princípios da promoção da dignidade humana e da

---

<sup>59</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial*. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=611](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=611), p. 1. Acesso em: 14.02.2013.

solidariedade, onde a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade<sup>60</sup> dos seus membros”.<sup>61</sup>

No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem que, após o advento Constitucional, tornou-se a família “o lugar adequado em que o ser humano nasce inserido e, merecendo uma especial proteção do Estado, desenvolve a sua personalidade em busca da felicidade e da realização pessoal”.<sup>62</sup>

Assim, também entendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao afirmarem que “Sob o influxo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a eficácia dos direitos fundamentais também se faz presente nas relações de família.”<sup>63</sup> Isto porque, a eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais<sup>64</sup>, aplicadas às relações privadas, “moldaram um novo ordenamento jurídico aplicável à família.”<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> Entendemos aqui a felicidade como sendo um objetivo alcançado após a ideia de dignidade, tal como apontado por Emerson Gabardo: “A dignidade é o ponto de partida para a justificação dos fins do Estado. O ponto de chegada é o 'desenvolvimento da personalidade', que compreende, necessariamente, a ideia de felicidade como determinante essencial da atuação do Estado. Um modelo de Estado social que garanta direitos fundamentais precisa superar a noção de dignidade rumo à de felicidade, a partir de uma ideia de sobreposição e não de abandono, pois não é possível, do ponto de vista jurídico-político, aceitar a ideia de um ser humano indigno, porém feliz.” GABARDO. *Emerson. O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. Curitiba, 2009. 409 f. Tese. (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=190515](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&co_obra=190515). Acesso em 29.10.2013.

<sup>61</sup> GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. *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. p. 67.

<sup>62</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. v. 6. 4ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm. 2012. p. 49.

<sup>63</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume VI, Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. 2ª ed. (rev., atual., ampl.). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

<sup>64</sup> Neste sentido, Ingo SARLET: “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os Direitos Fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 52.

<sup>65</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de família*. v. 5. 7ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 05.

### 3 A Nova Filiação

#### 3.1 A FILIAÇÃO E A GARANTIA CONSTITUCIONAL

Após um longo período sob a tutela de um regime político autoritário, o Brasil novamente voltou à égide de um regime democrático, e uma nova constituição surgiu, refletindo o novo estágio, de liberdade e democracia, em que o país se encontrava.

Com a promulgação da Constituição de 1988, um novo regime jurídico é criado no país, pois como, de forma magistral, expressou-se Carlos Ayres Britto:

A constituição não inova o Ordenamento Jurídico, tanto quanto o Estado não funda esse Ordenamento. A constituição inaugura o Ordenamento. Quem inova o Ordenamento é o Direito pós-Constituição, de elaboração estatal, sobretudo por conduto da lei.<sup>66</sup> (*sic*).

Por consequência, diante de um novo diploma constitucional, que inaugura o ordenamento, todas as leis existentes ao tempo da promulgação, bem como as futuras, deverão ser analisadas a partir dos princípios agora estabelecidos pelo novo diploma constitucional.

No campo concernente ao Direito de Família, e principalmente à Filiação, a CRFB/88 (Constituição Federal de 1988) operou uma verdadeira revolução nos vetustos e ultrapassados dogmas até então vigentes.

O Direito de Família, como é sabido, tutela, inicialmente a família, constitucionalmente consagrada como sendo a base da sociedade. Todavia, analisar o instituto da família, é também ater-se ao quanto se discute acerca do instituto da filiação, haja vista ser esse uma derivação daquele, e em muitas situações ser ainda o motivo causador do mesmo. Neste sentido, deve-se observar que a filiação surge dos vínculos existentes entre pai e filho e/ou entre mãe e filho, sejam estes liames

---

<sup>66</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 27.



biológicos, jurídicos ou ainda socioafetivos. Não obstante isso há de se verificar, ainda que o vínculo filial, qualquer que seja ele, deve se ter por referência central a figura do filho, não cabendo em hipótese alguma, nenhum tipo de discriminação, em especial, quando se toma por base o artigo 227, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E para tanto, mister se faz lançar mão das classificações que, tradicionalmente, a legislação, doutrina e jurisprudência utilizam para distinguir as várias espécies de filiação existentes no nosso ordenamento jurídico, ainda que nem todas possuam tutela jurídica específica no seu tratamento.

Atualmente, nos moldes de um Estado Democrático de Direito, onde se protege e se respeita as liberdades civis e os direitos fundamentais, com base nos princípios basilares da isonomia, liberdade e, em especial, da dignidade da pessoa humana, temos que na análise da filiação, a mesma deve ser considerada una e igual para todo e qualquer tipo de filhos, havidos ou não, dentro das relações matrimoniais, embora nem sempre isto se verifique em nosso país, principalmente no que tange à filiação socioafetiva.

Na nossa linha de tempo histórica, referente ao tratamento dispensado à filiação, verifica-se que tão somente a atual Carta Magna deu especial atenção, conforme leciona Marco Antônio Garcia de Pinho, em seu artigo jurídico, ao manifestar-se que

Do exame que é possível ser feito nos textos constitucionais brasileiros, extrai-se um traço característico indicativo do comportamento do legislador constitucional. As Constituições brasileiras posteriores ao Código Civil de 1916 deferiam, até recentemente, um tratamento pontual à família e à filiação.<sup>67</sup>

Ora, a CRFB/88, já inicia seu texto dispondo que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e com base em tal dispositivo, aliados a outros constantes no corpo do texto constitucional, que se verifica a ampla possibilidade de serem revistos conceitos arraigados na sociedade como sendo imutáveis, de modo a expandir seus limites e proteção para os fatos novos que se apresentam em razão das mudanças e clamores sociais que surgem ao longo do tempo.

---

<sup>67</sup> PINHO, Marco Antônio Garcia de. *Da filiação e seus fundamentos no ordenamento jurídico pátrio*. Disponível em [www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Sa\\_250508\\_10.pdf](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Sa_250508_10.pdf), p. 1. Acesso em 24.01.2012.

O Código Civil de 1916 trazia em seu bojo, no que tange à filiação, uma divisão, que hoje não é aceita, face à sua flagrante ação discriminatória, entre filhos legítimos, ilegítimos e legitimados, sendo que na classificação dos ilegítimos ainda encontrava-se as figuras dos naturais e espúrios (que por sua vez eram os adúlteros e incestuosos, a depender da nulidade existente para o matrimônio). Ora, tal distinção não foi recepcionada pela Constituição de 1988, haja vista aviltava o princípio da igualdade e criava injustiças às pessoas dos filhos que eram havidos fora do casamento. Assim, resta cristalino que a CRFB/88, corrigiu um erro histórico que afligia aos filhos não gerados em sede do instituto matrimonial, em como criou as possibilidades de reconhecimento da filiação.

Ana Paula Brandão Ribeiro, em seu artigo “Filhos de Criação: uma abordagem paradigmática” traz conceitos sociológicos, embasada em Habermas e Dworkin, ao informar que

Com o advento deste paradigma, verifica-se que tais conceitos não mais conseguem fornecer respostas únicas, tendo em vista que, conforme pensamento de Habermas, segundo o qual “os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação”, enfatizando, desta forma, que o Direito, hoje, na atual conjuntura de Estado Democrático, deve ser compreendido diante de uma visão procedimentalista. Isto porque vivemos em uma sociedade “colcha de retalhos”, marcada por uma diversidade muito grande, seja ela de cunho político, religioso, moral ou social. Ou, em outras palavras, fazemos parte de uma sociedade plural, demasiadamente complexa, onde se torna humanamente impossível criar regras que contemplem todas as situações pelas quais a sociedade possa passar. Desta forma, se faz mister um Estado Democrático de Direito centrado nos direitos subjetivos ou, como queira alguns, centrado nos direitos individuais. Assim sendo, não há como, neste cenário, ter-se sempre uma única resposta para as diversas questões que nos são, a todo o momento, apresentadas. Não se trata aqui de negar a existência de uma resposta certa para os problemas apresentados, mas antes, de procurar demonstrar que a resposta certa ou errada para uma questão de direito não é a única, uma vez que esta varia de acordo com cada caso concreto. Da mesma forma, não existe necessariamente um caso fácil ou um caso difícil, mas antes, existe um caso concreto, como bem expõe Dworkin em sua obra “Uma questão de Princípio”.<sup>68</sup>

Assim, o instituto da família e seus conceitos passam por mudanças face à evolução social, a fim de que acompanhe a nova postura da sociedade, que se encontra

---

<sup>68</sup> RIBEIRO, Ana Paula Brandão. *Filhos de Criação: uma abordagem paradigmática*. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9910-9909-1-PB.pdf>, p. 1-2. Acesso em 25.01.2012.

deveras diferente da sociedade existente no século passado, em especial quando do advento do Código Civil de 1916. Ora, no início do século XX, concebia-se a família apenas como sendo aquela que surgia da relação matrimonial, onde a figura do *pater familiae* era o centro da mesma. As mulheres sempre subjugadas ao pai e ao casar, passavam ao jugo dos maridos, detentores de todo o poder social.

Nesse diapasão, a filiação seguia uma concepção rígida de existência, qual seja, era válida, inicialmente, apenas a filiação biológica, sendo legítima apenas a que derivava do casamento, passando pela legitimação quando inexistia impedimentos matrimoniais. Ocorre que com o passar dos tempos e mediante a evolução social, que se dá exclusivamente com a mudança do comportamento da sociedade, com a conseqüente modificação das leis, a filiação livra-se do estigma meramente biológico, passando a ser aceito, também, com base nos sentimentos em especial afeto, carinho, amor, gerando assim a necessidade premente de tutela jurídica para as pessoas envolvidas.

Atualmente, torna-se muito interessante a possibilidade de determinadas classificações serem combinadas<sup>69</sup>. Assim, por exemplo, considera-se que o estabelecimento do vínculo de paternidade do filho matrimonial decorre da presença de três fundamentos (ou fontes): o jurídico (presunção legal de paternidade do filho de sua esposa), o biológico (o marido é o genitor do filho de sua esposa, pois normalmente somente ele deve manter contato sexual com ela) e socioafetivo (o marido se comporta como pai do filho de sua esposa, e recebe reciprocamente tratamento afetivo dele)<sup>70</sup>.

Mas nem sempre haverá coincidência entre tais pilares ou fontes, o que revela a necessidade da distinção, com priorização de algum (ou alguns) destes fundamentos<sup>71</sup>. Torna-se interessante, ainda, notar o ingresso de novos critérios de

---

<sup>69</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 467.

<sup>70</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996, p. 49.

<sup>71</sup> Heloisa Helena Barboza, ao analisar a evolução do Direito de Família em matéria de paternidade-filiação durante o século XX, bem colocou a distinção, sob o prisma do pai, entre a paternidade jurídica (do Código Civil de 1916), paternidade biológica (de fora do Código Civil de 1916) e paternidade afetiva (do Estatuto da Criança e do Adolescente) no âmbito do trabalho. Novas relações

classificação não cogitados até pouco tempo atrás com base no reconhecimento de outras origens (fontes) que ensejam o estabelecimento da filiação – como os critérios de índole biológica, jurídico-legal e afetiva – e no aparecimento das técnicas científicas que permitem o acesso à reprodução humana em favor das pessoas – o que gera a distinção entre a procriação carnal e procriação assistida.

O artigo 5º da CRFB/88 dispõe expressamente que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ademais, observando-se o artigo 226 do mesmo diploma, a família é a considerada como base da sociedade, conferindo à mesma especial proteção do Estado e nos demais artigos que se seguem, com ênfase ao artigo 227 *caput* e seu § 7º, que efetivamente da paternidade e/ou maternidade responsável, concluindo-se assim, que todos os filhos, sem diferenciação ou discriminação alguma, terão os mesmos direitos e deveres.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, passou-se a ter um hiato, no tocante à filiação, entre o constitucionalmente garantido e o efetivamente cumprido, senão vejamos. É flagrante que a CRFB/88 não faz quaisquer tipos de distinção entre os filhos, ou seja, descabe totalmente qualquer tipo de discriminação da figura filial seja ela concebida no matrimônio ou fora dele, bem como, açambarcando ainda, a instituição de vínculo filial derivado de adoção ou de criação. Destarte, o que atualmente tem maior relevância é a presença do afeto, do carinho, do amor, do desvelo, do cuidado, bem como, caso inexista a biologicidade, a real intenção de apresentar aquela criança ou adolescente com se filho seu fosse.

Entretanto, embora inexista a diferenciação, e em especial, no tocante aos filhos de criação, não raro, persiste a discriminação jurídica, em face de nem sempre haver o reconhecimento desta filiação para todos os fins de direito, e mais especificamente, no que se refere ao nome e direitos sucessórios. Destarte, ante ao descompasso legal e doutrinário, a figura do magistrado torna-se crucial para o deslinde dos feitos que envolvem tais situações jurídicas, principalmente com base no atendimento da sua função social que é a de assegurar o equilíbrio das relações jurídicas,

socialmente aceitas e reconhecidas, lastreando-se nos conceitos de justiça, equidade, moral e bom senso.

Desta forma verifica-se na filiação, que os laços biológicos, outrora tidos como sendo os únicos validamente aceitos, encontram-se mitigados, diante do surgimento de novas formas de se criar laços filiais, a exemplo da adoção, das reproduções assistidas, ou ainda no que se refere ao vínculo meramente socioafetivo, como ocorre com os filhos de criação.

### **3.1.1 Conceito de Filiação**

Resta claro que hoje descabe conceituar a paternidade apenas com base no vínculo biológico, posto que se tenham ainda os vínculos de natureza jurídica e socioafetiva. Desta forma, temos que, de igual forma o conceito de filiação mudou e, *data máxima vênia*, mudou para melhor, saindo do conceito estático de filiação biológica, chegando ao atual estágio de conceito socioafetivo, perpassando pelo conceito jurídico. Vale consignar, entretanto, que os conceitos não são excludentes, ainda existem no nosso ordenamento, todavia, não são absolutos.

Assim, pode-se dizer que a paternidade e/ou maternidade não é tão somente aplicada para aqueles que concedem seus genes, ou ainda, para aqueles que geram os filhos. Além desse fato, ainda relevante, temos que a filiação se dá, também, em razão daqueles que criam, educam, amparam, transmitem princípios de dignidade, moral, bons costumes, amam, exercendo as reais funções de um pai ou mãe, que se preocupam sempre no bem estar e melhor interesse da criança ou adolescente, numa visão humanista do Direito, que deslocou o foco da lei, afastando a filiação decorrente, tão somente, do casamento, concentrando na pessoa humana, reconhecendo-lhe a dignidade imanente.

Existem inúmeros doutrinadores que conceituam o instituto da filiação, a exemplo de Edmilson Villaron Franceschinelli<sup>72</sup>, que de forma mais clássica determina que "filiação, derivado do latim *filiiatio*, é a relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filho, na linha reta, gerando o estado de filho, decorrente de vínculo consanguíneo ou civil, e criando inúmeras consequências jurídicas".

Outros mais contemporâneos como, Luiz Edson Fachin<sup>73</sup> alerta que "para apreender a verdadeira paternidade, exige mais que a observação do vínculo biológico, emergindo daí a valorização da realidade socioafetiva que liga um filho a seu pai".

Filiação é "a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos" sendo, assim, "[...] o vínculo capital na organização da família", conforme leciona Zeno Veloso<sup>74</sup>.

Paulo Luiz Netto Lôbo estabelece que Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.<sup>75</sup>

Assim, temos que, para efeitos jurídicos, a filiação pode ser de natureza biológica ou não, e desta forma, não há que se fazer confusão entre os tipos de filiação, posto que a filiação encontra-se, efetivamente, encampada no convívio social e familiar, mesmo que seja decorrente dos laços biológicos ou não. Isto posto se pode afirmar com contundência, que a filiação é na verdade única e sempre socioafetiva, mesmo que apenas decorrente da biologia, isto é, a filiação que é assegurada pela

---

<sup>72</sup> FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. *Direito de Paternidade*. São Paulo: LTR, 1997, p. 13.

<sup>73</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 34.

<sup>74</sup> VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 7.

<sup>75</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), Afeto, ética, família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 507-508.

Constituição é a socioafetiva, independentemente de ser biológica ou não, uma vez que, o que se leva em consideração é a afetividade da relação.

Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>76</sup>, ainda informa que filiação "é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais, nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial".

Destarte, confirma-se que a filiação, atualmente, possui um conceito bem mais amplo do que aquele trazido na acepção meramente biológica. Temos, assim que o instituto tem manifestações através dos vínculos biológico, jurídico (com base nas presunções) e o socioafetivo (adoção e filhos de criação), que coexistem na nossa ordem jurídica, de forma bem clara.

#### 3.1.1.1 Filiação e seus vínculos

Restringir-se a filiação apenas ao paradigma biológico, derivado da procriação, é retroceder ao tempo, voltando ao início do século XX, que tantas mazelas causaram aos filhos não havidos dentro do seio familiar. Claro está que o conceito de filiação tornou-se muito mais amplo do que o existente àquela época, e assim, cumpre observar os vários tipos de vínculos existentes no instituto filial.

Já resta comprovado, à sociedade, que a CRFB/88, impede quaisquer discriminações entre os filhos, de modo a retirar a classificação de legítimos ou ilegítimos, bem como afastar por completo o instituto da legitimação, que outrora, era garantidora de direitos aos filhos não decorrentes do matrimônio. Não obstante isso, vale consignar que a existência desta já ultrapassada classificação, serve apenas como arcaísmo histórico, não sendo, pois, mais possível a sua utilização em face da realidade social e jurídica dos dias atuais.

---

<sup>76</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192.

Ante a necessidade didática, Fábio Ulhoa Coelho<sup>77</sup> assevera que "a finalidade da classificação é ilustrativa, destina-se unicamente a delimitar a extensão do conceito, porque, independente do tipo de filiação, os direitos e deveres associados à relação vertical são absolutamente idênticos".

Verifica-se que, modernamente, resta comprovado que a filiação é considerada apenas sobre duas égides, as decorrentes ou não da biologia. Entretanto, cumpre salientar, que, em verdade, deve-se estar se verificando os vínculos de onde surge a filiação, se decorrente da biologia, propriamente dita, ou se inerente aos liames jurídicos ou socioafetivos.

Destarte, temos que o Código Civil de 2002, ao reconhecer parentesco nas relações socioafetivas, *ex vi* do artigo 1.593, ampliou as possibilidades fáticas da filiação, inclusive com reconhecimento do Superior Tribunal de Justiça, de onde se infere que os Tribunais Superiores já tratam da matéria, de forma elucidativa.<sup>78</sup>

Assim, conforme entendimento de Paulo Otero urge alcançar certo nível de certeza que possa superar a subversão da tradicional distinção entre pessoa e coisa, de modo que a opção seja sempre no sentido de afirmar o homem como pessoa infungível e portadora de uma dignidade inalienável.<sup>79</sup>

Todavia, verificar o elo entre as realidades científicas, jurídicas e socioafetivas, não é tão simples como se parece. E, eleger apenas uma realidade para caracterizar o liame filial, parece ser um ato irresponsável, ao não se levar em consideração,

---

<sup>77</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5, p. 146.

<sup>78</sup> REsp nº 370067/RS, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz: "*Militar. Recurso especial. Filha de criação de militar, formalmente adotada pela viúva após falecimento de seu esposo. Direito à pensão após a morte da mãe adotiva. 1. Conforme preceitua o art. 7º, inciso II, da Lei nº 3765/60, a pensão militar é deferida 'aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos'. Por filhos de qualquer condição deve-se entender, também, aquela pessoa que foi acolhida, criada, mantida e educada pelo militar, como se filha biológica fosse, embora não tivesse com ele vínculo sanguíneo. 2. A Carta Magna conferiu maior abrangência ao mencionado dispositivo, intensificando a proteção à família e à filiação e repelindo quaisquer formas de discriminação advindas dessas relações. 3. Na hipótese em apreço, restou sobejamente demonstrado que a ora Recorrida ostenta a condição de filha do de cujus, tendo a sua adoção pela viúva apenas formalizado uma situação de fato preexistente. Por essa razão, preenche a Autora os requisitos legais para que seja deferido o benefício pleiteado. 4. Recurso especial desprovido". J. em 09.08.2005, pub. em 05.09.2005, DJ, p. 452.*

<sup>79</sup> OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 14.



efetivamente, todas as possibilidades que podem se apresentar aos casos concretos, posto que, não se podem excluir a relevância social, e as bases éticas e jurídicas de cada situação.

#### 3.1.1.1.1 Os Vínculos Jurídicos

Tomando-se, inicialmente, por base, o vínculo filial derivado do conceito jurídico, é analisar três situações que se apresentam sob essa égide, quais sejam os casos de presunção legal, de adoção e os casos de inseminação artificial, especialmente a heteróloga.

Conforme já declinado, anteriormente, a relação paterno-filial se derivava, exclusivamente, do matrimônio, ou seja, não se concebia, inicialmente, que os filhos havidos dentro de um lar matrimonial não fossem tidos como filhos do pai. O casamento estipulava a presunção de paternidade, de forma absoluta, em razão de se considerar impossível que a mulher casada gerasse um filho que não do seu próprio marido, face ao dever da fidelidade conjugal. Outrossim, era flagrante que a proteção jurídica insculpida na lei era para o pai e não para o filho, haja vista que pouco havia preocupação na similaridade biológica entre pai e filho, de modo a se tentar resguardar a figura do chefe da casa. Assim, a lei forçosamente determinava a filiação jurídica, de modo geral, limitando as ressalvas a prazos limítrofes, a fim de assegurar a paz domiciliar, mas sempre visando à figura paterna.

O diploma civil de 1916 trazia em seu bojo o artigo 229, que versava sobre a legitimação dos filhos através do casamento dos pais, ainda que aqueles fossem concebidos ou nascidos antes do mesmo. Todavia, tal entendimento jazia inconstitucional desde a promulgação da CRFB, em 05.10.1988. Ora, o dispositivo civil excluía, totalmente, os filhos obtidos fora dos parâmetros do casamento, de modo a retirar-lhes a segurança jurídica decorrentes dos direitos de família, o que foi corrigido, ao menos em sede do texto constitucional, conforme declinado.

Todavia, vale ressaltar a importância da continuidade de tal classificação, mas sob outro formato, diante do casamento ainda ser considerado relevante para distinção entre os filhos havidos no casamento e fora dele, haja vista o casamento ainda permanecer na Carta de 1988, representando o instituto modelar para a constituição e manutenção da família brasileira<sup>80</sup>. Tal circunstância explica o motivo pelo qual há diferenças justificáveis e razoáveis na distinção entre a família matrimonial e a extramatrimonial, especificamente, no âmbito das relações internas. Com efeito, a filiação matrimonial se estabelece fundamentalmente pelo fato jurídico do parto (e nascimento com vida) da criança relativamente à linha materna e a incidência da presunção legal da paternidade relativamente ao marido da parturiente. Daí a consideração do princípio da indivisibilidade da filiação matrimonial. A filiação extramatrimonial, por sua vez, também se estabelece pelo parto em regra quanto à linha materna, mas depende do reconhecimento espontâneo ou judicial no que tange à linha paterna<sup>81</sup>, diante da falta de presunção legal a respeito de tal paternidade, vigorando o princípio da divisibilidade da filiação matrimonial.

Cumpra repetir que a diferença é relevante apenas para fins da observância de critérios de reconhecimento formal da paternidade, mas uma vez declarado, ou reconhecido, o vínculo de paternidade-filiação ou maternidade-filiação, não se torna possível qualquer distinção, nos termos da absoluta igualdade de direitos entre os filhos, independentemente do tipo de vínculo, ou ausência deste, existente entre os pais.

Não obstante isso é oportuno observar que a respeito do vínculo de filiação civil (no modelo clássico, na modalidade adotiva), pode ser perfeitamente aproveitada esta classificação para considerar filho adotivo como filho matrimonial ou extramatrimonial, de acordo com a existência de casamento ou companheirismo entre os adotantes, já que são as únicas hipóteses admitidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto à adoção em favor de um casal. Destarte, deverão ser excluídas outras uniões ainda que existentes como famílias

---

<sup>80</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 396.

<sup>81</sup> A Lei nº 8.560/92 dispunha sobre o reconhecimento da filiação de filhos havidos fora do casamento. Esta lei, apesar de não estar totalmente revogada, encontra-se derrogada por força dos artigos 1.607 a 1.617, do Código Civil de 2002. Hoje, qualquer filho havido fora do casamento poderá ser reconhecido das seguintes formas: voluntária, administrativa, e judicial.

sociológicas, como a exemplo de parceiros do mesmo sexo. Todavia, em verdade, não há que se dar importância prática na classificação do filho adotivo como matrimonial ou extramatrimonial, haja vista o estabelecimento da filiação se deu por força de sentença judicial e não por qualquer presunção legal.

Convém observar, no que tange às presunções, o que declina Vittorio Italia, ao defini-las: “é uma operação lógica pela qual, de um ato ou fato conhecido, se chega a um ato ou fato ignorados”<sup>82</sup>, o que a aproximaria do indício, mas do qual se distingue, basicamente, porque na presunção há uma expectativa de repetição de uma experiência, uma ideia antecipada do que provavelmente pode ocorrer, ou seja, é a probabilidade como representativa de certo grau de certeza.

### 3.1.1.1.2 A Presunção Legal *pater is est*

De acordo com o entendimento de Cléver Jatobá, declinado no artigo Filiação socioafetiva: os novos paradigmas de filiação:

A ânsia jurídica de tutelar o parentesco da filiação criou a presunção legal de paternidade, calcada na preconização do direito romano, que em face da certeza da maternidade contraposta à incerteza da paternidade (*mater is semper certus, pater incertus*), sob a concepção de legitimidade da filiação decorrente da preexistência do casamento, instituiu a presunção legal do “*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”, ou seja, a figura paterna subsumia-se à presunção de que o pai estaria resumido à mera condição de marido da mãe.<sup>83</sup>

Todavia, pairam dúvidas quanto à permanência desta presunção após a Constituição de 1988. No caso da presunção de paternidade estampada no artigo 1.597, I e II do Código Civil<sup>84</sup>, tem ela natureza relativa, determinada pela experiência segundo a qual, o filho da mulher casada o é, provavelmente, também do seu marido. Tal conjectura foi estabelecida em razão dos deveres de fidelidade e

<sup>82</sup> ITALIA, Vittorio. *Le presunzioni legali*. Milão: Giuffrè, 1999, p. 3.

<sup>83</sup> JATOBÁ, Cléver. *Filiação socioafetiva: os novos paradigmas de filiação*. <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=535>, p.1. Acesso em 03.02.2013.

<sup>84</sup> Código Civil: “art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; (...)”.

coabitação que regulam o instituto do casamento, e com uma finalidade específica, qual seja a de proteger o filho, concebido na constância do matrimônio, da insegurança de não saber quem é o seu genitor.

Não obstante a CRFB/88, não autorizar mais quaisquer distinções sobre a filiação, ainda se entende ser a presunção legal a aplicável nos casos em que se tem envolvido o instituto do matrimônio, em especial, face aos ditames do artigo 1.566, do diploma civil, que dispõe acerca dos deveres conjugais, principalmente o da fidelidade recíproca, como garantidora do bem-estar afetivo do núcleo familiar, embora já existam outras formas científicas, bastante seguras, que constataam a verdadeira paternidade.

Todavia, essa escolha legislativa, entretanto, somente deve ser aplicável, na esfera das relações naturais tendentes à gestação. Nos casos de procriação assistida, em que válido o consentimento manifestado por cada um dos pais, não pode ser permitida a revogação do assentimento à inseminação artificialmente realizada, sob pena de privilegiar a má-fé daquele que, antecedentemente à utilização da técnica, a desejou. Assim, pode-se afirmar, inclusive, que presumir a paternidade do marido da mulher que deu à luz, é um reconhecimento implícito de dignidade da pessoa humana, assecuratória do pleno desenvolvimento de sua personalidade, haja vista que a pacificação das relações travadas no seio familiar sempre foi um objetivo perseguido pelo legislador ao regular os conflitos que, eventualmente, pudessem existir nesse âmbito, exatamente por ser a família a principal célula da sociedade e esteio do indivíduo.

O maior argumento para a filiação legal era o resguardo à paz doméstica que de modo algum poderia ser abalada pelo ingresso de um “bastardo”, o que levava o marido a muitas vezes reconhecer como seu, independentemente da certeza biológica. Há de se verificar, entretanto, que existem situações nas quais não se verifica a presença do dever de coabitação, o que criaria um problema para aplicação da presunção legal, posto que esta apenas pode ser aplicada, com efetividade, quando se exigia o convívio sob o mesmo teto, com o escopo de garantir a transferência de bens na ordem sucessória, com base no patriarcalismo vigente no século passado. Observe-se, ainda, que o sistema patriarcal não

concebia outro tipo de família que não fosse o gerado pelos laços do matrimônio. Todavia, com as mudanças sociais, e aqui entenda-se a aceitação da união estável e famílias monoparentais, como núcleos familiares, e mais os casos de adoção, resta sobejamente comprovado que o afeto passa a ser preponderante, não sendo, pois, derivado da biogenicidade, e nem tampouco, por determinação legal.

Paulo Luiz Netto Lôbo, em artigo publicado, assevera que pela própria natureza da presunção legal, mister se faz exigir a fidelidade da mulher, sendo despicienda a do marido para que a ocorra, o que se incompatibilizaria com o § 5º do artigo 226 da Constituição de 1988, para o qual "*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*". Alerta ainda que

Os tribunais, fundados nos princípios constitucionais e no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente ("*O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.*"), têm entendido que os filhos podem, a qualquer tempo, pleitear a paternidade que imputam a alguém, não prevalecendo a presunção *pater is est* nem o registro público do nascimento.<sup>85</sup>

Ora, a ciência hoje, em especial, a biogenética, fez com que surgissem novas presunções, lastreadas em quase 100% (cem por cento) de certeza da paternidade/maternidade, a exemplo dos exames de DNA, onde se necessita, tão somente, um fio de cabelo, uma gota de sangue ou saliva para se determinar a cadeia genética daquele respectivo indivíduo (suposto pai ou mãe), combinando com o material genético dos pretensos filhos. Contudo, há de se verificar, ainda, outras situações, que se vinculam sobremaneira aos exames genéticos, que ainda não encontram respostas contundentes, a exemplo das doações de sêmen e óvulos para as reproduções assistidas.

E, não obstante isso se tem ainda uma presunção baseada na confissão ficta, quando se verifica a negativa de entrega do material genético a ser encaminhado para análise. Observe-se que esta última, cria ainda situações jurídicas adversas, senão vejamos. É princípio de direito que ninguém é obrigado a produzir prova

---

<sup>85</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 1.

contra si mesmo, bem como, também, tal ato afrontaria os princípios da dignidade da pessoa humana e da privacidade, assegurados pela CRFB/88, e ainda os direitos inerentes à personalidade, a exemplo, a intimidade e integridade física.

A existência desses dois modelos de presunção legal (tradicional e científico), que não são excludentes entre si, de forma absoluta, não atenta ao fato de que, atualmente, a filiação não é mais tão somente a biológica, uma vez que já se encontra arraigado na sociedade que a filiação deve ser, e é entendida como aquela baseada no afeto, ainda que seja biológica também. Desta forma, ao analisar as evoluções sociais, verifica-se que o puro tradicionalismo não tem mais a força do século passado, posto que as entidades familiares sofreram mudanças radicais, as mulheres asseguraram seu lugar no plano social, se libertando das amarras patriarcais de outrora, alcançando, inclusive a sua liberdade sexual e condições de criar seus filhos sem a presença obrigatória da figura do homem.

E, na mesma esteira de entendimento, o cientificismo, também, não contempla à sociedade, com o entendimento de se fundamentar a filiação apenas com base na genética, uma vez que este não é o único valor a ser analisado, posto que tal critério não gera sentimentos de amor e carinho dos pais em relação aos filhos. Em verdade, não raro são as situações em que a confirmação da ordem genética, afastam sentimentalmente pais e filhos, de um lado pelo fato de se criar a obrigação alimentar de um em relação ao outro, e por outro lado a sensação do abandono, o sentimento de rejeição, por aquele que lhe deu a vida.

Assim, temos que não há que se fazer confusão da identidade filial, que surge das relações afetivas mais complexas, e as filiações que surgem por mero deleite e prazer irresponsável daqueles que se deixam levar pelo desejo e liberdade sexual.

#### 3.1.1.1.3 A Presunção Legal nas Inseminações Artificiais

Mônica Aguiar esclarece que as presunções legais são aquelas estabelecidas pelo legislador, como normas que devem ser observadas enquanto consequências

jurídicas diante da existência de determinado fato. Afirma ainda que ao comportar afastamento, caso haja prova produzida em contrário, as presunções são tidas como relativas quando contrapostas àquelas consideradas absolutas, que não aceitam provas contra os fatos apresentados.<sup>86</sup>

Assim, são tomados como parâmetros, valores éticos e sociais, vigentes em determinado tempo e lugar. A opção legislativa, que sempre segue a natureza política – adotada como expressão de poder - é afirmada, por diversas razões: de classe, profissão ou outros interesses sociais. É sempre, pois, uma escolha discricionária, mas nunca arbitrária, que o legislador fixa, tomando como base a presunção dita comum ou dos homens.

A discricionariedade se encontra em primeiro lugar na opção de transformar em legal, determinada presunção que era, tão somente, comum, ou seja, a de elevar, a norma legal, uma consequência que deve ser extraída *ipso facto* do acontecimento prévio. Em segundo lugar, essa discricionariedade se manifesta na escolha pela possibilidade de ser, ou não, passível de desconhecimento a consequência estabelecida legalmente, se é absoluta ou relativa.<sup>87</sup>

Todavia, há de se observar que, não existem nos estudos científicos ou ainda, nos jurídicos, nada que determine a imposição da paternidade ou maternidade nas situações de doação anônima de material genético masculino ou feminino, respectivamente, para inseminação artificial. Ora, o que se deve observar nestes casos, não é a intenção deliberada de se gerar um filho e não desejar assumir a paternidade ou maternidade biológica, mas sim, há de se verificar a finalidade de referida doação, mormente com fins altruísticos. Destarte, caso exista a fecundação com material genético doado anonimamente, estar-se-á configurada a família monoparental. Contudo, se tratar das situações inculpidas no artigo 1.597, incisos III a V, do diploma civil, estaremos diante da presunção de paternidade.

Assim entende Gustavo Tepedino, no que tange à fecundação assistida homóloga:

---

<sup>86</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 67.

<sup>87</sup> *Idem*.

A procriação homóloga (em que o material genético é do casal) dá-se usualmente por meio de inseminação artificial (quando o sêmen é introduzido diretamente na cavidade uterina da mulher) ou meio de inseminação *in vitro* (quando a fecundação ocorre extracorporalmente e posteriormente o embrião é colocado no útero feminino), sendo ambas as hipóteses previstas no Código Civil de 2002. Como existe inequivocamente vínculo genético paterno, o Código acompanhou estritamente a verdade biológica, presumindo a paternidade mesmo após o divórcio ou quando o marido for morto, em se tratando de embrião excedentário.<sup>88</sup>

No tocante à reprodução assistida heteróloga, vale-se do ensinamento de Guilherme Calmon da Gama, senão vejamos:

A vontade acoplada à existência do convívio conjugal e ao êxito da técnica de procriação assistida heteróloga se mostra o elemento fundamental para o estabelecimento da paternidade que, desse modo, se torna certa, insuscetível de impugnação pelo marido. O mesmo raciocínio deve ser desenvolvido relativamente ao companheiro, com a diferença acerca da necessidade do reconhecimento – voluntário ou judicial – de paternidade. A esse respeito, o Código Civil de 2002 é omissivo, mas o raciocínio deve ser o mesmo da procriação carnal apenas com a substituição da relação sexual pela vontade qualificada e juridicamente responsável, e associada a outros elementos fáticos indispensáveis – entre eles a convivência dos companheiros na época da concepção e início da gravidez.<sup>89</sup>

Por oportuno, torna-se necessário distinguir as duas espécies de inseminação artificial, quais sejam a homóloga e a heteróloga. Destarte, considera-se fecundação artificial homóloga aquela que diz respeito à técnica de fertilização na qual se utiliza o material genético dos próprios pais, mormente utilizada quando se verifica a impotência para o coito sexual, seja por disfunção ou deformação masculina e/ou feminina; já a concepção heteróloga é aquela em que há referência da utilização do material genético doado por outrem, ou seja, distinto do casal (de um ou de ambos), desejoso de ser pai.

Observa-se, pois, que as presunções previstas no artigo 1.597, III, IV e V<sup>90</sup>, do Código Civil têm natureza relativa, posto haver o diploma civil regulado as diversas razões aptas a afastar o quanto aí presumido. Assim invoca a impotência do marido

<sup>88</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 475.

<sup>89</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do Novo Código*. In *Revista dos Tribunais* 817/18, p.1.

<sup>90</sup> Código Civil: “art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – (...); II – (...); III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”



e o novo casamento da mulher como fatos passíveis de ilidir, sem distinção, essas presunções e aquelas estampadas nos dois primeiros incisos do referido artigo. Destarte, provado que o cônjuge, à época da concepção, era impotente para gerar, afastada está a presunção, fixada que foi sobre os deveres de coabitação e fidelidade. Por outro lado, entretanto, o adultério da mulher, ainda quando confessado, não ilide a suposição, posto que não dirime a dúvida quanto ao responsável pelo *ato conceptus*.

O afastamento dessas conjecturas é aplicável aos nascimentos supostamente decorrentes de técnicas biomédicas, sempre que haja a mulher copulado com outrem à época do procedimento médico de inseminação, quando ficar comprovada a impotência do marido, e, ao mesmo tempo, a fertilidade da mulher. Ou seja, é possível que, apesar de ter ocorrido um procedimento médico auxiliar de fecundação em mulher fértil, esta haja engravidado por consequência de relação sexual carnal com terceiro.

Embora a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade não seja extensível à procriação resultante do emprego dessas técnicas, sob pena de permitir a atuação contra fato próprio, não se pode repelir, por inteiro, a aplicabilidade das hipóteses que afastam a suposição legal de paternidade, quando se dê nascimento decorrente de relação carnal adulterina, no caso de matrimônio, ou desleal, na hipótese de união estável, contemporânea ao auxílio médico à procriação.

#### 3.1.1.1.4 O Vínculo Jurídico por Adoção

*Pari passu* à filiação natural, derivada da procriação carnal, que tem como fonte a genética (ou fator biológico) e o pressuposto fático da relação sexual, as civilizações humanas atentaram para outra forma de relação filial, decorrente de lei, que permitia a continuidade da família, ainda que não fosse fundada pela consanguinidade, qual seja a filiação civil, na modalidade adoção, desde que preenchidos certos requisitos e condições.

Tal filiação não tem por pressuposto qualquer tipo de relação biológica entre o filho e os pais, tendo, fundamentalmente, como supedâneo o anseio das pessoas em constituírem um núcleo familiar, baseada no consenso permanente e na afetividade, de modo que se comprova, cabalmente, que o modelo tradicional de se estabelecer um liame filial não atende a todas as situações que se apresentam na sociedade.

Orlando Gomes, ensina que: "adoção é o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta".<sup>91</sup>

Assim, temos que inexistente qualquer outro instituto jurídico que supere o conteúdo social e humanitário como a adoção, uma vez que, mais do que uma simples relação jurídica, constitui um elo de afetividade, que visa substituir, por ato volitivo, aquilo que normalmente é formado pela natureza. Destarte, na adoção, encontra-se flagrante a presença de um elemento especial, que nem sempre está presente na filiação biológica, qual seja a paternidade/maternidade desejada.

Daí falar-se que a filiação adotiva, nas palavras de Heloisa Helena Barboza,<sup>92</sup> é artificial, puramente legal, decorrendo de um ato jurídico, ou seja, é filiação que se estabelece em razão da vontade<sup>93</sup> e do afeto que são reconhecidos como fatores importantes para o fim da lei permitir a constituição do vínculo de parentesco.

A Carta de 1988, na parte que trata da família – e aí encontram-se inseridos a criança e o adolescente -, após estabelecer a regra da especial proteção estatal à família – incluindo, logicamente, aquela constituída pela adoção, como na monoparentalidade, *ex vi* do § 4º, do artigo 226 – o texto expressamente se refere à adoção no § 5º, do artigo 227, prevendo que *a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte dos estrangeiros*. A combinação de tais normas constitucionais demonstra o

---

<sup>91</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001 p. 369.

<sup>92</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 19.

<sup>93</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 122.

importante papel do Estado nas relações paterno-materno-filiais relativas à adoção em, fundamentalmente, dois momentos distintos: a) anterior à própria adoção, para o fim de estabelecer condições e requisitos e, assim, permitir o estabelecimento do vínculo de paternidade, maternidade e filiação; b) subsequente à constituição do liame parental no sentido de tal família ser protegida e assistida pelo Poder Público, especialmente na pessoa da criança e do adolescente com base no reconhecimento da absoluta prioridade da defesa de seus interesses. Assim, enquanto nos vínculos parentais resultantes da (suposta) consanguinidade inexistia regra constitucional impondo a assistência do Poder Público, no parentesco decorrente da adoção – notadamente aquele relacionando a criança e o adolescente aos seus pais adotivos – há clara previsão acerca de tal assistência estatal na forma da lei.

#### 3.1.1.1.5 O Vínculo Biológico

A filiação biológica, considerada hierarquicamente inferior à filiação jurídica sob a ótica da paternidade, é aquela resultante do reconhecimento jurídico de que o fato natural é fonte imediata do vínculo jurídico de filiação, como é o caso da relação sexual com a concepção relativamente ao homem e à mulher. Desta forma, os filhos havidos fora do casamento por pessoas que não tinham impedimento para o casamento – os antigos filhos naturais – poderiam ter reconhecida a filiação biológica por seus pais e, paulatinamente, tal possibilidade foi se estendendo para os outros filhos até o advento da Constituição de 1988 em que passou a ser possível o reconhecimento da filiação em qualquer hipótese de filho cuja paternidade ou maternidade ainda não fora formalmente estabelecida.

Vale observar, portanto, que a filiação biológica ganhou bastante importância com o texto constitucional não apenas no sentido de retirar qualquer restrição ou limitação para seu estabelecimento quanto às pessoas que não tinham filiação definida formalmente, mas também de permitir que os filhos matrimoniais passassem a ter condições de impugnar a matrimonialidade de sua filiação e, desse modo, apurar a filiação biológica.

### 3.1.1.1.6 O Vínculo Socioafetivo

A filiação afetiva ou socioafetiva, fundamentalmente, somente era concebida no âmbito da adoção<sup>94</sup> e, em alguns casos limitados, à posse do estado de filho.<sup>95</sup> Trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva<sup>96</sup> constatada entre filho e pais, ou entre o filho e apenas um deles, tendo como fundamento o afeto<sup>97</sup>, o sentimento existente entre eles: *“melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo”*.<sup>98</sup> Assim, a verdadeira paternidade e, conseqüentemente filiação, somente é possível em razão de *um ato de vontade ou de um desejo*<sup>99</sup>, podendo ou não decorrer do fator biológico e, tal orientação vem merecendo atenção por parte de vários sistemas jurídicos que reformaram suas legislações em matéria de filiação com a introdução, por exemplo, da noção da posse do estado de filho<sup>100</sup>, como é o caso do direito francês<sup>101</sup>. No direito brasileiro,

<sup>94</sup> *“O que determina a verdadeira filiação não é a descendência genética, e sim os laços de afeto que são construídos, em especial na adoção.”* (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 219).

<sup>95</sup> *“A paternidade passou a ser vista como uma relação psicoafetiva, existente na 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 reveladores de uma convivência paterno-filial, que, por si só, é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade”*. (BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse do estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 53).

<sup>96</sup> *“A identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.”* (LÔBO Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 248).

<sup>97</sup> *“O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue”* (*idem*, p. 252).

<sup>98</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Novas relações de filiação e paternidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 140.

<sup>99</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 134. E mais adiante, o autor complementa: *“A paternidade (...) constitui mais uma função, ou mesmo uma metáfora, do que propriamente uma relação biológica”* (p. 141).

<sup>100</sup> Em estudo realizado a respeito das conexões entre Direito e Psicanálise, Fernanda Otoni de Barros relata alguns casos concretos envolvendo o vínculo paterno-filial e, em um deles, constata a inidoneidade do critério biologista para resolver determinadas questões, com o seguinte comentário sobre um dos julgamentos: *“O entendimento jurídico, nesse caso, privilegiou a verdade biológica, desconsiderando a função que justifica o exercício de uma paternidade. Esse caso causou o meu desejo de fazer uma pesquisa que pudesse contribuir na sustentação jurídica da paternidade como posse de um estado e não como verdade extraída da biologia, desconectada da função paterna”*. (BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 9).

<sup>101</sup> A reforma do Código Civil francês em 1972 – Lei n° 72-3, de 03 de janeiro de 1972 – deu a seguinte redação para o artigo 311-1: *“La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de*

com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado prevalência do critério socioafetivo para fins de assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar.<sup>102</sup>

A doutrina moderna reconhece este núcleo familiar como sendo família eudemonista, na qual se busca a felicidade plena dos seus membros, caracterizada pelo afeto e respeito mútuos, ainda que inexista vínculo de natureza biológica. Assim, de acordo com Camila Andrade:

Eudemonista é considerada a família decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, como é o caso de amigos que vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão por que os juristas entendem por bem considerá-los como formadores de mais um núcleo familiar. Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo se deu a nomenclatura de família eudemonista, que busca a felicidade individual, vivendo um processo de emancipação de seus membros. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar.<sup>103</sup>

Fabiola Santos Albuquerque contempla três espécies de vínculo filial socioafetivo, quais sejam as decorrentes de reprodução assistida heteróloga, as derivadas da adoção e as que surgem da posse do estado de filiação, e de onde se extrai a peculiaridade da dissociação da figura do pai e a do genitor.<sup>104</sup> Verifica-se que a alma da relação é apenas e justamente o vínculo da afetividade, que chancela a filiação com base na realidade social, desconsiderando aspectos biológicos.

---

*faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir. La possession d'état doit être continue* – (A posse de estado é estabelecida por uma combinação adequada dos fatos que indicam a relação pai-filho e de parentesco entre o indivíduo e a família a qual ele diz pertencer. A posse de estado será contínua). – Tradução livre.

<sup>102</sup> SILVA, Marcos Alves. *De filho para pai: uma releitura da relação paterno-filial a partir do estatuto da criança e do adolescente*. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre, ano 2, n. 6, p. 23-30, jul/set. 2000, p. 23-30.

<sup>103</sup> ANDRADE, Camila. *O que se entende por família eudemonista?* Disponível em [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20081001121903207](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081001121903207), p. 1. Acesso em 04.02.2013.

<sup>104</sup> ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. “Ações de filiação: da investigação e negatória de paternidade e reconhecimento dos filhos”, in *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões* (coord.: Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro). Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2008, p. 207-211.

Ora, a adoção estabelece a vinculação de parentesco plena, de modo a concretizar o princípio da convivência familiar e garantindo ao adotado o direito ao seu desenvolvimento físico, moral, espiritual, mental e social, em condições de liberdade e de dignidade, dentro de uma família, que lhe acolhe e protege. Observe-se que a filiação decorrente de técnica de reprodução assistida heteróloga demarca uma situação curiosa, pois haverá uma coincidência entre a paternidade jurídica (presunção de filiação) e a socioafetiva, atentando-se que a filiação biológica não tem nenhuma repercussão nesta hipótese. Por fim, no que concerne à posse do estado de filho, e ainda considerando que a lei não contemplou expressamente a presunção, mister se faz a realização de um labor legislativo, balizado pelos princípios constitucionais que informam as relações de filiação, a fim de apreciar, as circunstâncias que se apresentam nos casos concretos.

## 4 ELEMENTOS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A Constituição de 1988 determina que todos os filhos são iguais entre si, independente de sua origem. Neste sentido, é o artigo 227 em seu § 5º que diz: “Os filhos havidos ou não de relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Têm-se ainda, e de fundamental importância, que a Constituição, erigiu a adoção, *forma inequívoca de valorização do afeto*, ao mesmo plano jurídico da filiação biológica passando ambas a terem os mesmos direitos, como fica patente da lição dos artigos 226 § 4º e 227 §§ 5º e 6º. Tal determinação foi sabiamente copiada pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que, no seu artigo 41, estipula que “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-se de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

Registre-se ainda que mesmo se os dispositivos acima elencados não constassem explicitamente no texto constitucional, bastaria à existência de outro dispositivo presente na CRFB/88 para que houvesse uma valorização das relações sociais, abandonando-se a subordinação a ditames biológicos. Tal dispositivo encontra-se logo no artigo 1º, incisos II e III do Diploma Constitucional que determina:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

II - a cidadania;  
III - a dignidade da pessoa humana;  
[...]

Cumpra observar, que tais princípios constitucionais apresentam-se como verdadeiros guias para interpretação e aplicação da Carta Magna, sendo também norma de eficácia plena, havendo, portanto uma “aplicabilidade imediata, integral, direta, que independe de legislação posterior para a sua inteira operatividade”.<sup>105</sup>

<sup>105</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito Constitucional*, Salvador: Jus Podivm, 2003, p. 66.

E, através dessas determinações constitucionais, em especial os dois princípios acima expostos, é que uma *nova filiação* surgiu no direito brasileiro, agora pautada em diretrizes que valorizam aspectos reais da vida humana. Essa nova filiação é a filiação socioafetiva.

Assim, temos que as filiações, podem ser de ordem natural ou civil. Será natural quando embasada na consanguinidade, no parentesco biológico; e será civil, quando o parentesco for determinado pela lei. Entretanto, no que tange à filiação, o liame meramente biológico, não se demonstra suficiente para gerar vínculos psicológicos, necessários ao pleno desenvolvimento da pessoa humana. Tanto é que nem sempre os pais biológicos zelam pelo crescimento moral de seus filhos, acarretando, desta forma, desajustes emocionais, que se manifestam das mais diversas formas. Em contrapartida, existem pessoas que são educadas em uma relação de amor por pais de criação. Destarte, é flagrante a tendência do Direito de Família em valorizar cada vez mais os vínculos dessa natureza.

Nessa esteira de entendimento, surge no ordenamento jurídico brasileiro a figura da filiação socioafetiva, que tem como expoentes, a derivada da adoção judicial, a da reprodução artificial heteróloga e a decorrente da posse do estado de filiação (filhos de criação), bem como a que se extrai da chamada “adoção à brasileira”.

Importa traçar breves linhas acerca de cada uma destas espécies, para fins de entendimento dos efeitos jurídicos deste tipo de perfilhação.

#### 4.1 A POSSE DO ESTADO DE FILIAÇÃO

A posse do estado de filho é essencial para se determinar a filiação socioafetiva, pois, num mundo de relações sociais, a exteriorização dos atos de uma pessoa, é um importantíssimo indicativo sobre como ela, no seu íntimo, encara um acontecimento específico.



Por isso, aquilo que parece, no mais das vezes é. Desta forma, se alguém aparente um estado, deve-se, com critérios, presumir-se a existência desse estado. No que tange ao estado de filiação, aquele que tem a posse do estado de filho, geralmente detém esse estado, em virtude de uma mútua relação de afeto.

É Jédison Maidana que sintetiza o assunto:

A análise social revela que não há nada mais puro no âmbito das relações familiares, no que se refere à filiação, do que a posse do estado de filho. Diariamente, se assiste a exemplos de pais genéticos que maltratam, abandonam, humilham seus filhos e, por outro lado, pais não-genéticos que acolhem, apam e orientam, como seus, filhos alheios. A sociedade é multifacetada, e nessa complexidade de relações prevalecem positivamente aquelas que se conduzem por laços unicamente afetivos, desvinculando-se de qualquer outro interesse de fundo patrimonial, genético ou mesmo legal.<sup>106</sup>

Necessário observar, portanto, que é a posse do estado que irá determinar a paternidade, e não mais os vínculos genéticos existentes entre uma pessoa e seu genitor biológico. Agora, ao invés de ficar atado a formalismos legais, o direito leva em conta a situação fática, concreta, existentes entre duas pessoas, pessoas que expressam seus sentimentos de forma viva, e não estéril, como uma lei num pedaço de papel, ou num acético exame de laboratório.

Vale lembrar o ensinamento de Belmiro Welter, ao afirmar que a utilização do termo *posse do estado de filho*, deve-se apenas ao mesmo estar consagrado na esfera jurídica, todavia, melhor seria utilizar-se *estado de filho afetivo*, termo que rompe, completamente, com qualquer ideia de vínculo patrimonial que se possa ter com a utilização do vocábulo *posse* (termo proveniente dos Direito Reais). Assim, no seu ministério sobre o vínculo entre pai e filho, afirma: “Não é de posse e de domínio, e sim de amor, de ternura, de respeito, de solidariedade, na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia”.<sup>107</sup>

Neste diapasão, a posse de estado de filiação é o melhor elemento caracterizador da socioafetividade, capaz de gerar efeitos a título de vínculo filial, haja vista que

<sup>106</sup> MAIDANA, Jédison Daltrozo. *O fenômeno da paternidade socioafetiva: A filiação e a revolução da genética*. Revista Brasileira de Direito de Família, n° 24, jun/jul, 2004, p. 21-22.

<sup>107</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. Revista dos Tribunais, 2003, p. 153.

não se concebe mais, tão somente, a criação da família calcada apenas no matrimônio, de modo a se verificar e aceitar a família estabelecida na afetividade, observando-se, também, os avanços científicos da reprodução assistida e da determinação da origem genética.

Há de se verificar que a sociedade, já aceitava de forma incipiente a filiação lastreada na afetividade, seja pela adoção (decorrente de lei), seja pelos chamados filhos de criação, muito comuns nas cidades brasileiras, quando se verificava a impossibilidade dos pais biológicos em cuidar de seus filhos, e estes eram “apadrinhados” por amigos de melhor condição financeira. Ora, as crianças eram tomadas por filhos de criação, embora, nunca tivessem os mesmos direitos dos filhos naturais, mas eram reconhecidos pela sociedade como parte integrante daquela referida família.

Tais situações se protraíram no tempo, até que, com a promulgação da CRFB/88, passaram a ser admitidas novas formas de se constituir família, a exemplo da monoparental e a decorrente de união estável, abrindo, pois, as portas para o ingresso da família baseada apenas no afeto, no cenário jurídico brasileiro.

Vale consignar o entendimento de Rose Melo Vencelau, ao afirmar que:

O estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos<sup>108</sup>

Desta forma, o conceito de família estendeu-se para mais além do que o tradicional, qual seja, o decorrente de casamento. Valoriza-se muito mais a afetividade do que a genética, com o escopo de se alcançar a plena felicidade dos membros daquele núcleo familiar. Assim, conceitua-se a família eudemonista ou afetiva.

No entendimento de José Bernardo Ramos Boeira:

---

<sup>108</sup> VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 45.

Sob a concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais – como apoio indispensável para sua formação e estabilidade na vida em sociedade.<sup>109</sup>

Conforme já declinado, anteriormente, a CRFB/88, constitui, verdadeiramente, um marco no tocante ao instituto Família, não só protegendo todos os tipos de núcleos familiares, bem como, criando garantias e direitos, conforme se infere da leitura de seus artigos 226 e 227.

Há de se observar, ainda, que a posse do estado de filho guarda uma similaridade com a posse das coisas. Assim, da mesma forma que esta se traduz no comportamento da pessoa em relação à coisa (visibilidade do domínio), a posse do estado de filho significa desfrutar a pessoa de uma situação equivalente à de filho. E, para fins de fixação de critério determinativo, costuma-se dizer que a posse do estado de filiação compreende a *tractatio* (tratamento), a *reputatio* (reputação) e a *nominatio* (nome).

Vale dizer: o investigador traz e usa o nome do investigado; dele recebe tratamento como filho, no meio doméstico e familiar; e goza no meio social do conceito de filho seu, de modo a configurar a exteriorização da convivência paterno-filial, numa demonstração clara de afetividade, conferindo a aparência real de filiação aos efeitos de verossimilhança que a ordem jurídica considera como válidos.

Existem casos em que há o reconhecimento dos filhos e que, após certo tempo por ato volitivo ou por descoberta de novos fatos, se tenta invalidar a paternidade e, por conseguinte desconstituir este reconhecimento. Ora, não há que se falar, nestas situações, sequer que o reconhecimento da paternidade se deu por erro essencial.

Admitir, a prevalência do vínculo biológico sobre o afetivo, quando aquele se mostrou sem influência para o reconhecimento voluntário da paternidade, seria, por via transversa, permitir a revogação do estado de filiação.

---

<sup>109</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 23.

O vínculo afetivo é baseado no suporte emocional, financeiro e educacional conferido entre as partes, e que muitas vezes é estabelecido em data muito anterior ao próprio registro, devendo prevalecer sobre o vínculo biológico.

Ora, se o genitor após um lapso temporal, entre o nascimento do filho e o reconhecimento da paternidade, entendeu por bem reconhecer a paternidade, esse ato é irrevogável e irretratável, pois deve prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica.

Não há também que se falar que a verdade fictícia não pode prevalecer sobre a verdade real, mesmo que existam provas nos autos que comprovem a não biologicidade filial, a exemplo de um exame de DNA, pois a ausência de vínculo biológico entre o pai registral e o filho registrado, por si só, não tem, o condão de taxar de nulidade a filiação constante no registro civil, principalmente se existente, entre aqueles, liame de afetividade.

#### **4.1.1 O Tratamento (*Tractatio*)**

Dentre os três requisitos é o tratamento (*tractatio*) que ocupa o principal patamar quando se deseja imputar a alguém o estado de filho afetivo, sendo, assim o mais básico dos elementos que constituem a posse do estado de filho, encontrando-se lastreada no próprio conceito de filiação, de modo a ser este único o de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, consolidada, na afetividade.

Assim, da análise do próprio termo, determina-se que este se configurará através do tratamento que é dispensado no liame entre pai e filho, isto é, se dará através do meio da convivência paterno-filial. Ora, se alguém trata a outrem como se esse fosse seu filho, lhe dedicando o carinho e afeto somente aos filhos dispensados, é um indicativo bastante forte para afirmar-se a filiação socioafetiva. Como forma de demonstração desse carinho e afeto, o pai socioafetivo deve prover o filho nas suas necessidades básicas, não só financeiras, mas, também se preocupando com o seu bem-estar, zelando por sua saúde física e mental, promovendo a sua educação e,

principalmente, contribuindo para a boa formação do seu caráter. É o conviver diuturno, dos pais e filhos nos bons ou maus momentos.

Em outras palavras, Belmiro Welter, assim resume o tema: “O tratamento é o elemento clássico de maior valor, porquanto reflete a conduta que é dispensada ao filho, garantindo-lhe o indispensável à sobrevivência, como a manutenção, a educação, a instrução, a formação dele como ser humano.”<sup>110</sup>

Como se depreende da lição acima, o tratamento refere-se à forma que o pai socioafetivo cria seu filho, devendo essa forma estar de acordo com os padrões normais da sociedade, e mais, devendo se adequar ao disposto, do já citado artigo 227, *caput*, da Constituição de 1988, que assim preceitua:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Dentre todas as formas de tratamento, a preocupação com a saúde e educação do filho apresenta-se como a mais importante. Aquele que passa as noites insone a tratar da pessoa que ama, aquele que se preocupa com a educação de alguém como forma de lhe garantir um futuro melhor, essa pessoa só pode ser o seu pai. Nesta vertente tem-se a opinião de Rolf Madaleno: “Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor.”<sup>111</sup>

#### **4.1.2 A Reputação (*Reputatio*)**

O segundo elemento é a *reputatio*, ou a fama, a reputação. É de certa forma, um complemento, ou melhor, uma consequência do tratamento. É como a sociedade

---

<sup>110</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140.

<sup>111</sup> MADALENO, Rolf. *Filhos do Coração*. Revista Brasileira de Direito de Família. n° 23, 2004, p. 1.

enxerga o tratamento. Assim, quando alguém é reputado filho de outrem, no mais das vezes, é por que ele é tratado como filho por determinada pessoa.

Contudo, há de se ter cautela sobre esse tópico, não são meras especulações, ou opiniões de pessoas mal informadas que irão garantir à existência de reputação de filho. Tal reputação deve ser levada em conta apenas quando indícios robustos indiquem esse caminho. Há de se observar, que, podem ocorrer casos onde mesmo a filiação socioafetiva existindo, em decorrência de tratamento, não haja a reputação dessa filiação, como no exemplo, de uma família que possui hábitos demasiadamente reclusos, que não permitam à sociedade reputá-los com pai e filho.

Destarte, a *reputatio*, configura-se no conhecimento público que é dado àquela relação existente entre os que se apresentam como pai e filho. É o reconhecimento social da relação socioafetiva. Observe-se que tal situação não deve ser afeita apenas aos limites do lar familiar, tornando-se notória quando transcende a outros núcleos familiares e ao convívio social. Para dar vazão à fama, não basta apenas dizer que é pai do filho ou é filho do pai, mas o comportamento social deve ser condizente com o tratamento dispensado nesta seara. O trato social é determinante para a configuração da socioafetividade, haja vista, dizer que existe o vínculo não é efetivamente demonstrar e ser reconhecido.

#### **4.1.3 A Nominção (*Nominatio*)**

O terceiro elemento, qual seja a *nominatio*, significa o uso do apelido de família, pertencente ao pai, pelo filho, afinal é, no mínimo, razoável que se deseje que o patronímico seja utilizado pelo filho e este o leve adiante nas suas descendências. Como já é sabido, o nome representa o patrimônio moral de uma pessoa ou de uma família, e sua utilização deságua, obviamente, na *reputatio*. Destarte, como o nome é algo personalíssimo do indivíduo, e seria um dos principais indicadores da existência de uma filiação socioafetiva, posto que se um indivíduo faz uso de um nome de determinada família, deduzir-se-á que a essa família ele faça parte.

Assim, com arrimo nesse entendimento, seria necessário que o filho tivesse o apelido de família do pai (sobrenome) para iniciar-se uma caracterização do estado de filho afetivo, embora tal entendimento, não se afigura acertado, pois exigir-se de um filho que utilize o nome do pai socioafetivo, torna-se totalmente descabido, visto que é uma exigência formalista, e em desacordo com a essência do instituto da filiação socioafetiva, que busca acima de tudo valorizar as relações sociais existentes.

Este elemento, portanto, encontra-se materializado sempre que exista entre as partes interessadas o simples chamamento recíproco de pai e filho. Há de se verificar, entretanto, que o *nominatio* é, dentre os três, o elemento, relativamente, menos importante, posto que a socioafetividade pode ser comprovada apenas com os outros dois elementos.

Ademais, a obrigatoriedade do nome, está cabalmente em desacordo com a tradição brasileira, onde muito pouco apego às pessoas tem pelo nome, como bem atesta a grande quantidade de nomes criados pela população, que, quando assim o deseja altera também o apelido de família, ainda que pesem objeções legais.

Torna-se, premente, pois, que o julgador ao analisar a posse do estado de filho, deva aferir quando se trata, realmente, do elemento caracterizador da socioafetividade, ou se a conduta do considerado pai face ao suposto filho era apenas de solidariedade, piedade ou sentimento de amizade, mas não de paternidade, a fim de que não esteja se cometendo uma injustiça, com repercussões de cunhos social e patrimonial.

Assim, pelo entendimento de José Bernardo Ramos Boeira<sup>112</sup>, para se configurar a posse de estado de filho, é necessária "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."

---

<sup>112</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade. Posse de Estado de Filho: Paternidade Socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 60.

## 4.2 ESTABELECIMENTO DAS ESPÉCIES DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Uma vez se adequando aos elementos anteriormente expostos, principalmente o tratamento, estar-se-á caracterizando a filiação socioafetiva. Essa filiação poderá se apresentar sob diferentes formas, mas é bem verdade, que se configura interesse mais doutrinário do que prático, haja vista que as repercussões sociais e jurídicas, uma vez demonstrada a socioafetividade, serão as mesmas, em especial, quando da análise do texto constitucional, que deixa bem claro que filho é sempre filho, independentemente de sua origem. Assim temos que a filiação socioafetiva surge nos casos de existência dos filhos de criação, nas adoções judicial e simulada (à brasileira), nas inseminações artificiais heterólogas e no reconhecimento voluntário de filiação.

Tem-se que a família socioafetiva encontra-se incorporada definitivamente em nosso ordenamento jurídico, posto que a convivência familiar e comunitária é declarada como Direito Fundamental, não sendo mais possível quaisquer tipos de discriminação filial, bem como é determinada a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, ainda que se encontrem separados ou divorciados, além de que, também, a monoparentalidade ter o reconhecimento do Estado como entidade familiar.

### 4.2.1 Filho de Criação

É essa a mais tradicional e genuína espécie de filiação socioafetiva, que ocorre quando mesmo não havendo vínculo biológico, uma pessoa cria alguém como filho, motivado pelo carinho e afeto, mas não formaliza essa situação, ponto no qual difere da adoção legal.

Nesse tipo de filiação socioafetiva, muito comum no Brasil, uma pessoa toma para si o comprometimento de zelar pela educação de uma criança ou adolescente,



independentemente de haver vínculo biológico, e não só zela pela educação, mas também, confere abrigo e desvela todo o amor e atenção que, naturalmente, daria a um filho. Desta forma, o filho é assumido como membro da família, e tal situação é demonstrada perante toda a sociedade, tendo por fundamento o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto<sup>113</sup>. É dizer, quando uma pessoa, constante e publicamente, tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu sempre suas necessidades, sua manutenção e sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu<sup>114</sup>.

Há de observar que, efetivamente, caracterizar a entidade familiar, no vínculo paterno-filial, é corroborar o entendimento de que a biologicidade não é preponderante em relação ao afeto. Neste diapasão, Guilherme de Oliveira<sup>115</sup> defende a tese de que a paternidade jurídica não foi e nem é, forçosamente, determinada pela verdade biológica do parentesco, alertando, inclusive, para a hipótese onde a pura descoberta da verdade biológica pode causar um dano sério ao filho e aos outros interessados. Assim, de modo a buscar a consolidação da família e a segurança jurídica destas relações, mister se faz entender que a posse do estado de filiação, uma vez comprovada, é o que garante a estabilidade das relações advindas deste tipo de socioafetividade, haja vista a lei deve proteger também o interesse dos filhos, garantindo a paz social do liame socioafetivo.

#### 4.2.1.1 A família social

Vale consignar, por oportuno, uma preocupação constante do Poder Público, na seara da família socioafetiva, não apenas pela situação jurídica constitucionalmente garantida, mas também, como escopo precípua de salvaguardar o elo afetivo que muitos menores não possuem em seus lares com seus pais.

---

<sup>113</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 56.

<sup>114</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 346-347.

<sup>115</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 442-445.

As determinações legais, especialmente, as contidas na CRFB/88 e no CC/02, não foram capazes de dar uma garantia maior a certos núcleos familiares, como existe na situação do sistema de paternidade social. Assim é que, se tem operado na sociedade, em especial nas comunidades mais carentes, que os pais em razão das suas necessidades laborais ou, muitas vezes pessoais, têm reduzido a sua disponibilidade em ambiente familiar.

Observa-se que a questão encontra-se, diretamente vinculada a uma crise decorrente de certa desagregação familiar, muitas vezes causada pela degradação de costumes das pessoas, que deságuam na ruptura do equilíbrio moral do núcleo familiar, e não obstante isso, também acrescidas à irresponsabilidade dos pais em geram grande prole, sem condições, de modo que as consequências, inclusive psicológicas, são sofridas pelas crianças e adolescentes.

Confirma-se tal circunstância na lição de Rui Geraldo Camargo Viana, quando assinala que: “a disciplina legal da família, no atual estágio da civilização, vem procurando enfocar o casal, noção que está, gradativamente, sobrepondo-se à de cônjuges, insuficiente para abarcar todas as entidades familiares”.<sup>116</sup>

Desta feita, quando se verifica que a família natural não está sendo capaz de gerir os seus filhos, ou quando a colocação dos mesmos em família substituta, também não surte efeitos, o Poder Público, se vê no dever de dar uma família social a quem não a possui. O instituto da família social, tratado pela lei nº 7.644, de 18 de dezembro de 1987, tem por objetivo dar uma família a quem não tem e um lar para quem precisa. Ocorre que esta lei, trata da figura da “mãe social”, de forma imprópria, posto que, vincula a um emprego público, mas totalmente isenta de qualquer afetividade, o que gera um enorme contrassenso ao escopo do instituto.

A família social, convém consignar pois, é uma forma de colocação de menores em um núcleo familiar, devendo lhe transmitir carinho, afeto e amor, que não é encontrado na sua família originária, confirmando-se, assim, que deve ser baseado

---

<sup>116</sup> VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A Família*. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade (organiz.). *Temas atuais de direito civil na constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.18.

nos mesmo princípios de uma família socioafetiva, ainda que este núcleo familiar seja artificial e legalmente assegurado. Entretanto, deve-se envidar esforços para que este núcleo familiar seja preservado e fortalecido, a fim de que seus integrantes, em especial os menores, encontrem todas as condições inerentes para o seu bem estar e crescimento salutar social, moral e psicológico.

#### **4.2.2 Adoção Judicial**

A adoção é um ato jurídico pelo qual uma pessoa deixa claramente expressa a sua vontade de tomar para si com filho pessoa que não lhe é descendente biológico. Para tanto, há de se obedecer a um procedimento legal previamente estabelecido, sendo que além da manifestação de vontade dos interessados, há de ter-se a concordância do juiz, o que se dará mediante uma sentença constitutiva, em um devido processo judicial. Essa judicialização completa e incondicional da adoção afasta a possibilidade de sua efetivação por qualquer tipo de mecanismo extrajudicial.

Por um conceito mais consolidado temos que a adoção é o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra na qualidade de filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim. Ocorre que, ainda que seja uma filiação, ao final de um procedimento judicial, conferida pelo juiz, ela nasce do caráter volitivo dos adotantes, que ocorrem por diversos motivos, sendo, todavia, predominante a ideia de ensejar àqueles que não possuem filhos, via de regra, aos casais sem prole, empregar numa pessoa estranha toda a sua carga afetiva. Ademais, possui uma função social e interesse público de propiciar à infância desvalida e infeliz a obtenção de um lar, atenção, assistência e sentimentos nobres como o amor, afeto e carinho.

A adoção, destarte, uma vez constituída através de sentença, imediatamente produz efeitos pessoais e patrimoniais, o que em outras palavras, significa dizer que é a gênese de uma relação de parentesco, idêntica em todos os seus aspectos jurídicos e morais à uma filiação biológica. Há de se observar, portanto, que a adoção resulta

na filiação civil, e desta forma, o preceito contido no § 5º do artigo 227 da CRFB/88 não se dissocia do princípio amplo do § 6º do mesmo artigo, segundo o qual “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”. Devendo-se, por fim, observar todo o contexto do artigo 227, acima referido, segundo o qual é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente prioridade absoluta de proteção moral, social, educacional, psicológica e à dignidade humana.

#### 4.2.2.1 Adoção por homossexual

Cumpra, primeiramente, definir a união homoafetiva ou homossexual, em conceito professado por Álvaro Villaça Azevedo, como sendo “a convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas de mesmo sexo, com o intuito de constituição de família”.<sup>117</sup>

Ainda que esta não seja, efetivamente, uma espécie de filiação socioafetiva, vale a ela fazer menção, em especial, em face ao tratamento que é dispensado aos homossexuais, posto que ainda lhes é aplicada uma visão preconceituosa. Ora, a orientação sexual de uma pessoa não pode ser motivo determinante de uma negação da adoção, sob o pretexto de que falta moral a tais pessoas, de modo a ensejar um crescimento deturpado e uma deformidade moral e educacional da criança ou adolescente.

Reinaldo Velloso dos Santos, ao analisar este tipo de situação, declina seu entendimento da seguinte maneira:

Tem sido muito discutida a possibilidade de adoção por um homossexual. A lei não impede uma pessoa de adotar por motivo de orientação sexual, sendo conhecidos em nosso País inúmeros casos de homossexuais que adotaram seus filhos. Todavia, a decisão será tomada caso a caso, a critério do juízo competente, com amparo em subsídios técnicos fornecidos

---

<sup>117</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família (Curso de direito civil)*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 175.

por equipe interprofissional. Apenas não será possível a adoção por casal homossexual, por não ser reconhecida a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.<sup>118</sup>

No que pese o entendimento acima esposado, não se pode levar em conta que a negativa de filiação adotiva para os homoafetivos se dê, em face do não reconhecimento de entidade familiar das relações homossexuais, haja vista quando temos o núcleo familiar monoparental, ensejaria a possibilidade de adoção por apenas um dos pares, o que já seria suficiente, mas também, pelo entendimento dos tribunais já vêm conferindo esse direito, revisando, assim a postura inconstitucional de negar a filiação a tais pessoas.

Isto porque cabe ao Judiciário suprir as lacunas existentes na lei através da analogia, costumes, princípios gerais do direito, conforme determina o artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas, sobremaneira, através dos direitos fundamentais, que são o alicerce de todo estado democrático de direito, e assim sendo, a família constituída por homossexuais não poderá ser excluída da tutela jurisdicional.

Nesta esteira de entendimento, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Carlos Teixeira Giorgis completa:

O princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente à (sic) toda a experiência, verdadeiro fundamento da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Assim, não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional. É um valor supremo, e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana; a dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade. Não basta a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Introdução ao Registro Civil das Pessoas Naturais*, in *Introdução ao Direito Notarial e Registral*. São Paulo. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil - IRIB, SafE, 2004, p. 53.

<sup>119</sup> IDEF – INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA (Coord.). *Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas*. p. 131-132.

Vale ressaltar, ainda, que a discriminação por orientação sexual é totalmente rechaçada por tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, dentre eles, a Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos; a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica, e que foram recepcionados por nosso ordenamento jurídico, conforme determina o artigo 5º, § 2º da CRFB/88.

Destarte, embasado nesses tratados, no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da isonomia, a ONU tem condenado qualquer ingerência na vida particular dos pares homoafetivos, de onde se infere, a real e garantida possibilidade de adoção de crianças e adolescentes.

E, na mesma linha de raciocínio, o STF, seguido pelo STJ, ao interpretar o artigo 1.723 do Código Civil, entendeu que as regras da união estável devem ser aplicadas, analogicamente, à união homoafetiva, o que por si já autorizaria a adoção por casal homossexual. Ocorre que, além da interpretação outorgada pelas Cortes Maiores, esse tipo de união deveria ser encarada como um instituto jurídico autônomo, pois se encontra dentro do contexto enunciativo do artigo 226, da CRFB/88, que é exemplificativo e não *numerus clausus*, confirmando assim, a possibilidade de adoção por parceiros de mesmo sexo.

#### **4.2.3 Adoção simulada ou “à brasileira”**

É também uma forma bastante comum em todo território nacional este tipo de adoção, daí o seu nome: “à brasileira”. Ela ocorre quando uma pessoa registra como sendo seu filho biológico, pessoa que sabe não ser seu descendente genético, atitude essa, de registro não compatível com a realidade, que tipifica o crime do artigo 242 do Código Penal.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> Código Penal: “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.

Pena - reclusão de dois a seis anos.

Parágrafo único – Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza.

Pena – detenção de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.”

No entanto, não reconhecer a validade dessa espécie de filiação socioafetiva pode, no caso concreto, vir a ensejar graves injustiças. Desta forma, os tribunais do país, de forma acertada, têm reconhecido e garantido direitos, a pessoas que foram adotados “à brasileira”, como se observa no seguinte julgado:

Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor como se fosse seu) e que perdura por quase quarenta anos, há de se prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana.<sup>121</sup>

No mesmo sentido, outro julgado:

Pedido de desconstituição do vínculo de paternidade. Declaração falsa no registro de filiação. Desconstituição do registro público. Impossibilidade. Se o autor reconheceu formalmente o filho de sua esposa, nascido antes do matrimônio, sendo sabedor da inexistência do liame biológico, mas deixando evidenciada a situação de paternidade socioafetiva, não pode pretender a desconstituição do vínculo, pretensão essa que se confunde com pedido de revogação. Recurso desprovido.<sup>122</sup>

Maria Berenice Dias entende que a filiação socioafetiva, lastreada na adoção à brasileira, deve ser analisada com um cunho mais social, visualizando o lado prático e humano do direito de família e observando acerca da real função social da prestação jurisdicional e do valor que os operadores do direito podem ter na sociedade.

Filiação socioafetiva, adoção à brasileira, posse do estado de filho são novos institutos construídos pela sensibilidade da Justiça, que tem origem no elo afetivo e levam ao reconhecimento do vínculo jurídico da filiação. É de tal ordem a relevância que se empresta ao afeto que se pode dizer agora que a filiação se define não pela verdade biológica, nem a verdade legal ou a verdade jurídica, mas pela verdade do coração (...) Há filiação onde houver um vínculo de afetividade. Aliás, essa palavra está referida uma única vez no Código Civil, exatamente quando fala da proteção à pessoa dos filhos, ao dizer que a guarda deve ser deferida levando em conta a relação de afinidade e afetividade (1.584, parágrafo único). Quando se trilha o caminho que busca enlaçar no próprio conceito de família o afeto, desprezá-lo totalmente afronta não só a norma constitucional que consagra o princípio da proteção integral, mas também o princípio maior que serve de fundamento ao Estado Democrático de Direito: o respeito à dignidade de crianças e adolescentes.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível nº 108.417-9.

<sup>122</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Civil nº 70003997624.

<sup>123</sup> DIAS, Maria Berenice. *Adoção e a espera do amor*. Disponível em: [www.mariaberenicedias.com.br](http://www.mariaberenicedias.com.br). Acesso em 29.03.2013, p. 1.

Ocorre que, não obstante isso se verifica efetivamente, que o fato em si é ainda reputado como crime, mesmo que celebrado com reconhecida nobreza, e isso não pode ser descartado, em especial, para que se evitem situações de subtração de menor do seio de sua família, que o esperava tão efusivamente, como ocorreu no “caso Pedrinho”, que fora sequestrado no ano de 1986, da maternidade onde havia nascido e seus pais biológicos, incansavelmente, fizeram infrutíferas buscas, sendo que dezesseis anos após, por denúncia e investigação, comprovou-se a não filiação existente com a pessoa que o criou como filho.

No caso apresentado, resta flagrante a intenção de subtrair para ter a filiação, o que vai de encontro com a segurança jurídica e a paz social. Para que haja o reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva, lastreada na adoção à brasileira, é o cunho social e afetivo, inerente a tal instituto, não com o escopo de tirar deliberadamente o filho de outrem, mas sim de tomar para si a filiação, geralmente, com o consentimento dos pais biológicos, que via de regra, não possuem condições de conceder o mínimo de dignidade aos seus filhos e os entregam, recém nascidos, para outrem. Ora, há de se considerar, que tal procedimento, ainda que criminoso, pode ser considerado um ato de amor, posto que existe a intenção de ver o seu filho biológico bem criado, educado e feliz, o que poderia não ocorrer, caso permanecesse em sua família de origem.

#### **4.2.4 Filiação nas Fecundações Assistidas (Homóloga e Heteróloga)**

Os avanços recentes da biotecnologia trouxeram enormes benefícios à humanidade uma vez que praticamente permitem o controle da vida, desde sua concepção, conservação, correção e fim. Dentre tais progressos salientam-se as práticas de procriação artificial, destacando-se a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*.

Contudo, a modernização das práticas de reprodução assistida, decorrente do progresso biotecnológico, tem afetado a família, a paternidade, a maternidade, o sentido da concepção humana e a intangibilidade dos seres humanos. Todavia, uma



vez que esses progressos biotecnológicos trazem implicações na sociedade, vê-se que é necessária a presença do Direito ao lado da Bioética para que haja a defesa das pessoas perante possíveis abusos.<sup>124</sup>

No que tange à reprodução artificial, mister se faz apresentar alguns esclarecimentos técnico-científicos, senão vejamos.

A Procriação Artificial, também chamada de Reprodução Medicamente Assistida, é um conjunto de técnicas através das quais se permite a reprodução sem sexo, ao contrário da contracepção que permite a prática sexual sem o risco da reprodução<sup>125</sup>.

Dentre as técnicas de Reprodução Assistida, tratar-se-á das chamadas Inseminação Artificial e Fecundação *in vitro*:

a) A inseminação artificial é uma técnica de reprodução assistida através da qual os espermatozoides, previamente recolhidos e tratados, são transferidos para o interior do aparelho genital feminino por meio de uma cânula;

b) A fecundação *in vitro* é uma técnica de reprodução assistida através da qual se dá a fecundação do óvulo *in vitro*, ou seja, os gametas masculino e feminino são previamente recolhidos e colocados em contato *in vitro*. O embrião resultante é transferido para o útero ou para as trompas.

Parafraseando Mônica Aguiar, “as técnicas biogenéticas de reprodução humana constituem uma faceta da sociedade de nossos dias – que é voltada para a tecnologia – e provocam o surgimento de um novo paradigma social”.<sup>126</sup> Assim, há de observar que as fecundações assistidas, em qualquer de suas modalidades, apresentam um arcabouço de cunho constitucional, em especial, quando se analisa o dever de uma paternidade responsável e o direito de procriar, que se encontram

---

<sup>124</sup> PALUDO, Anison Carolina. *Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos*. <http://jus.com.br/artigos/2333/bioetica-e-direito/3>. Acesso em 31.10.2013.

<sup>125</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.14.

<sup>126</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 87.

diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, de um lado face ao filho, gerando seus direitos personalíssimos de identidade social e familiar, e de outro lado face aos pais que garantem a sua descendência, ainda que não necessariamente biológica, embasado no artigo 226, § 7º, da CRFB/88.<sup>127</sup>

Ora, analisando-se a situação pelo âmbito jurídico, tem-se comprovado que existe um direito à procriação, este tendo por base legal:

a) a Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde disciplina-se o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, prevendo ainda o direito de fundar uma família, nos artigos III, VII e XVI, 1;

b) a Constituição Brasileira de 1988, de onde se extrai o direito à procriação das normas de inviolabilidade do direito à vida (*caput* do art. 5º); do incentivo e da liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico (art. 218); da liberdade de consciência e crença (inciso VI do art. 5º) e; da previsão do planejamento familiar como livre decisão do casal (do art. 226, § 7º).

E a própria Constituição da República prevê expressamente que se considera entidade familiar a "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (art. 226, § 4º), de onde se infere a importância que a sociedade dá à filiação.

A reprodução assistida surgiu como um mecanismo capaz de resolver as situações de incapacidade reprodutiva dos casais. Tal incapacidade pode ser por força de uma *impotentia coeundi*, que é derivada da incapacidade do homem em realizar o ato sexual ou da *impotentia generandi*, que a incapacidade para gerar filhos. Destarte a incapacidade é derivada da infertilidade ou esterilidade conjugal.

Entenda-se por infertilidade a incapacidade causada por disfunções orgânicas ou funcionais que atuam na fecundação impossibilitando a produção da descendência;

---

<sup>127</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: "Art. 226, § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

e por esterilidade a incapacidade de um dos cônjuges, ou de ambos, de fecundarem por um período superior a um ano, quando da não utilização de nenhum método contraceptivo e com vida sexual normal, seja por causas orgânicas ou funcionais, provocando a gestação através da facilitação ou da substituição de alguma das etapas do ciclo reprodutivo, possibilitando que os casais estéreis ou inférteis venham a ter filhos.<sup>128</sup>

Apesar de a filiação por fecundação artificial homóloga gerar o vínculo de natureza biológica, convém aqui, apenas para fins elucidativos, conceituar tal modalidade de filiação, que ocorrerá com a junção do sêmen do próprio marido com o óvulo de sua esposa, por método artificial ou de reprodução assistida, em substituição da forma instintiva ou convencional, que se dará por inseminação artificial do produto masculino no corpo da mulher, ou mediante fertilização *in vitro*, de modo a se observar o quanto disposto nos incisos III e IV, do artigo 1.597, do Código Civil.

Por sua vez, a fecundação artificial heteróloga, gera a vinculação biológica com a mulher, mas em contrapartida cria a presunção *juris et de jure* para com o seu marido, em face do quanto insculpido no artigo 1.597, inciso V, do diploma civil. Por este tipo de fecundação, entende-se aquela realizada quando o sêmen é de terceira pessoa (doação de gametas), desde que com o consentimento do esposo, sob pena de se estar configurando uma família monoparental, sem reconhecimento da paternidade ao esposo quando o mesmo desconhece ou não autoriza tal procedimento realizado.

A prática da doação de gametas é uma atividade lícita e válida desde que não tenha fim lucrativo ou comercial.<sup>129 130</sup> Assim, a gratuidade é característica fundamental da doação de gametas.

---

<sup>128</sup> BALAN, Fernanda de Fraga. *A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/44/2544>, p. 1. Acesso em 25.01.2013.

<sup>129</sup> CRFB/88: Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada [...] § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização

<sup>130</sup> Conselho Federal de Medicina; Resolução nº 1.358/92. Item IV, 1: Doação de gametas ou pré-embriões. 1. A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

Além da proibição contida na Constituição de 1988 e na Resolução do Conselho Federal de Medicina, Deborah Ciocco Alvarez de Oliveira e Edson Borges Junior, ainda acrescentam:

Pode-se falar ainda no princípio geral da boa-fé como outro justificador da gratuidade, visto que a venda geraria um comércio imoral, calcado na dor das pessoas que não podem ter filhos e certamente representaria outro obstáculo ao tratamento que, pela complexidade das técnicas, normalmente apresenta altos custos.<sup>131</sup>

Ora, não obstante a proibição constitucional da comercialização, não há lei que determine a sanção penal para a violação desta regra. Como em nosso ordenamento jurídico não existe crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, a violação da Constituição Federal será uma conduta ilícita gerando o dever de indenizar e a punição administrativa aos médicos, mas não terá consequências na esfera penal<sup>132</sup>.

Outra característica da doação de gametas é o anonimato de doadores e receptores<sup>133</sup>. Esta medida visa proteger a criança de possíveis perturbações psicológicas, garantindo que nenhuma ligação afetiva ocorrerá entre a criança e seu pai biológico, visto que supostamente não haveria utilidade social alguma. Essas práticas levam ao surgimento de conflitos no mundo jurídico, sobretudo no que diz respeito ao Direito de Família e as relações de filiação.

Vale salientar que existem vários aspectos éticos a serem abordados a respeito da reprodução medicamente assistida heteróloga. As discussões envolvendo o anonimato do doador de gametas remetem a vários aspectos que devem ser analisados do ponto de vista ético. Como favoráveis à manutenção do anonimato, tem-se o fato da minimização da intervenção do terceiro indivíduo na relação conjugal, assim como a perspectiva de doadores disponíveis, que desapareceriam

---

<sup>131</sup> OLIVEIRA, Deborah C. Alvarez de. BORGES JR, Edson. *Reprodução Assistida: até onde podemos chegar?* São Paulo: Gaia, 2000. p.31.

<sup>132</sup> *Idem*, p.33.

<sup>133</sup> Resolução nº1.358/92, item IV,3: Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

com a inviabilização da técnica de inseminação artificial heteróloga, caso fosse abolido o anonimato.

Relacionado ao direito dos filhos ao conhecimento de sua ascendência biológica, as discussões progridem nas defesas do direito à identidade pessoal, enquanto outros reconhecem que esse direito não é absoluto, defendendo que a ruptura do anonimato é medida antiética e ofensiva para os envolvidos no ato de generosidade, benevolência e amor que antecedem este tipo de concepção.<sup>134</sup>

A manutenção do anonimato é considerada de suma importância no sentido de se evitarem complicações futuras nos aspectos, sobretudo, legais e psicológicos. É controverso o fato das crianças nascidas, através deste processo heterólogo, desconhecerem a sua origem genética, pois, ao tempo que alguns especialistas acreditam que o anonimato dos doadores permite que os pais exerçam uma maior influência de suas identidades sobre os filhos, outros afirmam que geraria uma incompleta percepção de sua identidade à criança, levando a graves repercussões psicológicas. As dúvidas a respeito do anonimato do doador persistem mesmo em países onde este não é obrigatório. Os próprios especialistas em reprodução humana divergem sobre o aconselhamento aos pais em revelar à criança a sua origem identificando o doador.

A ausência do anonimato, por sua vez, poderia criar situações constrangedoras ou anômalas, onde os doadores poderiam ser um dos filhos do casal estéril, elevando os riscos de problemas emocionais. Situações como complicações obstétricas, nascimento de crianças com incapacidades físicas ou mentais, morte da receptora ou do conceito, poderiam criar para os doadores problemas psicológicos como sentimento de culpa e perda.

Ocorre que o ato da doação de sêmen, de acordo com Camilo de Lélis Colani Barbosa, aparentemente simples, como se fosse um fato meramente altruístico, possui, contudo, efeitos jurídicos sérios, relativos à paternidade, derivados de

---

<sup>134</sup> ARCHER L. *Procriação Medicamente Assistida - evolução e pensamento ético de 1986 a 1999*. In: Nunes R, Melo H, editores. *Genética e reprodução humana*. Coimbra: Gráfica Coimbra Ltda.; 2000. p. 27-31.

aspectos contratuais inerentes e inexoráveis. Deve-se ressaltar que, muito embora as pessoas envolvidas nestes procedimentos tenham amplos conhecimentos das técnicas médicas, não têm muito claro para si que a ligação entre os sujeitos da relação se dá pela via contratual, gerando efeitos, inclusive, de responsabilidade civil.<sup>135</sup>

É fato que o filho advindo da inseminação artificial por sêmen de terceiro tenha dois pais, um biológico, doador do material genético, e outro socioafetivo, cônjuge da mãe, responsável pelo consentimento dado a esta, para a utilização da técnica reprodutiva. De qualquer forma, inicia-se a relação jurídica contratual entre o doador de sêmen e a instituição médica no momento em que aquele se dispõe a doar seu sêmen ao centro tecnológico.

Na discussão do anonimato do doador, o que se observa é um embate de direitos, ou seja, de um lado, o direito ao anonimato do doador, oriundo, ao que parece tão somente do contrato de doação de seu sêmen, firmado entre ele, doador, e a instituição médica que o coletou. De outro lado, o direito de a pessoa nascida desta técnica de fecundação artificial conhecer a sua identidade genética, ou até mesmo seu pai biológico; tal direito, ao que parece, deriva do direito à identidade, estando, inclusive, estabelecido em lei.<sup>136</sup>

Luiz Edson Fachin, ao analisar as modificações ocorridas no direito de família, mormente aquelas pertinentes à regra *pater is est*, asseverou com muita propriedade que:

A busca da verdadeira paternidade exige também que seja facilitada a via de contestação da presunção *pater is est*. Facilita-se o ataque a presunção *pater is est* ampliando-se o rol de legitimados ativos, como fez a reforma francesa, concedendo tal qualidade, além do marido da mãe, ao filho, à própria mãe, e ao terceiro que se diz pai biológico. Facilita-se também a contestatória com a adoção de prazos mais elásticos de propositura, e, ainda, propicia-se a busca da verdadeira paternidade substituindo-se o sistema de 'causas determinadas', no qual somente cabe produzir determinada prova previamente indicada em lei, como fez o Código Civil brasileiro, pelo princípio da liberdade de prova, como procederam as

---

<sup>135</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Aspectos Jurídicos da Doação de Sêmen*. Disponível em: <http://sanzia-bioetica.blogspot.com.br/2010/01/aspectos-juridicos-da-doacao-de-semen.html>. Acesso em 31.10.2013.

<sup>136</sup> *Idem*.

reformas portuguesa, francesa e belga. Em suma, a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ser declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional, em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na própria Constituição Federal.<sup>137</sup>

Neste diapasão, resta claro que existe um conflito entre normas de direitos fundamentais: o direito da pessoa saber sua origem em contraponto ao direito da privacidade. Daí questionar-se qual deve prevalecer. Impende apresentar, de forma preliminar, um conceito de princípio jurídico, a fim de que se compreenda a solução para tais conflitos, que de acordo com Robert Alexy: “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”.<sup>138</sup>

Norberto Bobbio assim professa:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulado: ma então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?<sup>139</sup>

Apresentada a conceituação de princípio, convém, pois, traçarmos aspectos distintivos entre as regras e os princípios, visto que ambos são espécies de normas jurídicas, como já visto, e comumente são confundidas, não sabendo o intérprete, ao certo, qual delas se apresenta no enunciado normativo.

Ronald Dworkin faz uma distinção entre regras e princípios:

<sup>137</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 138.

<sup>138</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

<sup>139</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. Unb, Brasília, 1996, p. 159.

A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo - ou - nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou é inválida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>140</sup>

Quando se verifica um conflito entre normas, este pode ocorrer entre normas ou entre princípios (neste caso, chama-se de colisão). Ensina Ronald Dworkin:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, de ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras que dão precedência à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra sustentada pelo princípio mais importante.<sup>141</sup>

E, no que tange à colisão de princípios, professa Robert Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.<sup>142</sup>

Assim, conclui-se que, a distinção entre princípios e regras está na esfera qualitativa, visto que aqueles são, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, ao passo que as regras seriam satisfeitas na modalidade ou tudo ou nada.

Esta distinção tem essencial relevo nas hipóteses de aparente antinomia. Destarte, deparando-se o aplicador do direito com eventual conflito entre regras, há de ser feita a análise a partir da subsunção do caso à hipótese normativa, considerando prevacente aquela de maior grau ou cuja especialidade ou posterioridade seja observada. No entanto, em se tratando de princípios em rota de colisão, adotar-se-á

<sup>140</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>142</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.



técnica diferenciada, optando-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade, evidenciado pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Mas, retornando à análise da reprodução assistida heteróloga, uma vez o procedimento autorizado pelo marido, este assume a paternidade daquele que irá nascer, descabendo, inclusive a pretensão de haver reconhecida a negatória de paternidade, conforme, se verifica, também, no Direito Comparado, em especial, no entendimento da Corte de Cassação Italiana que assim julgou “*o marido que tinha validamente concordado ou manifestado consentimento à fecundação heteróloga não tem ação para contestar a paternidade da criança nascida em decorrência de tal fecundação*”<sup>143</sup>.

Todavia, a lei não exige, para fins de reprodução assistida heteróloga a impossibilidade de procriação pelos veios naturais. A única exigência é tão somente, a prévia autorização marital. Assim é o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo, ao comentar:

A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psicológica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja “prévia”, razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal.<sup>144</sup>

A única possibilidade de se negar a paternidade em casos de fecundação assistida heteróloga, reside no fato de haver sido procedida sem a anuência do esposo, ou, ainda, se houver a doação anônima do sêmen para a fecundação em mulher solteira, estar-se-á criando mais um núcleo familiar lastreado na monoparentalidade.

Assim, a filiação assistida, na modalidade heteróloga, prevista no artigo 1.597, V, do Código Civil, corrobora a tese da socioafetividade, passando aquele que não é filho seu biológico a ser filho social, em face da autorização que é dada para tal procedimento, exteriorizando assim, a vontade de tomar como seu o filho de outrem, independentemente do motivo ensejador da referida autorização, inclusive tendo tal circunstância gerado a aprovação do Enunciado 104, do CJP/STJ, na I Jornada de

---

<sup>143</sup> POCAR, Valério; RONFANI, Paola. *La famiglia e Il diritto*. Roma: Laterza, 2001, p. 206-207.

<sup>144</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, vol. XVI, p. 53.

Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, ocorrida em Brasília, no mês de setembro de 2002.<sup>145</sup>

#### **4.2.5 Filiação decorrente do Reconhecimento Espontâneo Administrativo ou Judicial**

O reconhecimento espontâneo ou voluntário é aquele que se dá por vontade do genitor, na filiação havida fora do casamento, sendo regulada pela lei n° 8.560, de 29 de dezembro de 1992, e podendo ser realizado por cinco meios, quais sejam por registro civil; por testamento; por escritura pública; por documento particular ou ainda por declaração em juízo.<sup>146</sup>

Desta forma temos que o Registro Civil se dará quando o pai dirige-se ao cartório e registra o filho, por escritura pública lavrada por tabelião ou por instrumento particular, com firma reconhecida, sendo que nestes casos a eficácia do reconhecimento se dará mediante o consentimento do filho, caso seja capaz ou pelo responsável legal, ao tempo do reconhecimento nos casos de incapacidade.

Não obstante isso, ainda poderá haver o reconhecimento mediante testamento, como ato de última vontade, ainda que o reconhecimento seja incidental, a exemplo de o testador, expressar que sente afeto paternal ou estima o beneficiário como um filho. Destarte, a interpretação será sempre pelo reconhecimento da paternidade, e assim também ocorre quando existe a declaração judicial, em qualquer processo.

---

<sup>145</sup> Enunciado 104 CJP/STJ: “No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento”

<sup>146</sup> Lei n° 8.560/92: “Art. 1º 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 expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.”

Já o reconhecimento administrativo ocorrerá quando a mãe registra a criança e aponta o nome do pai, que é chamado pelo juiz e este reconhece o filho como seu, devendo a mãe assinar um termo, que é enviado ao Juiz-corregedor do Cartório. O juiz instaura um procedimento administrativo e notifica o suposto pai para comparecer em Juízo em 30 dias, desta forma, em o mesmo comparecendo em Juízo, ele poderá aceitar ou não reconhecer o filho. No caso de aceitar, o juiz faz um termo e manda reconhecer. Se o suposto pai não reconhece administrativamente ou não comparece em Juízo, o juiz manda os autos ao Ministério Público para que se promova uma ação de investigação de paternidade.

Por fim, no reconhecimento judicial, a mãe ou o Ministério Público ingressa com uma ação de investigação de paternidade, que segue o rito ordinário. No caso de a mãe ingressar, o Ministério Público funcionará como *custus legis*, e seguirá a tramitação normal do processo, sendo que, apesar de serem admitidas quaisquer tipos de prova, a pericial se vislumbra fundamental para se provar a paternidade.

#### 4.3 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Objetivando o reconhecimento perante a lei, menos na adoção legal onde já existe, é necessário que se instaure um procedimento, com vistas a verificar se estão presentes os requisitos, principalmente o tratamento, que possam caracterizar a filiação socioafetiva.

Assim, há de se entender que as famílias, atualmente, estão sendo reconhecidas como principal elemento para o bom desenvolvimento da pessoa, e assim, desta forma, a investigação de paternidade teve o seu conceito estendido também para se verificar o reconhecimento do estado de filiação, onde se torna possível investigar não apenas a paternidade, propriamente dita, mas também, a maternidade, levando-se em consideração, agora, a característica afetiva.

Embora no ordenamento jurídico nacional não exista uma previsão específica sobre qual o nome desse tipo de ação, bem como suas especificidades, a doutrina, a

exemplo de Jédison Maidana, tem proposto que o nome da ação seja Investigação de Paternidade Socioafetiva, sendo, contudo, o nome, apenas uma filigrana jurídica, posto que, “independente do nome dado a ação, se permitirá a sua apreciação pelo Judiciário, por força também do artigo 126 do CPC.”<sup>147</sup>

**CPC. Art. 126.** O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973).

No relativo aos meios de provas, não de ser admitidos *todos os meios juridicamente permitidos e moralmente aceitos*, tendo especial destaque a prova testemunhal, sem, todavia, invalidar a importância das provas documentais, que em situações específicas podem ser de extrema relevância, como depreende-se da lição de Jédison Maidana:

Muitas vezes a comprovação da posse do estado de filho pode ser feita também através de documentos, em que o pretense filho representa seu pai (e vice-versa) em contratos [...]. Muitas vezes essas provas são gravadas acidentalmente, como boletim escolar visado pelo pretense pai, pela representação ou assistência de documentos públicos ou privados de compra e venda, enfim, por uma série de fatos da vida que, acidentalmente documentados, servem para fundamentar o pedido e dar maior credibilidade à prova testemunhal.<sup>148</sup>

Portanto, na Ação de Investigação de Paternidade Socioafetiva, o que se busca, mais do que nunca, a aferir, *a verdade real*, não devendo as partes e/ou a justiça poupar esforços para a execução desse desiderato. E, para deixar mais claro essa busca da verdade real, vale trazer à baila a decisão sobre o filho da cantora Cássia Eller, falecida em 29.12.2001, que teve sua guarda deferida à companheira homossexual da artista, a despeito do vínculo genético dos avós maternos, que também pretendiam a sua guarda.

O conceito de paternidade deixou de ser limitado àquele que gera o filho, doando a sua carga genética, para se consolidar numa amplitude maior, qual seja a

---

<sup>147</sup> MAIDANA, Jédison Daltrozo. *O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A filiação e a Revolução da Genética*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 24, jun/jul, 2004, p. 75-76.

<sup>148</sup> *Idem*, p. 77.

compreensão do parentesco psicológico e afetivo, numa flagrante prevalência sobre a realidade biológica e a verdade legal ou jurídica.

Destarte, definir a paternidade ou maternidade socioafetiva, é, efetivamente, entender a autenticidade primordial desse reconhecimento àquele que age, realisticamente, como pai ou mãe, garantindo a educação e bem estar do filho, assegurando sua sobrevivência e garantindo sua proteção, sendo que, não raro, se verifica tal comportamento naquelas pessoas que não possuem o vínculo genético, que nas palavras de Silvana Carbonera “a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético”<sup>149</sup>.

#### 4.4 DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Poderá haver situações onde um filho socioafetivo, deseje por motivos pessoais (que devem ser respeitados), saber qual a sua ascendência genética. Também poderá ocorrer que em decorrência de uma enfermidade, o filho queira saber quem é seu genitor, para que com isso possa pedir auxílio para a cura (como por exemplo, um transplante de órgãos).

Em tais situações, e outras que possam existir, deve-se conferir o direito ao filho de saber sobre sua identidade genética, embora esse reconhecimento não tenha o poder de alterar a filiação socioafetiva.

A filiação socioafetiva não deve sofrer restrições, pois de interesse para toda a sociedade, tendo reflexos no âmbito pessoal e patrimonial, garantindo ao seu titular (filho socioafetivo) todos os direitos sucessórios e pessoais decorrentes da relação familiar, inclusive com respaldo legal, no artigo 27, do ECA.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> CARBONERA, Silvana Maria. *O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família*. In: FACHIN, Luis Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 304.

<sup>150</sup> ECA: “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Já o direito a identidade genética, é apenas um direito pessoal, não operando mudança na filiação perante a sociedade, bem como não gerando direitos patrimoniais. Dito de outra forma, a pessoa que desejar o reconhecimento da sua identidade genética, não poderá, em nenhuma hipótese, desconstituir a filiação socioafetiva, nem exigir direitos patrimoniais de seu ascendente biológico.

Deste modo, ainda que esteja assegurado ao filho o direito de conhecer o seu histórico biológico, há de se verificar que todos os efeitos de natureza patrimonial, civil e registral correrão sempre vinculados à socioafetividade, posto que este é o que se apresenta de forma fática e, por conseguinte de direito, constituindo assim, numa via de mão dupla, a relação do estado de pai, diante do estado de filho estabelecido pelo afeto.

## 5 A SOCIOAFETIVIDADE E SUAS GARANTIAS

A relação filial embasada na socioafetividade visa a constituição de um vínculo entre pais e filhos que vai além do liame genético, ou além daquele que a lei estabelece de forma presuntiva. Destarte, constituir o vínculo socioafetivo é comprovar e demonstrar que tal filiação se dá através do amor, carinho e afeto dispensados entre pai / mãe e filho, com reconhecimento social, lastreado nos princípios da ampla proteção da criança e do adolescente, do melhor interesse do menor, da dignidade da pessoa humana, e do princípio da afetividade.

O Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente encontra-se previsto no artigo 227, *caput*, da CRFB/88, bem como no artigo 3º da Lei nº 8.069/90 (ECA). Ademais, o artigo 6º do mesmo Estatuto, esclarece que na interpretação desta lei deverá ser levada em conta, dentre outras coisas, a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Assim, a este princípio foi dado o *status* de prioridade absoluta, o que ocasionou o surgimento de vários meios de proteção para tal garantia constitucional. Nesse sentido, sábias são as palavras de Eliane Araque Santos:

Crianças e adolescentes são sujeitos especiais porque pessoas em desenvolvimento. O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como expresso no art. 227, da Constituição Federal, implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento.<sup>151</sup>

Ocorre que apesar de o texto constitucional fazer menção ao Estado, à família e à sociedade, é preciso ter em mente que o ente estatal é o maior responsável pela proteção integral da criança e do adolescente, de maneira que cabe principalmente a ele promover, constantemente, a execução de políticas públicas eficazes, capazes de propiciar o pleno desenvolvimento dessa parcela vulnerável da população.

---

<sup>151</sup> SANTOS, Eliane Araque. *Criança e adolescente: sujeitos de direitos*. Disponível em: <http://www.ibict.br/revistainclusaosocial/include/getdoc.php?id=303&303article=57&mode=pdf>, p. 130. Acesso em 03.05.2013.

Por conseguinte, não se pode olvidar que foi com o surgimento do Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente que se consolidou uma nova maneira, mais justa e eficaz, de se conferir proteção à criança e ao adolescente, posto que se verificou a circunstância especial por eles vivenciada, pois são pessoas em desenvolvimento, ao tempo em que se percebeu que somente com o apoio e incentivo permanentes da família, da sociedade e, especialmente, do Poder Público é que tal princípio poderá ser realmente efetivado.

No que tange ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, este também se encontra previsto na CRFB/88, em seu artigo 227, *caput*, e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º<sup>152</sup>, *caput*, e 5º<sup>153</sup>.

O parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e Adolescente especifica, de forma exemplificativa, quais são as políticas públicas que podem ser efetivadas, no intuito de alcançar a garantia constitucional da absoluta prioridade dos menores, enquanto o artigo 6º<sup>154</sup> classifica a criança e o adolescente como sendo pessoas em desenvolvimento, que têm garantido, de forma absolutamente prioritária, o seu melhor interesse.

Ressalte-se que desde o ano de 1959 tal princípio já se encontrava previsto na Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU, que, em suma, determinava que todas as ações relativas às crianças deviam considerar, em especial, o interesse maior da criança.

---

<sup>152</sup> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

<sup>153</sup> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

<sup>154</sup> Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.



Destarte, percebe-se que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente possui *status* de direito fundamental, e, assim sendo, deve ser necessariamente observado pela sociedade como um todo, incluindo-se aí o Estado, os pais, a família, os magistrados, os professores, enfim, as pessoas em geral.

Atualmente, os operadores do direito, ao tratar da filiação, têm que dar valor ao interesse do menor, devendo observar o que realmente é o melhor para a criança e/ou adolescente, de modo a favorecer sua realização pessoal, independentemente da relação biológica que tenha com seus pais, pois muitas vezes eles encontram-se ligados apenas pelo parentesco consanguíneo, não existindo entre os mesmos qualquer tipo de ligação afetiva capaz de uni-los verdadeiramente como pais e filhos.

Ademais, assevera-se que o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, de maior abrangência, além de ter confirmado a existência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como critério interpretativo, evidenciou sua natureza eminentemente constitucional, considerando-o como uma cláusula universal que se revela por meio dos direitos fundamentais da criança e do adolescente contidos na Constituição.

Vale salientar, por oportuno, que o princípio do melhor interesse do menor passou a incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro, de forma definitiva, através do Decreto Executivo nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, que ratificou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, que em seu artigo 3.1 assim dispõe: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

E, não obstante a existência do princípio do melhor interesse do menor há de se levar, também, em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, na análise da socioafetividade, ainda que o afeto não conste expressamente no texto constitucional. Destarte, as relações familiares regidas pela afetividade, possuem

fundamentos, inclusive jurídicos, além dos acima indicados, a exemplo do princípio da igualdade, expressamente, disposto nos artigos 226 e 227 da CRFB/88.

Ademais, deve-se levar em conta que a família se insere no âmbito da juridicidade por ser ancorada no vínculo afetivo, tem por intuito unir pessoas que tenham o mesmo projeto de vida, de modo que se deve constitucionalmente interpretar a afetividade como um princípio implícito decorrente da dignidade da pessoa humana e da liberdade de orientação sexual, uma vez que a família hoje não tem seu alicerce na dependência econômica.

Neste sentido, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti descreve que o afeto é elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantido pela Constituição. A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo jus ao status de família.<sup>155</sup>

A família é uma construção social formada por meio de regras sociais, jurídicas e culturais, que a transformou em base da sociedade sabendo-se que o amor é o elemento de ligação entre as pessoas, de forma pública, contínua e duradoura, firmado por laços de afeto.

É a presença de um vínculo familiar baseado na afetividade, que gera uma entidade familiar merecedora de abrigo pelo Direito de Família, tornando-se um instituto, previsto no artigo 226 da Constituição de 1988, que consagra a regra geral de inclusão de qualquer entidade que preencha os requisitos essenciais, quais sejam, a afetividade, a estabilidade e a ostensividade. Sendo, portanto, entidade familiar merecedora de tutela e proteção do Estado, haja vista ter tal entidade vínculo afetivo.

Ora, a Carta Magna, deixa claro que inexistem diferenças em relação aos filhos, sejam eles havidos de uma relação matrimonial ou não, de modo a não mais se

---

<sup>155</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 223.

aceitar, tão somente, o critério da biologicidade da filiação. Assim, com a desbiologização da paternidade, resta claro que nas constituições das entidades familiares, a relação primordial é, efetivamente, a do afeto.

### 5.1 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COMO NOVO PARADIGMA

Tradicionalmente, a filiação no ordenamento brasileiro, se consubstancia no parâmetro da biologia. Mas, apesar de estar pautado na verdade biológica, a história comprova, que mesmo estes filhos tiveram revezes na sua aceitação social, caso não fossem havidos na constância do matrimônio. Todavia, diante à necessidade de adequação aos clamores sociais, que não mais acolham a discriminação entre os filhos legítimos e ilegítimos, a ordem jurídica se pautou no biologismo para conferir os direitos filiais. Assim, nos dizeres de Diogo Leite de Campos:

O regime do estabelecimento da maternidade e da paternidade assenta no respeito da “verdade” biológica da filiação. A lei quer que os pais “jurídicos” sejam os pais naturais. A mãe será aquela de cujo ventre o filho nasceu; o pai será aquele cujo espermatozoide fecundou o óvulo.<sup>156</sup>

Mas, não obstante isso, e como é de se esperar, a dinâmica social e cultural do mundo, criou novas ordens jurídicas, que colocaram em xeque o critério biológico de constituição da filiação, ou seja, o mundo jurídico começou a visualizar a existência de um novo fundamento vinculado à filiação, qual seja a socioafetividade, que já se encontrava totalmente arraigada no instituto da adoção.

Daí se tem que a maternidade e a paternidade não poderiam mais ser concebidas com base única e exclusivamente na genética. Está claro, pois, que o vínculo parental, além da biológica, é também constituído com lastro no afeto, de modo que as funções paternas ou maternas vão mais além do que os laços genéticos.

A nova ordem define que a filiação é criada através de laços afetivos reciprocamente trocados com a criança ou adolescente, no desempenho do poder familiar. Destarte,

---

<sup>156</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 321.

o desvelo dispensado sobre a filiação adotiva tinha o mesmo valor que o da filiação natural, e este entendimento foi ratificado com o advento da CRFB/88 e a regulamentação das relações familiares, pautadas nos princípios constantes dos seus artigos 226 e 227.

A verdade biológica prevalece no sentido de se comprovar a descendência genética ou, ainda, para trazer à responsabilidade aquele que gerou o filho de modo imprudente. Entretanto, não se prevalece mais esse critério, em especial, quando se vislumbra a verdade afetiva, pela qual se configura o efetivo cumprimento dos direitos e deveres oriundos da paternidade. E neste sentido impende salientar as palavras de João Baptista Villela quando diz: “Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea”<sup>157</sup>.

Ora, de fato, com a retirada dos laços biológicos como sendo o único capaz de indicar a formação de um núcleo familiar, temos, cabalmente, a aceitação de que as famílias podem ser originadas, através de pluralidade de organizações, e neste diapasão, mister se faz reconhecer o liame afetivo, como sendo o principal na gênese das famílias, sejam elas derivadas do matrimônio, das uniões estáveis, homoafetivas, de natureza monoparental ou eudemonista.

Não se vislumbra, todavia, que se está a dizer acerca de uma mera remodelagem do Direito de Família, ou, ainda, apenas a criação de um novo modelo paterno-filial. Em verdade, o que se verifica, é a reconstrução das bases da família, antes limitada pura e simplesmente no casamento, sem levar em conta as inúmeras possibilidades e constatações sociais de núcleos familiares constituídos com base no afeto. E, assim, com o descortinamento desta nova realidade sociofamiliar, torna-se imprescindível que o Direito esteja adequado às novas relações jurídicas, a fim de tutelar e dar segurança jurídica a tais situações de fato, conferindo tratamentos justos e igualitários, garantindo a paz social.

---

<sup>157</sup> VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Separata da Revista da Faculdade de direito da Universidade de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, maio/1979, p. 402.

Destarte, o que se questiona, é sobre como se conferir valor jurídico ao sentimento de afeto, com o escopo de solucionar possíveis discussões que se vinculam às relações derivadas da socioafetividade. Ocorre que, face aos princípios constitucionalmente garantidos, tornam-se mais transparente as possibilidades, no analisar dos fundamentos encerrados nos artigos 226 e 227, ambos da Carta Magna.

Paulo Luiz Netto Lôbo, afirma que na Constituição de 1988, encontram-se três fundamentos essenciais para a consolidação da afetividade como princípio garantidor de direitos familiares, conforme se verifica no conceito mais amplo de família, disposto no artigo 226, § 4º, que corrobora a desbiologização da filiação, bem como se vislumbra no tratamento igualitário entre todos os filhos, qualquer que seja a sua origem (artigo 227, § 6º), seguido pela igualdade dos filhos adquiridos mediante adoção (artigo 227, §§ 5º e 6º).<sup>158</sup>

Assim, temos que o afeto é primordial, possuindo um caráter mais contundente em face das questões patrimoniais que sempre cercaram os paradigmas tradicionais de família. Os sentimentos de amor, companheirismo, solidariedade são marcantes na constituição deste novo modelo de filiação. E como saudável inovação legislativa houve a inserção do elemento afetividade no artigo 1.584<sup>159</sup>, parágrafo único do Código Civil.

Neste diapasão, as Cortes pátrias já reconhecem a socioafetividade como elemento caracterizador das relações paterno-filiais<sup>160</sup>, em detrimento da verdade considerada

<sup>158</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 3-4.

<sup>159</sup> CC/02: "Art. 1584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único – Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica." [Grifou-se].

<sup>160</sup> Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 0108417-9, de Curitiba, 2ª Vara de Família. DJ 04/02/2002, Relator Accácio Cambi: "NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ADOÇÃO À BRASILEIRA - CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA - TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROCEDÊNCIA - DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva,

biológica, haja vista que desconstituir um vínculo baseado na afetividade, criado por anos a fio de dedicação, amor, carinho, desvelo e confiança recíprocas entre as pessoas, seria violar o princípio da dignidade da pessoa humana, e extirpar de modo violento a história de vida da pessoa, de modo a fazê-la perder toda a sua identidade social.

Verifica-se, pois, que a consanguinidade, passa a ser o critério secundário na constituição dos vínculos paterno-filiais. Ressalte-se que o mesmo não se encontra excluído, todavia, não é mais considerado como o primordial na configuração das filiações. Desta forma, temos que a forma de se apresentar na sociedade, através de um comportamento companheiro e amoroso, no qual alguém se doa totalmente a outrem, torna-se, efetivamente, o lastro do reconhecimento familiar, que não pode ser considerado, tão somente, com base na genética, inclusive, como se infere dos dizeres de João Baptista Villela: “a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen”.<sup>161</sup>

Desta forma, os Tribunais, vêm analisando, nos casos concretos, se existe ou não a socioafetividade entre os membros da família, a fim de se caracterizar, efetivamente, o núcleo familiar, haja vista os vínculos afetivos serem “mais estreitos e mais sólidos que aqueles feitos com papel”, conforme entende Sérgio Barradas Carneiro.<sup>162</sup>

Com a promulgação da CRFB/88 passaram a existir tantos núcleos familiares quantos sejam possíveis de se estabelecer como grupo que tenham o interesse precípua de cuidar e preservar seus membros, lastreando-se nos sentimentos de

---

decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado”.

<sup>161</sup> VILLELA, João Baptista. *Família Hoje*. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 85.

<sup>162</sup> CARNEIRO, Sérgio Barradas. *Os efeitos do afeto elevados a valor jurídico*. Disponível em <http://www.sergiojbc.com.br/artigos/livro-sbc.pdf>, p. 15. Acesso em 13.04.2013.

afeto, amor, carinho e dedicação, com o escopo de ser uma família, e não o de se estar em uma família.

Assim, resta comprovado, à sociedade, que o sentimento afetivo transformou-se, efetivamente, na base de formação familiar, de modo que se apresenta em inúmeros grupos familiares, permitindo, assim que as pessoas alocadas nestes núcleos tenham uma referência social e uma identidade familiar, solidificando, destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta esteira de entendimento, confirma-se que os grupos modernos de família, também, se descortinam em comunidades igualitárias, tanto interna quanto externamente, estando de acordo com a nova realidade social, que cada dia mais se liberta das amarras dos preconceitos e desigualdades, fomentando, deste modo, o sentimento mais nobre inerente ao ser humano que é o amor.

Há de se observar, ainda, que modificando o paradigma de família, conseqüentemente, mudanças ocorrem no instituto da filiação. Note-se que o artigo 27 do ECA, confere caráter de direito personalíssimo à filiação e assim a mesma deverá ser sempre analisada. Tal característica, confirma o entendimento de que a identidade social da pessoa é gerada no seio de sua família.

Destarte, quando das relações familiares surge a filiação, não se leva em consideração, conforme dito alhures, apenas o vínculo genético, posto que o processo de desbiologização experimentado pela filiação moderna, dá, especial ênfase, ao liame que se forma diuturnamente, exteriorizando os sentimentos mais bonitos das pessoas, que se consubstanciam no companheirismo, afeto, carinho, amizade, amor e a vontade de estar sempre junto, desejando sempre o bem-estar uns dos outros.

Jacques Lacan, em análise dos efeitos da família no psicológico das pessoas, reforça o entendimento de deverá sempre existir um vínculo entre o afeto e o que representa o grupo familiar ao indivíduo, como forma de desenvolvimento de sua identidade social.

Se com efeito, a família humana nos permite observar, nas fases mais primitivas das funções maternas, por exemplo, alguns traços de comportamento instintivo, identificáveis aos da família biológica, basta pensarmos no que o sentimento de paternidade deve aos postulados espirituais que marcaram seu desenvolvimento, para compreendermos que nesse domínio as instâncias culturais dominam as naturais, ao ponto de não se poderem considerar paradoxais os casos em que umas substituem as outras, como na adoção.<sup>163</sup>

Diante disto, há de se confirmar, portanto, que se retira do cenário social a figura da existência do filho, assim considerado, pelo vínculo consanguíneo, para se aceitar a ideia de que o filho o é porque foi desejado pelos seus pais, independentemente de haver sido concebido dentro do matrimônio, ou se foi aceito mediante adoção ou ainda como filho de criação. Nessa esteira de entendimento, vale consignar o pensamento de Joel Dör:

A filiação, do ponto de vista de suas incidências próprias, é prevalente sobre a paternidade real"; a função do pai é, portanto, aberta a todo "agente", podendo até ser distinta da pessoa do genitor, demonstrando "o quanto a entidade paterna depende da representação simbólica."<sup>164</sup>

Destarte, pode-se afirmar, categoricamente, que a socioafetividade é hoje o verdadeiro parâmetro da parentalidade. Todavia, a filiação afetiva sofreu um revés, em razão da evolução dos métodos científicos de comprovação da gênese genética da pessoa, em especial, os exames laboratoriais de DNA, que garantem, quase que 100% (cem por cento) de acerto da paternidade.

## 5.2 CRITÉRIO SOCIOAFETIVO X CRITÉRIO BIOLÓGICO

O critério biológico para se determinar a relação paterno-filial é aquele que se deriva da consanguinidade, ou seja, com base no material genético que uma pessoa transfere a outra – seu descendente. Essa verdade biológica, em determinado momento tem uma força muito grande, em especial, pelo fato de se poder, a qualquer tempo, descobrir a verdadeira identidade genética da pessoa.

<sup>163</sup> LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987 p. 13.

<sup>164</sup> DÖR, Joel. *O pai e sua função em Psicanálise*. Tradução: Dulce Duque Estrada. Revisão técnica: Marco Antônio Coutinho Jorge. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 15.



Todavia, é óbvio que não se pode, pura e simplesmente, aplicar o conceito biológico nas relações filiais, sob pena de se estar cometendo uma devassa na vida das pessoas, criadas por laços estritamente afetivos, e que desconheciam a sua verdadeira descendência. Assim, os ideais de serem criados mecanismos para juridicizar a afetividade e desbiologizar a paternidade, passaram a ter menos espaço doutrinário e jurisprudencial ante a prova técnica de perícia do material genético.

Confirma tal entendimento os ensinamentos de Márcio Antônio Boscaro, ao determinar que: "os progressos da medicina permitem que, com a realização dos exames de DNA, chegue-se a uma conclusão absolutamente segura acerca da paternidade de alguém"<sup>165</sup>, bem como, também leciona Zeno Veloso, ao afirmar que a: "utilização desse marcador genético como meio de prova, analisando-se a estrutura genética dos supostos pai e filho, obtendo-se respostas definitivas sobre a alegada relação de parentesco, revolucionou o tema"<sup>166</sup>.

Não obstante a contundência dos testes de DNA, no auxílio da descoberta do pai biológico de uma pessoa, reaceitar a verdade biológica como o primordial critério de vínculo filial, seria um enorme retrocesso sociocultural. Assim, não se pode afastar-se da ideia de que pai é o que cria e educa, mas nem sempre, é o mesmo que gera.

Nessa esteira de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, auxiliou em aumentar a polêmica ao sumular o postulado n° 301, em sua jurisprudência, acerca da presunção de paternidade caso o investigado não contribuisse com a entrega do material genético para análise.<sup>167</sup>

Ocorre que, atualmente, após o entusiasmo da aplicabilidade dos testes de DNA, os critérios de confirmação das filiações encontraram o seu ponto de equilíbrio, voltando à verdade socioafetiva a ser fortalecida, haja vista que, mesmo se comprovando a verdade genética da pessoa, os sentimentos que a rodeiam e que

---

<sup>165</sup> BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 83.

<sup>166</sup> VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 109.

<sup>167</sup> STJ: Súmula 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

Ihe foram dispensados jamais deixarão de ser a marca indelével de sua família e que lhe acompanhará por toda a vida, consubstanciando em seus princípios morais que serão transmitidos à sua descendência que pode, também, ser ou não biológica.

Corroborando esse entendimento, Gustavo Tepedino ensina que a origem biológica da pessoa deve ser procurada sempre quando o princípio do melhor interesse do menor for crucial, e esta busca deve ser abandonada se não for trazer benefícios ao filho<sup>168</sup>. Destarte, tem-se que, ainda que pese a precisão do exame genético, o mesmo deve ser considerado como um mecanismo auxiliar para confirmar o parentesco, e não um elemento extintor das relações firmadas na afetividade.

Em âmbito processual, mais especificamente falando de ações voltadas ao reconhecimento ou negatória de paternidade, os testes de DNA, passaram a ser o elemento probante mais eficaz para tais misteres, seja para se declarar ou não a existência do vínculo paterno-filial, de modo que os magistrados se tornaram em reais confirmadores dos laudos laboratoriais, sempre que homologam os mesmos.

Em verdade, ainda que estas ações de estado tenham natureza jurídica declaratória, é de bom alvitre suscitar que, efetivamente, se trata de ações constitutivas, sem querer adentrar nas análises teórica e hermenêutica das naturezas jurídicas das referidas ações. Neste sentido, vale consignar, por oportuno as palavras de Antônio Carlos Fontes Cintra:

Veja que ao utilizar a palavra “constituir” e “desconstituir” faço propositalmente. Apesar das conhecidas ações de paternidade serem chamadas de “declaratórias”, penso que aí já se inicia o problema, que está longe de ser simplesmente jurídico e deve ser pensado aos olhos da psicologia e da filosofia, pois alcançam as estruturas básicas de nossa sociedade, qual seja a família e a estrutura emocional destas crianças que são o futuro da nação. Sendo estas últimas o objeto do processo, passam a ser vistas por uma ótica tipicamente “alfandegárias”, perscrutando sua origem, decidindo sua destinação e conferindo os documentos que a qualificam.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Temas de direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 474.

<sup>169</sup> CINTRA, Antônio Carlos Fontes. *Socioafetividade X Consanguinidade*. Disponível em <http://www.defensoria.df.gov.br/sites/300/380/00000332.pdf>, p.1. Acesso em 29.03.2013.

Destarte, é de crucial importância se ater ao fato de que discutir a prevalência da genética sobre a afetividade, mormente quando este vínculo já se encontra criado, é revolver toda a história de vida de uma família ou decidir sobre a vida de uma pessoa que se desenvolve, haja vista a retroatividade dos efeitos jurídicos, consequência própria das ações declaratórias.

E não é algo impossível ou difícil de ocorrer, quando se vislumbra a hipótese de uma pessoa que tenha sido criada e educada por uma família, por anos a fio, recebendo o amor, carinho, atenção e com o orgulho de se sentir filho daqueles que se desvelaram a isso, e em um determinado momento, é surpreendido com uma decisão judicial, lastreada em um laudo pericial de DNA, que confirma que sua paternidade não é aquela tão amada e propalada, mas sim um estranho em sua vida. Resta claro, que esta pessoa se abalará emocionalmente, posto que sua vida encontrava-se embasada em uma mentira biológica.

Claro que o mais correto e aceito é informar, logo que a pessoa tenha capacidade de compreensão, a sua história de vida, mas não se vislumbra socialmente aceito a possibilidade de alguém ser retirado do seu mundo familiar ou da verdade em que fora criada em um arroubo decorrente de um laudo genético, sem antes tomar prévio conhecimento da sua história.

Obviamente, não se está com isso, acobertar os vícios de certos e determinados atos jurídicos. O crime deve ser coibido, efetivamente, todavia, há de se levar em consideração, no que tange à verdade filial, todo o arcabouço que delineia em torno do caso concreto. Bastando para isso, recordar o caso Pedrinho e Vilma. Este, se configura, em uma situação onde se deve prevalecer a verdade biológica, posto que a criança foi subtraída de forma violenta, por mais que ao longo dos seus 16 (dezesesseis) anos tenha sido criado com amor e carinho. Todavia, em inúmeros outros casos em onde uma pessoa toma para si a paternidade ou maternidade de outrem, ainda que de forma antijurídica, mas sem prejuízos de terceiros, ou o faz de forma voluntária, e cria como se filho seu fosse por toda a vida, mesmo que sem laços consanguíneos, resta sobejamente claro que a prevalência deve ser o da verdade afetiva.

É inadmissível que tais fatores sejam relegados em segundo plano, quando do julgamento do fato. Destarte, o Juiz deve analisar todo o histórico familiar afetivo, bem como as condições em que surgiram a situação jurídica, além do relacionamento dispensado entre pai e filho, na tentativa de buscar, realmente a harmonia social, a segurança jurídica e a paz familiar, sobremaneira, face ao quanto insculpido no artigo 226 da CRFB/88, que determina que a família é a base da sociedade e que deve ter especial proteção do Estado, sem ressalvas, também, do quanto disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao versar em seu artigo 5º sobre a função social do Juiz.<sup>170</sup>

### 5.3 CRITÉRIO AFETIVO X CRITÉRIO JURÍDICO

O Código Civil de 1916, no afã de proteger os institutos da família e do matrimônio, estabeleceu em suas disposições a figura da presunção *pater is est*, de onde se inferia que da existência do vínculo do casamento do homem com a mãe da criança, atribuía a este, *pleno jure*, a paternidade. E assim, o critério jurídico da filiação vê-se num patamar superior, quase absoluto, que suplantava a busca da verdadeira filiação.

Ocorre que, se vislumbrou, com o avanço da ciência, em especial a utilização do exame de DNA para se verificar a paternidade, que a verdade biológica devia ser buscada, mas sem deixar à margem a verdade jurídica, que presumia o vínculo de filiação conforme disposto no diploma civil. Assim, tornou-se premente a necessidade de correlacionar as verdades jurídica e biológica, mas, embasando-se no princípio da igualdade entre os filhos, a opção dos julgadores tendeu para o lado da verdade biológica, haja vista, a admissão de que o filho pode ter reconhecida, a qualquer tempo, a sua real filiação, mediante ação de investigação de paternidade.

Assim, criava-se uma situação jurídica bastante peculiar, qual seja, na confirmação ou não da filiação biológica, o assentamento de nascimento do investigante era

---

<sup>170</sup> LINDB: “Art. 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

cancelado, posto que encontrava-se eivado de uma nulidade, por ser portador de informações falsas, e o pai que registrou era excluído da vida do presuntivo filho. Assim, caso fosse, efetivamente, cancelado o registro a presunção deixava de existir e a verdade jurídica caía por terra, dando azo à busca ferrenha da verdade genética.

Todavia, laços sentimentais não se dissolvem assim, tão facilmente, como se fossem um erro escrito que se passa uma borracha por cima e reescreve corretamente. A filiação afetiva toma corpo e ganha espaço no cenário jurídico familiar, mais especificamente, na verificação da existência da posse do estado de filiação.

Vale consignar, por oportuno, o entendimento de Luiz Edson Fachin, ao ensinar que àqueles que aceitam o estabelecimento da paternidade pelo vínculo socioafetivo, não admitem que seja a filiação determinada apenas com informações de ordem genética, posto que a relação entre pais e filhos deve ser concreta e recíproca, não sendo crível que surja de uma sentença declaratória de reconhecimento, haja vista os sentimentos de afeto entre pais e filhos, ainda que biológicos, nascem da convivência estabelecida entre eles.<sup>171</sup>

Verificando-se a existência da posse do estado de filho, tem-se que a presunção *pater is est* ora encontra-se mais aplicável, ora não. Vejamos, terá aplicabilidade, quando se confirma a desvinculação biológica, posto que o magistrado, no escopo de proteger aquele que registrou e cuidou do filho como seu, impede que este filho alcance o reconhecimento genético de sua filiação. Entretanto, a presunção da paternidade não se aplica, quando inexistente a posse do estado de filiação, a fim de que seja, efetivamente, buscada a verdade genética.

Destarte, temos que a paternidade socioafetiva, é profundamente analisada a cada caso concreto, a fim de que o vínculo paterno-filial não sofra solução de continuidade, mantendo assim a paternidade registraria ou se confirme e estabeleça a paternidade biológica, via ação de reconhecimento. Embora, deva se observar, ainda, que mesmo sendo positivo o exame de DNA, por se tratar de elemento

---

<sup>171</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 130.

probante, o juiz não se encontra obrigado ao mesmo, podendo decidir, com base no princípio do livre convencimento do juiz – artigo 131, do Código de Processo Civil<sup>172</sup> – que, realmente é o pai da pessoa, ou aquele que forneceu o material genético ou aquele que forneceu os sentimentos.

#### 5.4 A PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO AFETIVO

Conforme demonstrado, à sociedade, o critério de filiação socioafetiva é aquele que, atualmente, encontra um respaldo jurídico e social mais aceitável do que os critérios de filiação jurídica e biológica. Valendo ressaltar, por oportuno, que todos estes ainda persistem no ordenamento jurídico e sua aplicabilidade, deverá ser analisada caso a caso. Assim, temos que a socioafetividade possui um embasamento jurídico de ordem constitucional, não obstante o disposto no artigo 1.593<sup>173</sup>, do diploma civil, que prevê que o parentesco se dará por laços consanguíneos ou de outra origem.

Esse é o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo, ao asseverar que a ordem jurídica brasileira fez uma opção pela socioafetividade, de modo que a própria verdade biológica estaria legitimada e consolidada pela na presença do afeto, quando "o filho biológico é também adotado pelos pais, no cotidiano de suas vidas".<sup>174</sup> E, nos dizeres de Maria Berenice Dias, o vínculo de parentesco psicológico "prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal".<sup>175</sup>

Ora, não há que olvidar-se de que o critério da socioafetividade não teve um trajeto simples e sem obstáculos, posto que na escala evolutiva das verdades filiais, em momento histórico primeiro, dava-se mais vazão ao critério jurídico, lastreado na presunção *pater is est*, com o objetivo precípua de se manter a ordem e a paz sócio-

---

<sup>172</sup> CPC: "Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

<sup>173</sup> CC: "Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem."

<sup>174</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, vol. XVI, p. 144.

<sup>175</sup> DIAS, Maria Berenice. *Investigando a parentalidade*. Revista do CEJ, Brasília, n. 27, p. 64-68, out./dez. 2004 p. 66.

familiar, mas o mesmo foi se revertendo, para o critério biológico e, em nenhum momento excluía a verdade jurídica.

O paradigma da biologicidade era quase que exclusivo, salvo nos casos de adoção, cuja filiação estabelecida era legal, mas que, ainda assim, colocava o filho adotivo, antes das mudanças na lei, em um patamar inferior ao filho legítimo, o que sucumbiu ante as reformas no Direito de Família, que deixaram paripasso os critérios biológico e afetivo. Sendo que, hodiernamente, já com um supedâneo constitucional e garantidor da filiação, qualquer que seja ela, verifica-se a predominância da socioafetividade, principalmente por força dos princípios do melhor interesse da criança, da liberdade da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, tem-se que não se pode confundir mais as pessoas do pai e do genitor, sendo que não raro isto acontece, posto que ainda que a pessoa seja a geradora pode e deve ser também aquela que se preocupa em conferir amor, carinho, confiança e zelo. Embora, o outro lado, de igual forma ocorra, ou seja, aquele que gera, não é o que cria. Destarte, a predominância deve ser do vínculo constituído com base na convivência diuturna e sentimental, sendo, pois, crucial se distinguir o direito ao pai e o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com ele inconfundível, no entendimento de Giselda Hironaka.<sup>176</sup>

Ora, resta claro que toda pessoa tem direito a ter reconhecido o seu estado de filiação, principalmente, por que esta situação é, efetivamente, um direito personalíssimo e como tal deve ser analisado e tutelado. Assim, a estipulação do estado filial, se dá pela afetividade, podendo, entretanto, ser constituída a paternidade por laços de gênese biológica.

Todavia, quando se verifica a hipótese de pré-constituição de paternidade socioafetiva, que pode ocorrer por presunção ou por ato voluntário, existirá, efetivamente, a possibilidade de se investigar a ordem biológica, onde se reivindicará, tão somente, a filiação genética, mas em hipótese alguma se estará discutindo a paternidade, posto que esta já fora totalmente estipulada, salvo,

---

<sup>176</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Se eu soubesse que ele era meu pai*. Direito civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 71.

obviamente, nos casos em que a paternidade socioafetiva esteja viciada em seus aspectos formais e materiais.

É apresentado, portanto, a existência de dois pressupostos básicos acerca da teoria da filiação socioafetiva, em primeiro lugar o fundamento que distingue a pessoa que cria outrem como filho daquela pessoa que simplesmente gera outra, e em segundo lugar o distintivo entre o direito à filiação e o reconhecimento da sua origem genética, sendo os dois fundamentos não se dissociam.

Vale ressaltar, assim, que da análise acerca da socioafetividade ser considerada como o paradigma preponderante no estabelecimento do vínculo paterno-filial, independentemente da forma em que foi constituída a parentalidade, se biológica ou não, tem-se que os direitos que são oriundos deste estabelecimento são os mesmos para todo e qualquer filho, face ao princípio da igualdade filial, contido no artigo 227, § 6º, da CRFB/88.

## 5.5 O COMPORTAMENTO JURISDICIONAL NA IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

As discussões que envolvem o Direito de Família, muitas vezes em razão de sua complexidade, em especial, quando se vislumbra questões relativas à filiação e, não se podendo conferir ao instituto da Família o mesmo tratamento que se dispensa às ações de conteúdo meramente patrimonial, provavelmente tenha sido o justo motivo para a criação de Varas Especializadas nesta área.

Com a constitucionalização do direito civil, de onde se depreende a nova roupagem atribuída às relações familiares, temos, efetivamente, que a afetividade passou a ser considerada como elemento crucial da filiação, lastreada pelo texto constitucional, posto que, em certo tempo não havia negatividade alguma quanto à existência da mesma, nem tampouco do seu papel relevante para as relações de família. Entretanto, o que se negava era que se fosse possível a afetividade vir a produzir



efeitos na ordem jurídica, de forma tão contundente, o que, resta aplicável na atualidade.

Neste diapasão, são trazidas à baila, algumas informações acerca do comportamento jurisdicional ligado à discussão paterno-filial, sem o objetivo de discutir procedimentos, mas tão somente, alertar para a atenção que é dispensada à matéria, através de alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, senão vejamos.

Inicialmente, há de se verificar que as ações relativas à Família, via de regra, são ações de estado, que possuem dois objetivos, um primeiro é o de reconhecer ou negar a existência de um estado, enquanto que um segundo é o de modificar um determinado estado, e tendo por características ser indisponíveis e imprescritíveis. Assim, o estado das pessoas é provado pelos atos de estado, que são realizados através de registro público, sendo que, obviamente, a prova constituída pelo registro não é de presunção absoluta, uma vez que se pode derrubá-la, provando-se sua falsidade.

Assim, tem-se que o artigo 1604, do Código Civil de 2002, é uma das bases legais para a propositura da Ação Anulatória de Registro, ao dispor que: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. E, por outro lado, o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, dispõe que: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”.

Da análise destes dispositivos, infere-se que a prova se torna no elemento fundamental para se desconstituir a filiação, e assim leciona Zeno Veloso:

Extrema injustiça seria permitir que o pai pudesse desfazer o estabelecimento da paternidade de um filho, a seu bel-prazer, a todo e qualquer tempo alegando que o ato não corresponde à verdade. Este gesto é reprovável, imoral, sobretudo se o objetivo é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo.<sup>177</sup>

---

<sup>177</sup> VELOSO, Zeno. *Negatória de paternidade – vício de consentimento*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, nº 3, p. 75, out-dez 1999, p. 75.

Desta forma, resta claro que, se uma pessoa de forma espontânea encaminha-se ao Cartório de Registro Civil e declara a paternidade de outra pessoa, e que antes ou a partir desta declaração consolida um vínculo afetivo e um comportamento, social e psicologicamente, paternal não pode, pura e simplesmente negar a existência deste liame, sem que possua elementos probantes e contundentes de que o ato constitutivo encontrava-se eivado de algum vício de consentimento. A paternidade envolve deveres e responsabilidades, não podendo ser tomada como se fosse um brinquedo, que após cansar de brincar se deixa de lado. Assim, se o pai fez o ato registral de forma livre e desembaraçada assumiu para si a condição de pai e isso passa a ser uma marca indelével na sua personalidade, e, portanto, convém, consignar, por oportuno e mais uma vez, que o reconhecimento de paternidade deve ser vista como ação constitutiva e não declaratória.

Evidenciam-se, claramente, que a filiação socioafetiva pode ser constituída além do vínculo consanguíneo, atuando *ope legis*, a exemplo da adoção e da reprodução assistida, que gozam da presunção legal de paternidade, estabelecida em face a afetividade e da convivência, ao passo que outros tipos de famílias socioafetivas, que não as já normatizadas, dependem, efetivamente, de ser provada o liame da relação baseada no afeto, em especial, quando se vislumbra a adoção à brasileira e a posse do estado de filiação.

Destarte, tem-se que, quando se versa acerca da adoção e da reprodução assistida artificialmente, resta claro a impossibilidade de se reverter as referidas filiações, desde que, respectivamente, transitada em julgado a sentença da adoção e conferido o consentimento para a reprodução assistida. Todavia, não se vislumbra de modo pacífico essa impossibilidade, quanto à filiação socioafetiva não decorrente das normas, em especial, por estarem embasadas em situações fáticas, que muitas vezes geram incertezas.

Nesse entendimento, Pontes de Miranda assim preleciona:

O ato de reconhecimento é irrevogável, isto é, o seu autor não pode retirar a expressão que motivou o ato do reconhecimento de paternidade, ou

maternidade, nem de desdizer, com o fim de pedir o seu cancelamento. O único meio é a alegação de nulidade, anulabilidade, ou ineficácia.<sup>178</sup>

Ora, o Direito e, por conseguinte, a Justiça devem estar atentos ao sentido que norma traz para a sociedade e não, essencialmente aos seus aspectos formais. Desta forma, no que tange à análise das verdades biológica e socioafetiva, em se preocupando tão somente com a forma, no julgamento dos casos concretos, estaria o Judiciário, se afastando da sua função social, e estaria totalmente refém da ciência biológica, mormente, dos exames de DNA, e seria simplesmente um homologador e repetidor dos laudos científicos.

Maria Christina de Almeida alerta neste sentido:

A era DNA provocou uma alteração de rota das lides que orbitam em torno da descoberta do vínculo genético, até então revestidas pelo véu do impenetrável e munidas somente de provas indiretas a formar o convencimento do juiz, declarando ou não o vínculo paterno-filial.<sup>179</sup>

Na mesma esteira de entendimento, João Baptista Villela assevera que “pensar que a paternidade possa estar no coincidir de sequencias genéticas constitui definitivamente, melancólica capitulação da racionalidade crítica neste contraditório fim de século”.<sup>180</sup>

E não apenas a doutrina assim se manifesta, como se verifica em vários acórdãos dos diversos Tribunais do país, tornando cristalino o entendimento da impossibilidade de revogação espontânea da paternidade de forma injustificada.<sup>181</sup> De igual forma, Maria Berenice Dias, em 1999, quando ainda Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão de embargos infringentes,

<sup>178</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Revista dos Tribunais, tomo IX, 4. ed. tópico 973. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/13410077/Tratado-de-Direito-Privado-Tomo-9>, p.1. Acesso em 31.03.2013.

<sup>179</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 142.

<sup>180</sup> VILLELA, João Baptista. *O Modelo Constitucional da Filiação: Verdade e Superstições*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 2, nº 6, p. 20, jul.-set/2000, p. 20.

<sup>181</sup> FILIAÇÃO - RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO – ANULATÓRIA – REGISTRO CIVIL – PEDIDO DE CANCELAMENTO - COAÇÃO MORAL – INEXISTÊNCIA DE PROVA – REVOGABILIDADE – NEGATIVA DE PATERNIDADE – INADMISSIBILIDADE “Se a claudicante hipótese de coação moral, e mesmo do já aventado erro não têm nos autos efetivo e real lastro confirmativo, deve prevalecer o reconhecimento voluntário, pois, afastada a hipótese de vício do ato jurídico, a sua pura e simples revogação, por negativa de paternidade, se inviabiliza.” (TJMG – AC 114.581/2 – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Rubens Xavier Ferreira – DJMG 13.11.1999.

preleciona: “quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de companheira durante a vigência de união estável, estabelece uma filiação socioafetiva que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável”.<sup>182</sup>

Não obstante isso há de se verificar, ainda, acerca da prescrição, como instituto jurídico capaz de conferir maior estabilidade às relações familiares. Assim, ainda que pese o disposto no artigo 1.601 do Código Civil de 2002, ao determinar a imprescritibilidade às ações denegatórias de paternidade<sup>183</sup>, não há como conceber este caráter, sob pena de não se estar dando a efetiva segurança jurídica, que é o mister da prescrição. Destarte, torna-se claro que não se pode aceitar que a paternidade já consolidada através do vínculo socioafetivo venha a sofrer mudanças, a qualquer tempo, sem que exista fundamento jurídico plausível para tanto, sob pena de se estar criando e aceitando situações de temporariedade da paternidade e, por conseguinte, da família, o que seria uma afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do menor, da igualdade da filiação, dentre outros constitucionalmente assegurados.

E é nessa esteira de entendimento que João Baptista Villela leciona:

Todos os argumentos que militam em favor da prescrição – estabilidade das relações jurídicas, os limites da memória, a segurança, a certeza, etc. – ganham aqui um especial e extremo relevo. Se uma situação patrimonial modesta e reles já convém beneficiar com os favores da indisputabilidade prescricional, tornando-a preclusa e, portanto, imune a questionamentos, o que não dizer da paternidade, ela própria a encenação do sólido e do permanente no universo afetivo de cada um? Pai é o contraponto da fragilidade e da insegurança em que está irremediavelmente imersa a criança, com seus medos e desvalias. Pai é ainda o porto aonde acorrem os adultos nas crises que o destino lhes propõe e de que nenhuma alma está livre. Morto, a imagem do pai continua a ser evocada e a cumprir seu misterioso destino de pensar as feridas do tempo. As ciências e as artes ditas da alma – psicologia, psiquiatria, psicanálise, etc. – já insistiram *ad nauseam* na indispensabilidade de uma figura referencial permanente (Bezugsperson) a partir de cuja intervenção a criança constitui suas estruturas e se afirma em relação ao mundo.<sup>184</sup>

<sup>182</sup> TJRS, EI 599.277.365, 4º G.C.Civ., Rel Desembargadora Maria Berenice Dias, DJRS 21.10.1999.

<sup>183</sup> CC/02: “Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

<sup>184</sup> VILLELA, João Baptista. *O Modelo Constitucional da Filiação: Verdade e Superstições*, apud ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *Prazo para impugnar a paternidade*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, nº 13, p. 137, Abr - Maio – Jun/2002, p. 137.

Destarte, deve-se analisar com cautela a aplicabilidade da imprescritibilidade, bem como não se pode deixar que a tecnologia científica cegue os olhos do operador do Direito, na missão de sempre estar buscando a paz social, e o bem estar da família, esta consagrada e eleita constitucionalmente como a base da sociedade, que deve ser tutelada pelo Poder Público, merecendo, pois, especial atenção, a fim que sejam observadas e garantidas todos os seus princípios.

### **5.5.1 O Registro Filial na Socioafetividade**

A jurisprudência, tem se posicionado acerca do reconhecimento da relação paterno-filial em decorrência da posse de estado de filho. Tal fato encontra supedâneo na formação do vínculo afetivo, que ratifica o brocardo: “pai é quem cria”, elevando o afeto a princípio constitucional determinante das relações familiares e, em específico, da paternidade.

A filiação socioafetiva é uma realidade, hoje considerada como valor jurídico no Direito de Família. E, não é hoje sopesada tão somente através de um determinismo biológico, prevalecendo, pois, na atual sociedade, a relação afetiva voluntária. O tempo é dinâmico, proporcionando mudanças, lapidando a sociedade, criando novas necessidades, rompendo barreiras, antes intransponíveis. E o Direito, como corolário lógico, deve acompanhar tais modificações, estando presente nessas transformações, amoldando-se, ainda que lentamente, ao desenvolvimento cultural e social desta nova realidade humana.

A constitucionalização do Direito de Família promove uma releitura do sistema, antes engessado e hierarquizado, por força do patriarcalismo então vigente. A família de hoje vive um processo de emancipação de seus integrantes, todos disputando espaços próprios de crescimento e de realização de suas personalidades, conforme leciona Rolf Madaleno.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.17.

Convém consignar que a institucionalização do regime político democrático brasileiro, inseriu importante avanço na legislação pátria, através dos direitos e garantias fundamentais e na proteção da instituição familiar, priorizando como princípio norteador dessas relações a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, e conforme previsto no artigo 1.593, do Código Civil, a filiação pode ser natural (consanguínea), civil (presunção de paternidade) ou de outra origem, a exemplo da adotiva ou da socioafetiva, de modo a possibilitar assim o reconhecimento da filiação pela posse do estado de filho, distinguindo, portanto, o direito de ser filho da origem genética.

Observa-se que, nem sempre, o pai biológico exerce sua função real, no entanto, o socioafetivo supre essa carência, ofertando voluntariamente amor, companheirismo, zelo, proteção. Consiste no afeto mais puro e desinteressado que possa existir entre pai e filho. A consanguinidade não obriga o pai a dispor de afeto, apenas determina o direito do filho à personalidade.

Com o reconhecimento jurisprudencial da filiação socioafetiva, não mais prevalece a presunção da paternidade, uma ficção jurídica que perdeu sua essência, haja vista que todos têm direito a contestar a paternidade, em busca da verdade real. Embora, na existência da paternidade socioafetiva, devidamente reconhecida, a busca pela verdade real, não ultrapassa os limites do direito à personalidade, vedado o caráter patrimonial, alimentar e sucessório.

Os pais afetivos não precisam de um processo de adoção para registrar a criança como seu filho, sendo apenas necessário o ajuizamento de uma ação de investigação de paternidade socioafetiva, a ser declarada em juízo, com fundamento no afeto voluntário, no querer ser pai.

Destarte, conforme entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo, a verdade e a falsidade no registro civil e na biologia tem parâmetros diferentes. Um registro é sempre

verdadeiro se estiver conciliado com o fato jurídico que lhe deu origem. E é sempre falso na condição contrária.<sup>186</sup>

Assim, os Tribunais não têm admitido a alteração de um estado de filiação que já existe. Não cabe a investigação da paternidade, com o intuito de sobrepor uma paternidade sociológica já existente. Corroboram com o entendimento o julgado da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, do Tribunal mineiro, em ação negatória de paternidade:

É direito de todos buscar sua origem genética, entretanto, deve prevalecer a paternidade socioafetiva (a voz do coração), moldada pelos laços de amor e solidariedade, sobre a biológica (a voz do sangue), devendo ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, apesar do resultado negativo do exame de DNA, tendo em vista o caráter socioafetivo, que perdurou por vários anos, como se pai e filha fossem, não sendo possível negar a paternidade apenas pelo fator biológico.<sup>187</sup>

A paternidade socioafetiva é uma relação que, deriva da realidade social, e que se desenvolve entre aquele que apresenta um estado de filho, diante de quem socialmente possui uma real posição de pai, e que a despeito da existência da verdade biológica, esta relação de afeto é formada ao longo da convivência, e se solidifica, passando a fecundar uma verdade social.

O Direito deve assegurar a proteção às relações, edificadas sobre o afeto livre, voluntário, evitando lesão à própria dignidade humana. Destarte, em razão dessa realidade, o pai afetivo é detentor de obrigações, mas também, de direitos, a exemplo, o reconhecimento judicial de sua condição de pai e que este seja reconhecido através do registro civil, ao passo que, o registro de nascimento reporta apenas, uma verdade formal.

A filiação prova-se inicialmente pela certidão do termo de nascimento, registrada no registro civil, determinada pelo artigo 1.603 do CC/02. No registro pode conter a verdade biológica ou não, pois não se exige que o declarante faça qualquer prova

---

<sup>186</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 47-56.

<sup>187</sup> TJMG, 8ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº 1.0105.02.060668-4/001*. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Julgado em 26/04/2007. Disponível em: <http://www.colegioregistrals.org.br/noticia.asp?cod=3861>. Acesso em 23.04.2013.

biológica; basta sua declaração. Embora a declaração possa estar viciada de erro ou falsidade, uma declaração resultante de uma filiação oriunda de posse de estado de filho, consolidada na convivência familiar, não estará eivada de vício.

O registro não exprime um evento biológico, apenas exprime um acontecimento jurídico. O afeto prevalece sobre a verdade formal, sobre o documento. Assim, onde houver paternidade juridicamente considerada, haverá estado de filiação, presumido em relação ao pai registral, seja ele o biológico ou afetivo. Assim, o registro é documento meramente declaratório da relação paterno-filial constituída, em virtude da posse do estado de filho.

### 5.5.2 Obrigação Alimentar

O elo afetivo, que une os integrantes da família, possui o mesmo valor que o estabelecido pelo ato notarial, em razão do princípio da solidariedade, em decorrência da mudança do foco das relações familiares<sup>188</sup>. Com a Carta Magna de 1988, que trouxe em seu artigo 227, § 6º, a igualdade entre os filhos, gerou-se inúmeras discussões acerca da universalização dos direitos inerentes aos filhos, independente da forma com que estes se originaram. Assim, em face de tal situação igualitária, também foi transmitido aos pais os mesmos direitos e deveres.

O conceito de igualdade aqui acolhido, inclusive como princípio de interpretação às normas infraconstitucionais em matéria de família, buscou resgatar a ideia jurídica de isonomia, ou seja, só existe proibição legal de que o essencialmente igual seja tratado de forma diferente, conforme ensinamento de Andréa Salgado de Azevedo<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> SILVA, Carlos Brandão Ildfonso e PENA, Luciana Calado. *Paternidade e seus aspectos registral, socioafetivo e biológico: a viabilidade jurídica de seus desmembramentos e os efeitos jurídicos decorrentes*. Disponível em: [http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?Itemid=96&id=429&option=com\\_content&task=view](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?Itemid=96&id=429&option=com_content&task=view), p. 1. Acesso em: 23.04.2013.

<sup>189</sup> AZEVEDO, Andréa Salgado. *A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar*. Disponível em: <http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/view/5/5>, p. 1. Acesso em: 23.04.2013.



Após o reconhecimento judicial da paternidade socioafetiva, através da posse do estado de filiação, surgem os efeitos jurídicos decorrentes, pois, prevalece o poder do pai e seus deveres decorrentes da lei. Tais efeitos são idênticos àqueles gerados pela adoção, dispostos nos artigos 39 a 52 do ECA, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; c) a adoção do sobrenome dos pais afetivos; d) as relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos; e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológicos; f) a herança entre pais, filhos e parentes sociológicos; g) o poder familiar; h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas, entre outros.

Vale consignar, por oportuno, que para tais direitos se efetivarem não se faz necessário que haja o reconhecimento da socioafetividade por via judicial, bastando os indícios e presunções quanto à existência da paternidade. Assim, assumindo-se a paternidade socioafetiva, assumem-se, também, todos os deveres inerentes à paternidade, conforme se infere da seguinte decisão:

Ao reconhecer a paternidade, assumiu o pátrio poder e com ele todos os encargos decorrentes, como é o caso do pagamento de pensão alimentícia. A filiação foi constituída pelo próprio autor, e como a Constituição Federal de 1988 não permite a discriminação de filho de qualquer natureza, artigo 22 § 6º, o pagamento de pensão alimentícia é decorrência lógica ao reconhecimento da paternidade. Presentes estão os pressupostos da obrigação alimentar. A necessidade do menor é presumida e, por se tratar de alimentos naturais, o pai deve continuar com o pagamento de pensão alimentícia.<sup>190</sup>

Por outro lado, em virtude do princípio da dignidade humana, o direito ao conhecimento da origem genética, não pode ser mitigado ao filho, que tem através da investigação da paternidade biológica, facilmente comprovada pelo exame de DNA, a possibilidade de obter a essência de sua personalidade, ajudando em sua formação emocional.

---

<sup>190</sup> 1ª Vara de Família e Sucessões. Comarca de Porto Alegre. Processo nº 01295046435. Juíza Prolatora: Dra. Maria Isabel Pereira da Costa. Ação negatória de paternidade. *Revista de Sentença*, p. 144-148.

Contudo, no entender de Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>191</sup>, a investigação da paternidade só é cabível quando não houver paternidade, nunca para desfazê-la, e a jurisprudência se manifesta não permitindo que a investigação da paternidade seja utilizada em busca apenas do direito ao patrimônio, em virtude da filiação biológica, pois prevalece no ordenamento jurídico a verdade social.

Assim, no que tange ao direito alimentar, é assegurado aos filhos, independente de sua origem, bem como dever mútuo entre pais e filhos, descendentes e ascendentes previsto nos artigos 1694, *caput* e 1695, do CC/02, e neste sentido leciona Arnaldo Wald<sup>192</sup>, senão vejamos:

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

Os alimentos têm caráter pessoal e é um direito irrenunciável, embora possam não ser requeridos, conforme dispõe o artigo 1707 do CC/02, e tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude da relação de parentesco, quando a própria pessoa não puder prover suas necessidades.

O objetivo dos alimentos é a preservação do que o Código Civil denomina “viver de modo compatível com a sua condição social”, além de atender “às necessidades de sua educação”, conforme ensina Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>193</sup>. Desta forma, para que exista o direito a alimentos, são necessários três requisitos, quais sejam: a) o vínculo de parentesco; b) a condição econômica do alimentante e a necessidade do alimentando; c) razoabilidade entre a possibilidade de prover os alimentos e a necessidade da percepção deste.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária*. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), Afeto, ética, família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 47-56.

<sup>192</sup> WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.40.

<sup>193</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 346.

<sup>194</sup> *Idem*, p. 350-351.

Em relação aos filhos, os alimentos são devidos em virtude da presunção de necessitarem de recursos para seu desenvolvimento físico e sua formação pessoal e profissional, em razão da presunção da total dependência decorrente por vezes da idade do filho, e conseqüência natural do poder familiar, que engloba o dever de sustento, criação e educação. Nesse sentido, vale consignar o seguinte acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A obrigação alimentar se fundamenta no parentesco, que é comprovado pela certidão de nascimento. O agravante alega não ser o pai biológico do menor. Enquanto não comprovar, não se pode afastar seu dever de sustento. A rigor, mesmo esta prova não será suficiente, pois a paternidade socioafetiva também pode dar ensejo à obrigação alimentícia.<sup>195</sup>

Assim, torna-se indiferente a comprovação da paternidade biológica, visto não ser fator suficiente para eximir-se do dever de sustento para com o filho. Não impedindo, portanto, que a obrigação alimentar derive-se do reconhecimento, voluntário ou não, da paternidade socioafetiva.

O presente direito, como os demais, inerentes à relação entre pai e filho, pressupõe uma relação de parentesco edificada sobre a caracterização do estado de posse de filho, sobrepondo-se sobre o vínculo biológico, garantindo a efetividade do princípio da dignidade humana. Não é garantia apenas o direito a alimentos, decorre também do reconhecimento da socioafetividade, o direito à sucessão.

### 5.5.3 Reflexos Sucessórios

Conforme preconiza a CRFB/88 é vedada qualquer tipo de discriminação entre os filhos, e com o reconhecimento da filiação socioafetiva surgem os direitos e deveres da relação paterno-filial e, entre estes, o direito à herança, devendo ser reconhecido como herdeiro necessário como dispõe o artigo 1845 do CC/02<sup>196</sup>. No entanto, há divergências doutrinárias quanto à possibilidade, considerando-se, a procura do

---

<sup>195</sup> TJRS – *Agravo de Instrumento nº 700004965356*. Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Rui Portanova. J. 31-10-2002.

<sup>196</sup> CC/02: “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

reconhecimento apenas para fins patrimoniais, o que não deveria acontecer sendo combatida a pretensão pela justiça, como expõe o seguinte julgado:

Apelação cível. Investigação de paternidade socioafetiva cumulada com petição de herança e anulação de partilha. Ausência de prova do direito alegado. Interesse meramente patrimonial. Embora admitida pela jurisprudência em determinados casos, o acolhimento da tese da filiação socioafetiva, justamente por não estar regida pela lei, não prescinde da comprovação de requisitos próprios como a posse do estado de filho, representada pela tríade nome, trato e fama, o que não se verifica no presente caso, onde o que se percebe é um nítido propósito de obter vantagem patrimonial indevida, já rechaçada perante a Justiça do Trabalho. Negaram provimento. Unânime.<sup>197</sup>

No entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo, a “paternidade é muito mais que prover alimentos ou causa de partilha de bens hereditários; envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana [...]”<sup>198</sup>

Destarte, não sendo o caso de interesse meramente patrimonial, deve-se outorgar o direito à sucessão, pois, a filiação socioafetiva conforme demonstrado anteriormente, gera efeitos jurídicos por si só, desde que estejam presentes na relação a *nominatio*, a *tractatio* e a *reputatio*. Devendo subsistir o direito mesmo que não haja o reconhecimento por via judicial, e sobrevenha o falecimento do pretenso pai. Cabendo, assim, ao Judiciário julgar conforme o caso concreto, protegendo a relação paterno-filial.

Fator que dificulta a busca e efetivação do direito não só a herança, mas no que tangem os alimentos bem como o reconhecimento da paternidade socioafetiva em si é a falta de regulamentação, embora esta não implique em desconsiderar o direito à filiação sociológica como atesta Maria Berenice Dias:

O Estado, ao se reservar o monopólio da jurisdição, assegurou a todos a prerrogativa de buscar os seus direitos. Elencou pautas de conduta por meio de leis e, na impossibilidade de prever todas as situações que a riqueza da vida, a inteligência humana e o avanço das ciências podem imaginar, atribuiu aos juízes não só a função de aplicar o direito, mas também o dever de criá-lo sempre que constatar lacunas na legislação... Tal

<sup>197</sup> TJRS. *Apelação Cível. 70016362469*. Sétima Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/09/2006. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 11.04.2013.

<sup>198</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>, p.3. Acesso em 24.03.2013.

função torna-se verdadeira missão, quando o magistrado se conscientiza de que lhe compete revelar o direito mesmo quando não há previsão legal, pois a ausência de lei não significa a inexistência de direito merecedor de tutela.<sup>199</sup>

Concretizando o pensamento supracitado, os litígios devem ser solucionados embora não haja previsão legal em texto expresso, garantindo-se a prestação jurisdicional, bem como, um respaldo aos conflitos postos à análise judicial.

## 5.6 PROTEÇÃO CONTRA A ALIENAÇÃO PARENTAL

Nos vários tipos e núcleo familiar que podem ser criados se deve levar em conta, sempre os laços afetivos que circundam tais entidades. E não obstante isso, no caso de surgimento de filhos, independentemente, da forma que surgem se com base na biologia ou na socioafetividade, o importante é que estas pessoas devem ter plenas condições de crescerem moral e socialmente, num ambiente familiar salutar e repleto de amor.

Assim, nesta visão de que as crianças são importantes na felicidade de uma família, e, portanto, merecem ter toda a atenção dos pais a elas dispensada, mesmo que surjam situações onde a estrutura familiar não seja mais tão sólida, ao menos, em relação aos pais, como ocorre nos divórcios e dissoluções de união estável. E, nestas situações, é que surge, principalmente, a necessidade de se dar uma garantia de bom convívio entre os pais e os filhos, para o auxílio do crescimento dos mesmos.

Ocorre que, alguns pais, geralmente após uma separação, por motivos pessoais e egoístas, sem se preocupar com os filhos, de forma vexatória criam circunstâncias que fazem a criança passar a ter sentimentos de receio e ansiedade em face do outro genitor, configurando assim a síndrome da alienação parental, ou seja, um genitor tenta fazer com que o filho crie sentimentos contrários ao amor e afeto em relação ao outro cônjuge, por não conseguir superar a ruptura da vida conjugal.

---

<sup>199</sup> DIAS, Maria Berenice. *Era uma vez*. In *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p 1.

Tais circunstâncias, quando ocorrem, ferem de morte, o conceito mais basilar da socioafetividade, que o valor do sentimento de apreço e afeição que vincula pais e filhos, de modo que este elo não pode ser desfeito por atos judiciais e nem tampouco por atitudes mesquinhas e vingativas de um genitor contra outro. Os pais devem ter sempre em mente que se um dia não deram certo como cônjuges ou companheiros, devem dar certo como pais amantíssimos dos filhos, e sempre buscar protegê-los, independentemente da existência ou não de convivência.

Destarte, a alienação parental deve ser combatida, uma vez que se configura em abuso emocional, causador de distúrbios de natureza psicológica nos menores, a exemplo dos transtornos de identidade e depressão, que violam o direito fundamental do menor ao convívio salutar no seio familiar, constituindo, assim, em um abuso moral representativo do descumprimento de um dos deveres do exercício do poder familiar, inclusive, podendo ser motivo ensejador da perda ou da suspensão do poder familiar. Desta forma, verifica-se que a afetividade dispensada de qualquer dos pais ao filho não pode ser violada, por ação ou omissão de quem quer que seja.

## 5.7 PROTEÇÃO CONTRA O ABANDONO MORAL E A VIOLÊNCIA FAMILIAR

Não obstante restar claro que a afetividade é o cerne das famílias modernas, sendo todas as relações inerentes a ela vinculadas, é crucial que se analise, também o contraponto do afeto, que é o abandono moral, quando pais e filhos encontram-se extremados na relação, em especial quando se verifica o descaso, a omissão e o desprezo dos pais ao filho, que muitas vezes descamba, ainda, para a violência, seja ela moral ou física. A afetividade encontra-se diretamente ligada a questões de natureza moral e ética das pessoas, não se envolvendo tão somente com os direitos e deveres que a filiação traz para os pais.

De acordo com os ditames constitucionais, seguidos pelo diploma civil, os pais se obrigam ao sustento, zelo, educação e cuidado dos filhos, assim considerados como

deveres subjetivos e objetivos dos pais. Vale salientar, nesse ínterim, a existência das famílias monoparentais, que praticamente decreta que o suporte da subsistência do menor seja maior para aquele que detém a guarda do mesmo.

Todavia, o fato de haver a existência de um núcleo familiar monoparental, não significa, obviamente, a obrigatoriedade de haver a ruptura do elo afetivo paterno-filial. Não raro, pais separados, acreditam que a dissolução conjugal, com o dever de prestar obrigação alimentar, significa o afastamento do cotidiano dos filhos, o que, em verdade, é um erro grosseiro, posto que dissolver a união conjugal não importa em se desvincular dos filhos. A filiação é eterna. O apoio material, não é discutido face ao abandono afetivo, este é diretamente ligado aos sentimentos que norteiam a filiação afetiva, baseada nos sentimentos de amor, carinho e atenção, sem prejuízo das obrigações de educação e sustento, ao passo que aquele é, efetivamente, vinculado à questão patrimonial, material de sustento financeiro.

Assim, existem pais que, ao se separar, põem termo ao relacionamento filial – valendo consignar que inexiste o término da paternidade – e que este afastamento afetivo, pode causar um trauma psicológico de grandes proporções, pois gera um sentimento de peso para o menor, de abandono, de desprezo, o que pode gerar em relação ao filho, um sentimento de ojeriza em relação ao pai que o abandonara. Os pais, independentemente de conviver ou não com o outro genitor, jamais podem deixar ao léu a sua prole de forma espontânea.

Isto posto, e na esteira de entendimento dos conceitos de atos ilícitos, com a obrigatoriedade de reparação, conforme definidos dos artigos 186<sup>200</sup> e 927<sup>201</sup> do Código Civil, o abandono afetivo torna-se tão prejudicial quanto o abandono material, e passível de ter a promoção de uma ação de reparação, face à responsabilidade civil dos pais.

---

<sup>200</sup> CC: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

<sup>201</sup> CC: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Parágrafo único. “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Obviamente, há que se ressaltar, que ninguém se encontra obrigado a ter afeição por outrem, mas é o mínimo razoável que se espera de um pai em relação ao filho. Portanto, não se pode olvidar que o pai ao abandonar o seu filho, deixando, voluntariamente, de dar carinho e amor, consubstanciados na presença do cotidiano do filho, estará sim, abandonando a paternidade, e não se encontra respaldo jurídico, e nem tampouco moral, para tal mister.

Estudos psicológicos comprovam que a falta do pai ou mãe, a depender do caso, faz com que os filhos abandonados, procurem na figura de outra pessoa, para sua referência pessoal, a fim de que tenha um desenvolvimento moral e social menos danoso. É a lei da sobrevivência que aqui também funciona.

Cléber Affonso Angeluci assim preleciona acerca do tema:

A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>202</sup>

Resta claro que o ser humano passa a ter comportamentos sociais, em regra, de acordo com aquilo que aprende ou toma para si, mediante o comportamento daquele que lhe serviu de referência, sendo poucas as atitudes que são inerentes à personalidade da pessoa, uma vez que esta se encontra limitada aos ditames sociais e morais. Assim, torna-se evidente que o direcionamento de vida das pessoas ocorre derivadamente dos contatos pessoais e sociais a que se submete. Destarte, os maus tratos ou abandonos a que são submetidos os menores, causarão nestes marcas que o tempo jamais irá apagar.

---

<sup>202</sup> ANGELUCI, Cleber Affonso. *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=930](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=930), p. 1. Acesso em 28.04.2013.



## 6 CONCLUSÃO

O tempo, senhor da razão, veio paulatinamente imprimindo mudanças no instituto jurídico da filiação, mudanças essas que sempre vieram a se adequar à conformação social e ideológica de determinada época.

Nas civilizações mais primitivas, era comum a procura das mulheres pelos guerreiros mais fortes, belos e valentes, com o intuito de ter a sua descendência garantida. E, não obstante isso, a história ainda traz, também, trechos de onde se inferem que os filhos havidos com defeitos ou limitações eram descartados pela sociedade, quando não o eram pelos próprios pais.

Todavia, com a mudança do foco beligerante das conquistas, que norteavam as civilizações antigas, para um enfoque mais político, na busca do poder econômico e social, o desejo de haverem filhos, passou a ter um caráter mais vinculado ao sexo dos mesmos, onde se tornava premente a necessidade de um filho varão, para dar continuidade à família, que se apresentava cada vez mais baseada no patriarcalismo.

Em Roma, verificava-se com mais ênfase essa necessidade, mesmo quando não haviam filhos decorridos da consanguinidade, haja vista o que interessava, em verdade, era a garantia da transmissão do patrimônio do *pater familiae*, ainda que o adquirente desta herança não fosse descendente seu, pelo vínculo biológico, bastando para tanto estar diretamente vinculado ao centro familiar e ao que professasse aquele que se mantinha como núcleo central da entidade familiar.

Aqui no Brasil, de início, na época colonial, a filiação foi entendida através de critérios que refletiam as bases de uma sociedade escravista e latifundiária, onde era reconhecido como filho apenas os frutos de uma relação matrimonial monogâmica, de total subordinação da mulher, e onde havia também uma valorização do descendente masculino, como uma forma de garantir a transmissão do patrimônio.

Durante esse período, os filhos havidos fora do casamento estavam despossuídos de direitos, fazendo surgir situações aviltantes, onde crianças ficam abandonadas devido o direito de à época refletir os dogmas de uma sociedade discriminatória como era a sociedade brasileira colonial.

A concepção patriarcal de família forjada durante o período colonial teve influência sobre outros períodos da história nacional, chegando mesmo a influenciar a concepção de família e filiação que foi estampada no Código Civil de 1916, que se manteve preso ao paradigma de ser família somente a relação matrimonial, e valorizou sobremaneira os filhos havidos na constância do casamento.

O diploma civil de 1916 veio a admitir a hipótese de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, mas tal reconhecimento só poderia ser levado a cabo, se não viesse a interferir, no sagrado e intocável instituto do casamento. Assim, o Código Civil de 1916 estabeleceu a distinção entre filhos legítimos (gerados no casamento) e ilegítimos (havidos fora do casamento), onde, para aqueles eram garantidos todos os direitos, e para estes, eram ofertados migalhas de direitos.

A concepção de família e filiação disposta no Código Civil de 1916 sofreu pontuais alterações ao longo dos tempos, mas veio a ser completamente ultrapassada somente com a promulgação da Constituição de 1988.

Foi a Carta de 1988, chamada por alguns de “Constituição Cidadã”, que através de seus dispositivos, estabeleceu uma nova definição de família e filho, não mais calcada em parâmetros biológicos e matrimônias, mas sim sob bases humanísticas, de valorização e proteção das situações reais que ocorrem na sociedade.

Lastreado nos dispositivos constitucionais, surgiu uma nova filiação, que valoriza o carinho e afeto existente entre pais e filhos, a filiação socioafetiva, que estabelece a verdade real de uma relação entre pai e filho, garantindo direitos às pessoas que são tratadas e reputadas como filhos, pessoas para as quais o pai transmite carinho e afeto somente dispensados aos filhos.

Formas diversas existem para exprimir a filiação socioafetiva; adoção legal, adoção “à brasileira”, filhos de criação, mas todas elas contêm a mesma essência, na qual a primazia de uma relação de fato, onde o amor entre pai e filho é o primordial.

Temos assim que hoje, experimenta-se uma reestruturação bastante significativa acerca dos conceitos de família contemporânea e a sua função, tanto nas relações interpessoais daqueles que a compõem, bem como em relação à sociedade, na qual se encontra inserida. Desta forma, demonstra-se à sociedade que os modelos tradicionais de família não mais se apresentam como suficientes ou adequados à nova ordem social. O Direito reconhece e confirma que os novos tipos de entidade familiar surgiram em face da pluralidade humana, e da necessidade de adequação deste pluralismo aos tempos modernos, de modo a não mais se aceitar a família como sendo um aprisionamento das pessoas a culturas arcaicas ou a costumes ultrapassados.

Tal entendimento encontra supedâneo constitucional, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana, do qual se infere que na esfera individual, cada pessoa é efetivamente única, e em assim sendo, é, portanto, diferente das outras, seja nos seus desejos e anseios, seja nas suas atitudes de cunho moral e social.

Ora, é flagrante o reconhecimento formal e expresso em vários países da comunidade internacional, e neste grupo insere-se o Brasil, de que a família é instituição imprescindível e base da sociedade, haja vista que é do núcleo familiar que surgem as primeiras noções de vida do cidadão; é o primeiro grupo com o qual a pessoa interage e; é o formador do caráter do indivíduo que surge envolto em princípios morais e culturais que são absorvidos através dos ensinamentos e ações das pessoas pertencentes àquele grupo.

Contudo, ainda que se confira esse reconhecimento à família, vale salientar que durante anos a fio, este instituto encontrava-se consolidado tão somente naqueles núcleos que se originavam das relações matrimoniais, embasando-se assim, apenas nos valores que eram construídos e preservados pela elite dominante, o que de certo modo, obstaculava o surgimento de novos modelos que pudessem ser merecedores de amparo jurídico, sob a égide do nome família.

E, nesta esteira de entendimento, e como decorrência natural que era da própria família, a filiação, também sofreu alterações ao longo das décadas, de modo que apenas aos filhos tidos como legítimos, ou por extensão aos legitimados, eram outorgados os direitos mais básicos de uma pessoa para viver em sociedade, ao passo que aos ilegítimos nada era conferido. E, mais uma vez o Diploma Maior de 1988, foi feliz ao extirpar a discriminação entre os filhos que jazia peremptória, e não menos vexatória, afinal, filho é filho em qualquer circunstância, seja ele havido da forma que tenha sido, de maneira a lhes ser garantida a sua dignidade como pessoa.

Todavia, e não obstante os ditames da Constituição, a filiação é ainda enxergada, *prima facie*, como sendo aquela derivada do vínculo genético ou biológico, e mais comumente, decorrente dos vínculos matrimoniais. Ora, resta claro que não se pode tão somente trazer à baila unicamente este tipo de verdade, haja vista a existência do vínculo paterno-filial, também ser originado pelas presunções jurídicas de paternidade, mesmo que não derivadas do sangue, bem como, as decorrentes de adoção, que é por excelência um liame surgido da afetividade.

Destarte, não se pode olvidar que a filiação deve ser analisada, e como assim o é, a partir da Carta de 1988, tendo, efetivamente a figura do filho, como sendo o cerne dos vínculos filiais, confirmando a vedação de qualquer discriminação a esse respeito, em uma clara aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da ampla proteção às crianças e adolescentes e do melhor interesse do menor. A evolução social experimentada pelo Brasil, em especial, em relação aos filhos, chancelou o entendimento de que não se pode mais, tão somente, pensar na filiação decorrente do vínculo genético, passando a ser entendido, realmente como vetor da relação filial, o sentimento que une pais e mães aos filhos, naturais ou aqueles tomados para ser assim considerados.

Neste diapasão, tem-se que o estabelecimento da filiação, atualmente, é estudado como sendo decorrente de três fontes, a biológica, a jurídica e a socioafetiva, sendo a primeira aquela que define o liame filial decorrente da genética; a segunda é a que estabelece a presunção da paternidade; e a última, a que define a filiação como

sendo a decorrente do afeto e do comportamento social em que se apresentam pais e filhos. Embora, nem sempre exista a congruência de todas as fontes, ou seja, em determinadas situações uma pode e/ou vai excluir outra, não se pode afastar que o interesse do filho é primordial, o que leva a crer que não obstante coexistam – ou não – umas e outras, o afeto surge primordial, posto que a filiação deva ser considerada, como uma decorrência de um ato de amor.

Ora, ainda que existam as três verdades para se delimitar os critérios da filiação, verifica-se que cada uma delas possui seus próprios conceitos e diretrizes, e isto posto não se pode afastar qualquer tipo de possibilidade de concretização da filiação, seja ela embasada pelas presunções legais, ou pela origem genética ou ainda pelo sentimento que se nutre entre pais e filhos, ainda que inexistam as duas primeiras verdades.

Todavia, da análise das presunções que delimitam a verdade jurídica, verifica-se, ainda, que a mesma encontra-se arraigada na idéia do matrimônio, posto que são abordados, além do critério temporal, o critério da fertilização homóloga, que confirmam a necessidade de se haver ou ter havido um casamento. Não obstante isso, e em verificação analítica conjunta à verdade socioafetiva, tem-se a fertilização heteróloga, que demonstra a afetividade do pai em tomar para si a paternidade presuntiva, desde que ele, na condição de esposo, autorize tal procedimento, criando, inclusive, a impossibilidade de desconstituição desta paternidade socioafetiva.

Ora, por longos anos, a verdade legal permeou o ordenamento jurídico como sendo a principal forma de se estabelecer a relação paterno-filial, muito mais em razão dos pais do que dos filhos, posto que, na realidade, se tentava muito mais proteger o instituto da família, em resguardo social, do que garantir direitos àqueles que eram havidos fora do matrimônio, considerados bastardos e uma ameaça à paz doméstica das famílias, o que, muitas vezes também, ensejavam aos maridos, a aceitação do filho de outrem em núcleo, e tomado como seu, a fim de evitar os murmúrios da sociedade.

Essa verdade jurídica, ainda é encampada no Brasil, porém, seus reflexos passaram a ter menos vazão, em especial, face aos avanços científicos, principalmente no que tange aos exames de DNA, que dava certeza ou quase certeza da existência ou não da filiação de origem duvidosa, destarte, iniciou-se uma nova ordem relativa ao garantismo filial, não se afastando totalmente o critério legal, mas este passou a ser limitado pelo critério biológico que aflorava como sendo a grande forma de se delimitar a filiação.

Embora, os dois critérios fossem amplamente aplicados, já se tinha na ordem jurídica o embrião do critério socioafetivo, quando se vislumbrava a figura da adoção legal. Ora, esta forma de se criar vínculo filial, está exatamente ligado ao ideal de sentimento de afeto e cuidado que surge entre pais e filhos, haja vista que as pessoas somente adotam quando sentem um profundo carinho por aquele a que se irá adotar, e não obstante isso se tinha uma prática constante, em especial no interior no país, que era uma família tomar para si o filho de outrem para que fosse criado como se filho daquele grupo familiar.

Com a evolução da sociedade, que acompanhou a liberdade sexual das mulheres, com o entendimento de que família para surgir, não se necessita efetivamente da preexistência de um matrimônio, o que culminou com o advento da Constituição de 1988, se tem, atualmente, que a filiação pode ser derivada de inúmeras formas, ou seja, pode surgir do casamento, tanto quanto pode existir decorrente de uma família monoparental, ou ainda por adoção, por presunção legal, ou pelo fato de se cuidar de alguém como se filho fosse.

Conforme demonstrado, a Carta de 1988 conferiu *status* de princípio a não discriminação entre os filhos, e desta forma valorizou bastante o critério da socioafetividade, que se pauta, efetivamente, nas relações sociais, interligadas cada vez mais aos aspectos reais da vida, que trazem à tona, a necessidade premente de se salvaguardar o ser humano em sua essência, de modo a não ser afastada, em hipótese alguma a sua dignidade como pessoa, e quando se leva tais pensamentos aos filhos, se torna preponderante a garantia de conferir a tais pessoas, direitos básicos para seu crescimento moral, social e cultural.

Assim a afetividade surge como elemento revigorante das relações paterno-filiais, colocando-se como o critério mais bem abalizado que os demais, ainda que, repita-se, não excludente dos demais, posto que os sentimentos de amor, carinho, afeto, compreensão, proteção, inerentes aos pais e aos filhos, surgem de modo natural, ainda que os filhos não sejam como tais considerados, decorrentes de presunções ou de cromossomos.

E, nesta esteira de entendimento, os elementos da socioafetividade se apresentam com clareza solar nos vínculos perfeitos de filiação, haja vista, é de crucial importância se amar ao filho ou à pessoa tomada como tal, independentemente de como ele surgiu em sua vida, se por natureza, ou por liame jurídico, o que importa, na verdade, é como se tratam mutuamente pais e filhos perante a sociedade.

Desta forma, a expressão da socioafetividade se aflora com mais veemência naquilo que se denomina posse do estado de filiação, mesmo que tal circunstância não encontre um regramento técnico-jurídico no nosso ordenamento, não se pode olvidar que tal situação se faz presente pelo simples fato de alguém ser tomado como filho por outrem, que lhe confere um nome, o trata como se realmente o fosse e o apresenta na sociedade como tal. E isso nada mais é do que a efetivação do quanto determinado pela CRFB/88 em seu artigo 227, *caput*, ou seja o exercício da função da família.

Assim, não soa absurdo demais afirmar e confirmar que a socioafetividade assumiu lugar de destaque na consolidação dos critérios de determinação da filiação, posto que, resta claro que é o afeto que determina a paternidade e não somente os vínculos biológicos e/ou jurídicos que outrora se apresentavam como os fundamentais elementos caracterizadores das relações paterno-filiais.

Nesse diapasão, a análise da socioafetividade recai sobre as diversas espécies que surgem deste tipo de filiação, observando-se que algumas delas já se encontram totalmente reconhecidas pelas normas, a exemplo da adoção judicial, o reconhecimento espontâneo e a derivada da fertilização heteróloga; existem aquelas totalmente aceitas pela sociedade – a que se vincula aos filhos de criação; outras aceitas pela jurisprudência e doutrina, a saber a adoção “à brasileira”; e ainda,

aquelas que embora aceitas pelas fontes secundárias do Direito não são totalmente chancelados pela sociedade, em especial a filiação derivada da adoção por pares homoafetivos.

Diante de tais circunstâncias, e face ao advento da socioafetividade como sendo critério ensejador do reconhecimento filial moderno, nada mais correto que se aferir a existência deste vínculo, através de procedimentos, com o escopo precípua de assegurar a paz e harmonia familiares nos casos em que se encontram envolvidos este liame entre pai/mãe e filho socioafetivo. Assim, resta claro que a investigação de paternidade ou maternidade socioafetiva configura-se no processo capaz desta averiguação, uma vez que se tornará possível a análise da existência dos requisitos para a caracterização deste tipo de filiação.

Este tipo de ação configura-se numa tentativa de demonstrar cabalmente a verdade real que se descortina sobre as relações paterno-filiais, de modo que as partes envolvidas se esmeram ao máximo com a finalidade de comprovar a existência dos elementos que comprovam a socioafetividade. Ora, desta forma, o que se define, atualmente, como sendo paternidade e ou maternidade não é tão somente a carga genética que é outorgada à descendência, é muito mais do que isso, é a carga afetiva e emocional que se confere aos filhos.

Isto posto, tem-se como primordial a preponderância do vínculo socioafetivo sobre os demais critérios, mormente, em razão dos ditames constitucionais que trazem em seu bojo os princípios da dignidade da pessoa humana, a não discriminação da filiação e o melhor interesse da criança. Todavia, ainda que se afigure numa forma absoluta tal entendimento, vale consignar a possibilidade de que o filho socioafetivo exerça o seu direito de ter reconhecida a sua origem genética, para entendimento de sua história de vida, mas, ainda que se descubra a sua verdadeira filiação, tal fato não tem o condão de desconstituir a filiação socioafetiva, para quaisquer fins.

Resta claro, portanto, que esta nova ordem referente à filiação, não se configura apenas como uma nova roupagem das relações parentais. Vai muito além, pois que se trata em verdade, de um novo embasamento para os pilares do instituto da família. E assim, mister se faz, a sociedade e o ordenamento jurídico se adequarem



a esta nova realidade, de modo a garantir a harmonia das relações paterno-filiais, bem como a paz social que é sempre buscada em um Estado Democrático de Direito.

Conforme dito alhures, não se pode e nem tampouco se deve desconstituir uma relação parental construída por anos a fio com base no amor, dedicação, desvelo e confiança recíprocas entre pais e filhos, posto que isso seria uma violência ímpar, uma invasão na vida da pessoa, que devassaria a sua identidade social, lhe retirando tudo aquilo que lhe é mais caro.

E este entendimento é que dá vazão às decisões dos pretórios nacionais, de aceitarem cada vez mais as relações afetivas como sendo aquelas que ensejam realmente o vínculo parental, inclusive, com certa preponderância sobre os vínculos jurídicos e/ou biológicos. Isso porque, em verdade, quando se pensa na figura de um filho, não é efetivamente pensar no seu semblante físico, mas sim no ideal de se ter um filho, isto é, uma pessoa a quem se quer ver crescer, criar, cuidar, responsabilizar e dedicar os sentimentos mais nobres, lhe transmitindo os princípios de vida que são passados por gerações.

Assim, em face da aceitação da socioafetividade como sendo o critério que, hodiernamente, prevalece na caracterização da filiação, se faz necessário, também, lhe conferir garantias de que sua constituição não será desfeita ao bel-prazer das pessoas, em especial, para que não atinja o interesse maior que se encontra envolvido nestas relações, que se afigura na formação de uma família sadia e lastreada nos sentimentos mais puros que envolvem os seres humanos.

Desta feita, e em razão, ainda, da tamanha importância que se confere às relações filiais embasadas no sentimento, e também, na busca de se assegurar às crianças e adolescentes o direito de se sentirem amadas e amparadas, o Poder Público, no exercício de sua função constitucionalmente determinada, se preocupou em lançar mão de programas sociais que levam àqueles mais desamparados de amor e atenção, a figura da família social, que, se mostra bastante válida no crescimento pessoal de muitos jovens que não têm tão presente em suas vidas o amor paterno e

materno, por diversos motivos, seja pelo labor dos pais, seja pela perda ou suspensão do poder familiar.

A preocupação com o bem-estar dos filhos é tão flagrante, que não se pode afastar o pensamento das novas tendências jurídicas de proteção filial, ou seja, evitar que os pais que estejam na convivência diuturna dos filhos cause, por exemplo, qualquer tipo de situação que enseje o temor, receio ou ojeriza dos mesmos em estar na presença do outro pai/mãe, de modo a quebrar o vínculo afetivo que se nutre entre eles, assim como, se deve estar atento, para que este elo sentimental não seja violado em razão de os pais abandonarem seus filhos, tanto material quanto moralmente, posto que isso se configura numa marca indelével no psicológico dos filhos, que se sentem rejeitados.

Diante de tais entendimentos, não existe outra forma de se pensar as relações jurídicas familiares, senão aquelas constituídas e mantidas em derredor da noção da *afecctio*, uma vez que as pessoas surgirão e terão seus desenvolvimentos social, cultural e moral assegurados quando vinculadas a uma família que as cerquem de amor, carinho, solidariedade, respeito, zelo, proteção e afeto.

Ao término desse trabalho, outra conclusão não resta, a não ser deixar comprovado que ao longo desse caminho, o conceito legal de filiação foi evoluindo, culminando na filiação socioafetiva, que ganhou grande dimensão na nossa ordem jurídica, de modo a perpassar os limites das relações filiais clássicas, criando assim a forma correta do direito interpretar um fenômeno da vida social, e que está em consonância com a sabedoria popular, que há muito *já afirmava que genitor é quem gera e pai é quem cria*.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. "Ações de filiação: da investigação e negatória de paternidade e reconhecimento dos filhos", in *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões* (coord.: Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro). Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ANDRADE, Camila. *O que se entende por família eudemonista?* Disponível em [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20081001121903207](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081001121903207). Acesso em 04.02.2013.

ANGELUCI, Cleber Affonso. *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=930](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=930). Acesso em 28.04.2013.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2003.

ARCHER L. *Procriação Medicamente Assistida - evolução e pensamento ético de 1986 a 1999*. In: Nunes R, Melo H, editores. *Genética e reprodução humana*. Coimbra: Gráfica Coimbra Ltda.; 2000.

ARIÉS, Philippe e DUBY, Georges. *História da vida privada*. V. I. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto. *Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família (Curso de direito civil)*. São Paulo: Atlas, 2013.

AZEVEDO, Andréa Salgado. *A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar*. Disponível em: <http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/view/5/5>. Acesso em: 23.04.2013.

BALAN, Fernanda de Fraga. *A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/44/2544>. Acesso em 25.01.2013.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Aspectos Jurídicos da Doação de Sêmen*. Disponível em: <http://sanzia-bioetica.blogspot.com.br/2010/01/aspectos-juridicos-da-doacao-de-semen.html>. Acesso em 31.10.2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. *Novas relações de filiação e paternidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARROS, Sérgio Resende. *A Ideologia do Afeto*. Revista Brasileira de Direito de Família. n° 14, 2002.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. Unb, Brasília, 1996.

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

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

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

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

CARNEIRO, Sérgio Barradas. *Os efeitos do afeto elevados a valor jurídico*. Salvador, 2004, p. 15. Disponível em <http://www.sergiobc.com.br/artigos/livro-sbc.pdf>. Acesso em 13.04.2013.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos Fontes. *Socioafetividade X Consanguinidade*. Disponível em <http://www.defensoria.df.gov.br/sites/300/380/00000332.pdf>. Acesso em 29.03.2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Adoção e a espera do amor*. Disponível em: [www.mariaberenicedias.com.br](http://www.mariaberenicedias.com.br). Acesso em 29.03.2013.

\_\_\_\_\_. *Era uma vez*. In *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Investigando a parentalidade*. Revista do CEJ, Brasília, n. 27, p. 64-68, out./dez. 2004.

DÖR, Joel. *O pai e sua função em Psicanálise*. Tradução: Dulce Duque Estrada. Revisão técnica: Marco Antônio Coutinho Jorge. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Obras escolhidas. São Paulo: Alfa-Omega s/d. 143 p. Disponível em <http://pt.shvoong.com/books/1845045-origem-da-familia-da-propriedade>. Acesso em 14.02.2013.

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

\_\_\_\_\_. *Elementos críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. *Direito de Paternidade*. São Paulo: LTR, 1997.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.

GABARDO, Emerson. *O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. Curitiba, 2009. 409 f. Tese. (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=190515](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=190515). Acesso em 29.10.2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume VI, Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. 2ª. ed. (rev., atual., ampl.). São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

\_\_\_\_\_. *A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do Novo Código*. In *Revista dos Tribunais 817/18*.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2007.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª edição, 1995.

GIRARDI FACHIN, Rosana Amara. *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.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. CARNEIRO, Nelson. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1.

GRINBERG, Keila. *Código Civil e Cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

GRUNWALD, Astried Brettas. *Laços de Família: critérios identificadores da filiação*. Site: Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. Disponível na internet em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>. Acesso em: 18.11.2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Se eu soubesse que ele era meu pai*. Direito civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

IDEF – INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA (Coord.). *Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas*, p. 131-132.

ITALIA, Vittorio. *Le presunzioni legali*. Milão: Giuffrè, 1999.

JATOBÁ, Cléver. *Filiação socioafetiva: os novos paradigmas de filiação*. <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=535>. Acesso em 03.02.2013.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987.

LEITE, Eduardo de Oliveira. "Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai". In: *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, vol. XVI.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização do Direito Civil. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/129>. Acesso em: 27.10.2013.

\_\_\_\_\_. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), Afeto, ética, família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil - Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ* Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>. Acesso em 24.03.2013.

\_\_\_\_\_. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Filhos do Coração*. Revista Brasileira de Direito de Família. nº 23, 2004.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. *O fenômeno da paternidade socioafetiva: A filiação e a revolução da genética*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 24, jun/jul, 2004.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Revista dos Tribunais, tomo IX, 4. ed. tópico 973. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/13410077/Tratado-de-Direito-Privado-Tomo-9>. Acesso em 31.03.2013.

MONCORVO, Maria Cecília Ribeiro. *Família brasileira: do patriarcalismo colonial ao crescente poder feminino na contemporaneidade*. Divisão de Bibliotecas e Documentação – PUC/Rio. Disponível em <[http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610333\\_08\\_cap\\_02.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610333_08_cap_02.pdf)> Acesso em 30.10.2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2006.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Deborah Ciocco Alvarez de. BORGES JR, Edson. *Reprodução Assistida: até onde podemos chegar?* São Paulo: Gaia, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PALUDO, Anison Carolina. *Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos*. <http://jus.com.br/artigos/2333/bioetica-e-direito/3>. Acesso em 31.10.2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. V.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. *Da filiação e seus fundamentos no ordenamento jurídico pátrio*. Disponível em [www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Sa\\_250508\\_10.pdf](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Sa_250508_10.pdf). Acesso em 24.01.2012.

POCAR, Valério; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma: Laterza, 2001.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. *Filhos de Criação: uma abordagem paradigmática*. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9910-9909-1-PB.pdf>. Acesso em 25.01.2012.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v 5.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. v. 6. 4ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Jus Podivm. 2012.

SAMARA, Eni de Mesquita, *A Família Brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

SANTOS, Eliane Araque. Criança e adolescente: sujeitos de direitos. 2006. Disponível em: <http://www.ibict.br/revistainclusaosocial/include/getdoc.php?id=303&303article=57&mode=pdf>. Acesso em 03.05.2013.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. "Introdução ao Registro Civil das Pessoas Naturais", in *Introdução ao Direito Notarial e Registral*. São Paulo. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil - IRIB, SafE, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª. ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIERRA, Vânia Morales. *Família: teorias e debates*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Carlos Brandão Ildefonso e PENA, Luciana Calado. *Paternidade e seus aspectos registral, socioafetivo e biológico: a viabilidade jurídica de seus desmembramentos e os efeitos jurídicos decorrentes*. Disponível em: [http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?Itemid=96&id=429&option=com\\_content&task=view](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?Itemid=96&id=429&option=com_content&task=view). Acesso em: 23.04.2013.



SILVA, Marcos Alves. *De filho para pai: uma releitura da relação paterno-filial a partir do estatuto da criança e do adolescente*. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre, ano 2, n. 6, p. 23-30, jul/set. 2000.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de família*. v. 5. 7ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. "A disciplina civil-constitucional das relações familiares". *Temas de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VARELA, Fagundes. *Direito Matrimonial*. Lisboa: Livraria Petrony, 1996.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

\_\_\_\_\_. *Negatória de paternidade – vício de consentimento*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, nº 3, p. 75, out-dez 1999.

VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. São Paulo: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2003. v 1.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A Família*. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade (organiz.). *Temas atuais de direito civil na constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Separata da Revista da Faculdade de direito da Universidade de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, maio/1979.

\_\_\_\_\_. *Família Hoje*. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Modelo Constitucional da Filiação: Verdade e Superstições*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 2, nº 6, p. 20, jul.-set/2000.

\_\_\_\_\_. *O Modelo Constitucional da Filiação: Verdade e Superstições, apud ROCHA, Marco Túlio de Carvalho*. Prazo para impugnar a paternidade. Revista

Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, nº 13, p. 137, Abr - Maio – Jun/2002.

WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial*. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=611](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=611). Acesso em: 14.02.2013.