

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Débora Duarte de Lima

**FILIAÇÃO SOCIAFETIVA: A POSSE DE ESTADO DE
FILHO COMO CRITÉRIO INDICADOR DA RELAÇÃO
PATERNO-FILIAL E O DIREITO À ORIGEM
GENÉTICA**

São Paulo

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Débora Duarte de Lima

**FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: A POSSE DE ESTADO
DE FILHO COMO CRITÉRIO INDICADOR DA
RELAÇÃO PATERNO-FILIAL E O DIREITO À
ORIGEM GENÉTICA**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu', como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito de Família e Sucessões, sob orientação da Professora Deborah Regina Lambach Ferreira Costa

São Paulo

2014

**Dedico este trabalho aos meus pais,
Daniel e Fernando, por todo amor,
carinho, compreensão, apoio,
incentivo moral e suporte material
dado ao longo dessa jornada,
tornando realidade um sonho
idealizado.**

**Em agradecimento à Professora Deborah
Regina Lambach Ferreira Costa pelo seu empenho e dedicação nas diversas
análises deste trabalho.**

RESUMO

O presente estudo objetiva dissertar sobre a filiação socioafetiva elegendo a posse de estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial e o direito a origem genética.

A abordagem do tema Filiação será importante a fim de se obter um aparato geral sobre a evolução do instituto durante a história, em seus diversos aspectos jurídicos, entre outros pontos importantes a lhe darem uma noção básica e geral.

Em seguida, será analisada a filiação socioafetiva e a posse de estado de filho como instrumento hábil para a indicação da filiação socioafetiva e os efeitos jurídicos de sua aplicação, uma vez que a família estabelecida exclusivamente no casamento, cedeu espaço para a família estabelecida nos laços de afeto.

Analisaremos, também, o direito a origem genética, haja vista o reflexo oriundo dos progressos científicos no âmbito da reprodução assistida e a determinação da origem genética.

Por fim, ressaltaremos com essa pesquisa que consolidado o estado de filiação, é inaceitável a pretensão de sua modificação apenas com fundamento na origem biológica, haja vista serem os laços de afetividade norteadores das relações de família, mas deve ser assegurado o direito a busca da identidade biológica e da historicidade pessoal.

SUMÁRIO

1	Introdução	8
2	Filiação.....	10
2.1	Noções gerais e conceito	10
2.2	Evolução histórica	11
2.2.1.	filiação nas sociedades primitivas.....	11
2.2.2.	filiação no direito romano	12
2.2.3.	filiação no direito moderno	15
2.2.4.	filiação no direito brasileiro	16
2.2.4.1.	filiação no Código Civil de 1916	17
2.2.4.2.	filiação na Constituição Federal de 1988	18
2.2.5.	filiação na pós-modernidade - questões de biodireito.....	19
2.3	Classificação.....	23
2.4	Prova da filiação	29
3	Filiação Socioafetiva.....	33
3.1	Conceito, fundamento e natureza jurídica do estado de filiação	33
3.2	As verdades jurídica, biológica e socioafetiva.....	34
3.3	A afetividade como base da filiação	36
3.4	A afetividade como direito e dever jurídicos.....	38
3.5	Espécies de filiação socioafetiva	39
3.6	A posse de estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial	41
3.3.a.	A posse de estado de filho perante os tribunais	45
4	Direito à Origem Genética.....	51
4.1	Evolução histórica - Constitucionalização do direito civil.....	51

4.2	A identidade do indivíduo e o direito ao conhecimento da origem genética	52
4.3	Distinção entre o estado de filiação e direito da personalidade - Direito à origem genética como direito da personalidade, sem vínculo com o estado de filiação.....	55
4.4	Consentimento informado e o direito à origem genética - questões polêmicas	58
5	Conclusão.....	65

REFERÊNCIAS

1 Introdução

O ser humano se relaciona com outras pessoas, em diferentes graus de união, como pai e filho, marido e mulher, irmãos, amigos e etc.

A fim de tutelar essas relações, o ordenamento jurídico por meio de suas regras e princípios, busca proteger a pessoa humana e seus relacionamentos de forma compatível com a realidade.

Este trabalho visa o estudo das relações baseadas no afeto, com ênfase na posse de estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial e o direito à origem genética.

A filiação é a primeira matéria a ser estudada, com análise de sua evolução histórica iniciando nas sociedades antigas, passando pelo direito romano, direito moderno, direito brasileiro e finalizando na pós-modernidade, ressaltando as significativas alterações quanto ao reconhecimento de filhos, principalmente devido a grandes mudanças sociais, políticas e culturais, as quais levaram a uma reformulação do conceito de família.

Analisaremos em seguida a classificação e a prova da filiação, destacando as espécies de filiação existentes na legislação brasileira vigente e os meios de prova para identificação da pessoa.

Vale dizer que a família passou a ser fruto de uma comunhão de afeto recíproco, independente de imposição legal ou vínculo genético, tendo em vista o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, de maneira que o modelo tradicional de família, baseado no matrimônio, perde cada vez mais espaço para a nova família que vem surgindo, firmada na afetividade.

Assim, será abordado em seguida o tema da filiação socioafetiva, com análise de seu conceito, fundamento e natureza jurídica; as verdades jurídica, biológica e socioafetiva; a afetividade como base da filiação; a afetividade como direito e dever jurídicos e as espécies de filiação socioafetiva.

Posteriormente será objeto de estudo a posse de estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial, uma vez que a filiação socioafetiva é baseada principalmente na situação de fato, no qual alguém assume o papel de filho em face daqueles que assumem o papel de pai ou mãe ou pais frente à sociedade. Também serão analisadas decisões dos tribunais brasileiros acerca da posse de estado de filiação.

Por fim, trataremos sobre o direito à origem genética, compreendido especificamente no direito do filho socioafetivo em conhecer a identidade biológica dos seus genitores.

Assim, buscando esclarecer a definição do direito à identidade genética, enquadrando o direito ao conhecimento da identidade biológica no ordenamento jurídico brasileiro, busca-se explicar as mudanças normativas e a conseqüente constitucionalização do direito civil na perspectiva de classificar esse direito como fundamental e inerente à personalidade da pessoa humana.

Dessa forma, mereceu destaque a diferenciação necessária entre o direito ao estado de filiação e o direito da personalidade, analisando a evolução daquele no Direito de Família.

Finalmente, importante destacar as questões polêmicas acerca do consentimento informado e o direito à origem genética, haja vista a colisão de princípios constitucionais como o direito a privacidade e o direito a personalidade, ressaltando que a apreciação as particularidades de cada situação de conflito, identifica qual direito fundamental em questão garantirá uma maior proteção da dignidade da pessoa humana, a qual, somente estará assegurada, quando for possível a fruição dos direitos fundamentais.

Cabe esclarecer, mais uma vez, que este trabalho constitui uma breve análise da posse de estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial e o direito à origem genética, possuindo como propósito principal a demonstração de que com a formação do novo conceito de família, baseada nas relações de afeto, surge ao direito à necessidade de tutela dessas relações.

Por fim, os princípios norteadores presente na Carta Magna orientam o estudo do tema e exigem uma postura inovadora dos operadores do direito, com o objetivo primordial de preservar as relações de afeto, a dimensão existencial dos direitos e o princípio da dignidade da pessoa humana.

2 Filiação

2.1 Noções gerais e conceito

O ser humano não está apto a sobreviver de modo autônomo, tendo em vista as suas necessidades de cuidados especiais durante um longo período,¹ necessitando se relacionar com outras pessoas, em diferentes graus de união, com pai e filho, marido e mulher, irmãos, amigos e etc..

A procriação é um fato natural, do qual surtem inúmeros efeitos e consequências no ordenamento jurídico, como nos ensina San Tiago Dantas:

“O fato natural da procriação engendra importantes consequências jurídicas: entre os genitores e os filhos formam-se direitos e deveres recíprocos, sendo que o complexo desses direitos em relação à pessoa do filho constitui uma qualidade jurídica aderente ao indivíduo, o estado de filiação”.²

Filiação, na lição de Antônio Chaves, pode ser entendida como “*o vínculo existente entre pais e filhos, representado pela relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida.*”³

Com o passar dos anos, devido a grandes mudanças sociais, políticas e culturais, a própria ordem jurídica consagrou como fundamental o direito convivencial, refletindo na identificação dos vínculos de parentalidade, o que levou a reformulação no conceito de família.

Assim, podemos entender a filiação como a relação existente entre pais e filhos, independente de haver o vínculo genético ou biológico.⁴

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 362

² SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Direito de Família e das sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 1991 (revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros), p. 341

³ CHAVES, Antônio. *Filiação legítima*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo: Saraiva, 1977, v. 37, p. 314

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: Direito de família* – de acordo com a Lei 12.874/2013, 11ª ed. – São Paulo, Saraiva, 2014, p. 320.

Neste passo, tendo em vista a óptica moderna, a origem da filiação não têm sido o critério mais importante para estabelecer o vínculo de família, tendo em vista o pleno desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, além de que o vínculo familiar também pode ser originado da adoção.⁵

Assim, diante das transformações mais recentes, a família deixou de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar de maneira fundamental como grupo de afetividade e companheirismo, levando ao esvaziamento do conceito biológico da paternidade, surgindo assim expressão de desbiologização da paternidade.⁶

Deste modo, pode-se entender de maneira sintética que a filiação é “o vínculo que estabelece entre pais e filhos decorrente da fecundação natural ou inseminação artificial – homóloga ou heteróloga – assim como em virtude de adoção ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho.”⁷

Por fim, pode-se concluir que a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos, de maneira que estabelecer o estado de filiação é de suma importância na atualidade, uma vez que acarreta múltiplos direitos e deveres decorrentes do parentesco, dentre eles, o poder familiar, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral.⁸

2. 2 Evolução histórica

2.2.1. Filiação nas sociedades primitivas

A filiação na antiguidade teve um papel de grande relevância e importância, tendo como foco central, a perpetuação da família através da procriação e preservação do culto doméstico, uma vez que o mero laço sanguíneo isoladamente não constituía família.

Neste sentido, Fustel de Coulanges retrata a figura do homem como pertencente à família a fim de procriá-la, preservá-la e perpetuá-la, e diz:

“O filho que perpetuaria a religião doméstica seria fruto do casamento religioso, estando impedido para essa função o filho natural. Assim, o mero

⁵ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 466

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 363

⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, 14 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 231

laço sanguíneo isoladamente não constituía, para ao filho, a família, era-lhe ainda necessário o laço do culto. Pela mesma razão, o filho espúrio não tinha direito à herança”.⁹

Vale destacar que na sociedade romana, o nascimento de uma mulher significava a não perpetuação da família, uma vez que casando, esta renunciaria ao culto de seu pai, de maneira que adotaria ao culto do marido.

Neste passo, somente o nascimento de filho varão, é que se daria a preservação da família e sua perpetuação através do culto doméstico, que tomaria forma através de ato religioso.¹⁰

A família, por meio do culto religioso, foi o primeiro meio de formação social de que se tem notícia, representando assim grande relevância constitutiva, somente deixando de ser o elemento principal, através do desenvolvimento da sociedade.¹¹

2.2.2. Filiação no direito romano

No direito romano, várias formas de família foram desenvolvidas, podendo-se separá-las em dois grandes momentos: o da Roma Clássica e o da Pós-clássica.

Na época clássica, a família romana apresentava uma forma tipicamente patriarcal, sendo que o *pater familias* obtinha o poder absoluto sobre a vida e morte dos entes familiares.¹²

Deste modo, vale dizer que o *pater familias* podia rejeitar recém-nascidos, abandoná-los, vendê-los como escravos, casá-los e divorciá-los, dispor de seu patrimônio, ou ainda executá-los.¹³

Destaca-se que nos casos de filhos aleijados ou “monstruosos”, o abandono poderia ser visto como uma forma de obrigação daquele que detinha o *pater familiae*. Esse direito foi limitado no período Justinianeu, conforme nos ensina Carlos Alberto Dabus Maluf

⁹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, São Paulo: Martins Forense, 2000, p. 46

¹⁰ *Ibidem*, p. 47

¹¹ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Direito de Família e das sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 1991 (revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros), p. 10

¹² MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 467

¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 98-99

e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf “*No que tange ao filho aleijado ou monstruoso, havia dúvida se o abandono não era uma obrigação do “pater familias”. Posteriormente esse direito foi limitado, passando no período justinianeu, a assistência à criança abandonada a ser uma função de piedade pública.*”¹⁴

Em Roma, existiam duas espécies de parentesco: a *agnatício*, transmitida somente pelos homens, e o *cognatício* que se propagava pelo sangue, sendo portanto, meio de transmissão pelo genitor e genitora. Vale dizer que tal diferença foi abolida por Justiniano, mantendo-se somente a forma *cognatícia*.¹⁵

No direito clássico, os filhos eram divididos em três categorias distintas, sendo elas: “*iusti* ou *legitimi*”; os nascidos das *justas nuptiae* e adotivos; e na Roma pós-clássica: os legitimados, os *vulgo quaesiti* nascidos de união ilegítima; e os *naturales liberi* aqueles nascidos de relação concubinária.¹⁶

Assim, os filhos legítimos eram considerados aqueles que seguem a condição de pai, ligados pelos laços de sangue, possuíam entre eles o benefício da *competentiae*. Neste sentido, nos ensina Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

“Os filhos legítimos seguem a condição do pai, são ligados pelo parentesco consanguíneo e possuem, entre si, direitos e deveres. Aos filhos não era lícito intentar ações infamantes contra seus pais, e dependiam da autorização do pretor para citar seus genitores em juízo.”¹⁷

A legitimação na Roma Clássica era desconhecida, uma vez que surgiu tão-somente na época de Constantino, de maneira que os filhos espúrios não possuíam o direito de pedir o reconhecimento da figura do pai.

Neste passo, nasciam *sui iuris*, não se sujeitando a ascendência da família paterna, gozavam, entretanto, de todos os direitos do parentesco da família materna. Vale destacar que, o posterior matrimônio entre os pais, legitimava a situação dos filhos.¹⁸

¹⁴ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 467

¹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2, p. 247

¹⁶ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 468

¹⁷ *Ibidem*, p. 468

¹⁸ *Ibidem*, p. 468

A *adoptio* teve grande relevância entre os romanos, uma vez que o objetivo, por questões propriamente políticas ou familiares, era dar herdeiro a quem não os tinha. Vale destacar que, os filhos nascidos de relação concubinária, poderiam tornar-se legítimos com a utilização da *legitimatio*, rescrito imperial que data da Novela 74 de Justiniano.¹⁹

Por volta dos séculos XII a XVII, surgiu a teoria do casamento putativo, garantindo ao filho nascido de casamento posteriormente anulado, o direito de continuar sendo reconhecido como filho legítimo, desde que comprovada a boa-fé de qualquer dos pais. Passou-se a admitir também, a prova da paternidade por todas as formas, de maneira que, garantia a fixação de alimentos à mãe e ao filho.²⁰

Deste modo, verifica-se que a família em Roma era fundada sob a forte influência do *pater potestas*, uma vez que visando estabelecer uma base solidificada de organização social, se estabelecia segundo os interesses individuais ou estatais de forma perpétua.²¹

Na idade média, a figura do pater não mais funda a existência da família, que por sua vez, se define na figura do casamento como uma sociedade de vida, de comum acordo de vontades, desempenhando a filiação um papel de suma importância no que tange a direitos sucessórios.²²

Vale destacar que na idade medieval, a figura paterna continua responsável por decidir o destino da família, exercendo de forma ampla o poder familiar sobre os filhos tão-somente enquanto estes vivessem sob os cuidados dos genitores.²³

Deste modo, deixando o lar dos pais, pelo casamento, emancipação ou ainda que fosse pela aquisição de forma de vida honrada, cessava-se o exercício do poder parental.²⁴

¹⁹ CRETILLA JÚNIOR. José *Curso de direito romano*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 108-109

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 13

²¹ MALUF, Carlos Alberto Dantas, DABUS MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 469

²² NAUDAD, Stéphane. *L'homoparentalité*,: une nouvelle chance pour la famille? Paris: Fayard, 2002, p. 22

²³ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Direito de Família e das sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 1991 (revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros), p 41-53, 64

²⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. Ed, Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1995, p. 614

2.2.3 Filiação no direito moderno

A evolução do direito de família se deu propriamente nos séculos XI a XIX, uma vez que após a reforma religiosa, houve o enfraquecimento da solidariedade familiar, e o Estado passou a garantir a ordem pública.²⁵

Nesse período, ainda havia tratamento diverso quanto à origem dos filhos, de maneira que somente a partir do século XVIII, com o decreto da Lei de 15 Thermidor, ano IV, os filhos naturais e legítimos são equiparados em todos os efeitos, inclusive os sucessórios. Tal Lei foi abolida, vedada pelo artigo 340 do Código de Napoleão, mantendo-se a distinção dos filhos, somente garantindo aos filhos naturais direitos sucessórios e uso do nome paterno.²⁶

A Revolução Francesa modifica o panorama dos filhos bastardos, suprimindo qualquer menção discriminatória quanto ao *status* dos filhos havidos fora do matrimônio.²⁷

O reconhecimento dos filhos naturais se deu de diversas formas no âmbito internacional: o Código italiano de 1865 garantia direitos e deveres decorrentes da relação familiar; já o Código português de 1867 somente permitia a investigação de paternidade em casos específicos, tais como posse de estado, rapto e estupro. O Código Civil alemão de 1896, com uma postura mais liberal e avançada, permitia a investigação de paternidade e considerava o filho natural parente somente dos irmãos de sua genitora; já o direito inglês não concedia qualquer direito ao filho ilegítimo, que era considerado como filho sem ascendentes.²⁸

No século XIX dava-se início a um movimento em prol do reconhecimento dos filhos ilegítimos, mas somente no início do século XX essa situação começou a se concretizar, com a revogação do artigo 340 do Código de Napoleão, a investigação de paternidade passou a ser permitida com todos os efeitos do reconhecimento decorrentes.

O Código Civil suíço de 1907 favoreceu o reconhecimento do filho ilegítimo pelo pai; A Lei de proteção aos filhos (Lei Portuguesa de 25 de dezembro de 1910) permitia o reconhecimento do filho ilegítimo mesmo na vigência do casamento, utilizando o testamento

²⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1995, p. 615

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 15-16

²⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1995, p. 619

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 14-15

cerrado ou averbação à margem do assento do registro; o Código Civil italiano admitia o reconhecimento da paternidade ou maternidade de forma voluntária atribuindo amplos efeitos; no direito inglês significativas modificações ocorreram através do *Legitimacy Act* em 1926 e do *Family Law Reform Act* em 1969, mas as alterações principais se deram com a *Affiliation Proceedings*, que permitiu o ajuizamento da ação de reconhecimento de paternidade, garantindo assim, o acesso ao direito sucessório.²⁹

A maioria do filho fazia cessar o poder familiar, fato este que levou ao declínio do poder parental.³⁰

2.2.4 Filiação no direito brasileiro

No Brasil, sofrendo as influências do direito canônico, romano e germânico, o casamento representou a fonte de legitimação da família, e em consequência deste fato, surgiram várias modalidades de filiação.³¹

As Ordenações do Reino, as disposições contidas no Livro IV, Título 92 e 93, manteve a diferença entre filhos ilegítimos e legítimos, sendo primordial para questões sucessórias, a origem familiar, ou seja, o filho ainda que ilegítimo, herdava se o pai fosse plebeu; e os ilegítimos de pais nobres não possuíam direitos sucessórios, somente direitos aos alimentos.³²

A Constituição Imperial de 1824 em seu art. 179, n. 13, estabeleceu a igualdade de filiação perante a lei, mas foi a Lei nº 463, de 2 setembro de 1847, que deu fim à distinção entre “*status de filiação*”, igualando filhos de nobres e de plebeus.³³

Surgindo o Decreto n. 3.069, de 17 de abril de 1863 e o Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, momento em que o casamento civil foi instituído, os filhos naturais dos acatólicos passaram a ser reconhecidos pelo pai; assim como a paternidade pela confissão

²⁹ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 475

³⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1995, p. 619

³¹ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 475

³² *Ibidem*, p. 476

³³ *Ibidem*, p. 476

espontânea passou a ser permitida em escritura pública, ato de nascimento ou em qualquer outro documento autêntico feito pelo genitor.³⁴

2.2.4.1 Filiação no Código Civil de 1916

Na elaboração do Código Civil de 1916, surgiram os primeiros rudimentos acerca da proteção dos filhos naturais, encabeçado por Clóvis Beviláqua, que nos ensina que é a concepção do filho na constância do matrimônio que importa o *status* de filho legítimo. Assim, o casamento nulo nenhum efeito produz em relação aos filhos, salvo se for declarado putativo.³⁵

Os filhos legítimos eram os originais de justas núpcias. Não havendo casamento entre os pais, os filhos eram considerados “ilegítimos naturais”, quando havia impedimento para o matrimônio entre os genitores; e “ilegítimos espúrios”, quando a lei proibía a união dos pais.³⁶

Os espúrios, oriundos de relacionamento conjugal proibido pelo Código, poderiam ser classificados em adúlteros, que são aqueles decorrentes de relação no qual, um ou ambos os pais são casados; ou incestuosos, se decorresse da relação entre parentes de proximidade em grau.³⁷

Vale dizer que, à filiação adúltera ou incestuosa, não era passível de legitimação, pois o próprio Código retirava essa oportunidade, uma vez que adotava a distinção entre filiação legítima e ilegítima.³⁸

O aludido diploma possuía um capítulo destinado à *legitimação* como um dos efeitos decorrentes das núpcias, conferindo aos filhos havidos anteriormente os mesmos direitos dos filhos legítimos, como se houvessem sido concebidos após o casamento.³⁹ Assim, dizia o

³⁴ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 477

³⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1950. v. 2 (atualizado por Achilles Beviláqua), p. 295-328

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: Direito de família – de acordo com a Lei 12.874/2013*, 11ª ed. – São Paulo, Saraiva, 2014, p. 321

³⁷ *Ibidem*, p. 321

³⁸ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 477

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: Direito de família – de acordo com a Lei 12,874/2013*, 11ª ed. – São Paulo, Saraiva, 2014, p. 321

artigo 352 do referido Código que “os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos”.

2.2.4.2 Filiação na Constituição Federal de 1988

A partir do século XX, a nossa legislação seguindo a tendência universal, foi sendo alterada, de maneira que as diversas formas de filiação foram sendo equiparada até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal foi responsável por retirar do ordenamento, qualquer distinção entre os filhos, abolindo assim, a proibição do reconhecimento dos filhos ilegítimos.⁴⁰

Tal proibição de diferenciação e discriminação quanto à filiação, esta contida na redação do artigo 227, § 6º, da Carta Magna, sendo o referido dispositivo, responsável pela revogação do artigo do Código Civil que vedava o reconhecimento dos filhos espúrios.⁴¹ E assim preceitua:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
§6º - 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.”

Desta forma, a Constituição Federal viabilizou a mudança do paradigma, sendo que a filiação passou a ser estabelecida pelo fato do nascimento, de maneira que a questão da origem da concepção tornou-se de pouca relevância, podendo ser lícita, ilícita, ética ou não. Assim, as terminologias legítima, ilegítima e adotiva, tornaram-se de importância somente para compreensão didática, e não mais jurídica.⁴²

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 362

⁴¹ *Ibidem*, p. 362

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, 14 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 232

2.2.5 Filiação na pós-modernidade – questões de biodireito

A sociedade contemporânea, diante da enorme evolução no campo da biotecnologia, acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de novas formas de filiação.

Esses avanços tecnológicos na área da reprodução humana, pode ser vista como uma forma de intervenção do homem no processo de procriação natural visando possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade alcancem a maternidade ou a paternidade almejada.⁴³

Inúmeras consequências jurídicas advêm do uso das técnicas de reprodução humana assistida, diante do fato de que inexistente no Brasil uma legislação que regule essa prática, apenas dirimidas pelas normas de conduta e éticas definidas pela Resolução n. 1957/2010 do CFM.⁴⁴

O Código Civil, em seu artigo 1.597, prevê duas formas de reprodução assistida: a homóloga e a heteróloga.

A fecundação artificial homóloga, decorre da manipulação de gametas do próprio casal, não havendo assim, a necessidade de autorização do cônjuge para a inseminação.

Vale ressaltar que a mesmo com a permissão legal, não significa que a prática da inseminação ou fertilização *post mortem* seja autorizada ainda que tenha o cônjuge falecido fornecido o sêmen, sendo necessária a autorização expressa para realização de tal procedimento, haja vista o princípio da autonomia da vontade consagrado na Carta Magna.⁴⁵

Neste passo, caso não haja essa autorização, os embriões devem ser eliminados, uma vez que não se pode presumir que alguém queira ser pai após o seu falecimento.⁴⁶

Com relação aos direitos sucessórios, deve-se atentar aos princípios que regem a transmissão da herança (artigos 1.784 a 1.787, CC), sendo que a capacidade para suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão.

⁴³ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 531

⁴⁴ *Ibidem*, p. 531

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo, : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 376

⁴⁶ *Ibidem*, p. 377

Assim, o filho nascido ou concebido, ainda que decorrente de inseminação artificial, tem direito à sucessão, conforme dispõe o artigo 1.798 do Código Civil, com ressalvas aos direitos do nascituro consubstanciados no artigo 2º do Código Civil.⁴⁷

A grande discussão gira em torno do embrião pré-implantatório ser ou não sujeito de direitos, possuir ou não personalidade e direitos a sucessão.

A questão encontra-se longe de ser pacificada pela Doutrina ou Jurisprudência Brasileira, havendo posições no sentido de que a lei somente menciona “pessoa concebida” não impondo a necessidade de implantação no ventre materno. No entanto há posições no sentido de que somente pode-se reconhecer e proteger os direitos do embrião quando este já está implantado no aparelho reprodutor da genitora, uma vez que somente a partir da implantação do embrião, é que o mesmo tem a possibilidade de nascer.⁴⁸

Vale lembrar que, a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Carta Magna consagra a igualdade entre os filhos, não podendo assim, a legislação infraconstitucional restringir os direitos do filho concebido pelas técnicas da reprodução assistida *post mortem* com base no princípio da liberdade e o direito ao planejamento familiar.⁴⁹

Fazendo um adendo, o direito ao planejamento familiar trata-se da realização de projeto de parentalidade, sem interferência estatal ou societária no estabelecimento de limites ou condições, sendo garantido em sede constitucional, a liberdade no desenvolvimento do projeto familiar e ao acesso aos modernos métodos de reprodução assistida.⁵⁰

Vale destacar que, o planejamento familiar é simploriamente referido no Código Civil em seu artigo 1.565, §2º e encontra-se regulamentado na Lei 9.263/96, é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas garantindo o acesso igualitário aos meios, informações, métodos e demais técnicas disponíveis que regulam a reprodução.⁵¹

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 377

⁴⁸ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 531

⁴⁹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 171

⁵⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 394

⁵¹ LÔBO, Paulo. *Código Civil comentado*, Famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44

No mais, quanto à reprodução assistida *post mortem*, é importante dizer que não havendo a concepção ao tempo da morte do dono do sêmen, caso nasça com vida, o filho terá direito à herança na hipótese de ter o pai expressamente manifestado sua autorização para que a fertilização pudesse ocorrer depois de seu falecimento, como entende Maria Berenice Dias.⁵²

A fecundação artificial heteróloga, por sua vez, ocorre por meio da doação do material genético de um terceiro homem que não seja o cônjuge, contanto com o consentimento deste último.

Desta forma, o fornecedor do sêmen é afastado da paternidade, estabelecendo-se uma filiação legal, de maneira que ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não há possibilidade de a filiação ser posteriormente impugnada, é o que se chama de presunção absoluta de paternidade socioafetiva.⁵³

Vale destacar que o consentimento do marido ou companheiro pode ser dado até a implantação do óvulo no útero materno, ou seja, não se admite a retratação do cônjuge após o processo implantatório, uma vez que a gestação já encontra em andamento. No entanto, a autorização não pode ter duração definitiva, bastando figurar o caso de dissolução da sociedade conjugal ou o término da união do casal para sua revogação.⁵⁴

A presunção da paternidade, que subsiste mesmo após o falecimento do marido, é dos temas que tem gerado inúmeras discussões doutrinárias, havendo quem entende que a mulher deve se manter no estado de viuvez para que possa se submeter ao processo de fecundação; e outros que entendem e defendem que tal exigência é descabida, tendo em vista os métodos tecnológicos para busca da filiação biológica da criança, como é o caso do exame de DNA. Neste último sentido, nos ensina Maria Berenice Dias:

“Há quem exija que a mulher, para submeter-se ao procedimento de fecundação, se mantenha no estado de viúva. Tal exigência é absurda, além de não trazer a certeza de que ela não mantém relações sexuais com alguém. Também é preconceituosa e desnecessária, em face da segurança do exame de DNA.”⁵⁵

⁵² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 378

⁵³ CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira . São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 18, p. 47

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 378

⁵⁵ *Ibidem*, p. 378

Vale destacar que, os embriões concebidos por meio de manipulação genética, e que não foram implantados no ventre de uma mulher, são chamados de embriões excedentários. Eles ficam armazenados na clínica que levou a efeito a fertilização, e embora gere inúmeras controvérsias persiste ainda a posição de os embriões excedentários somente poderão ser utilizados para fins de pesquisa e terapia, após três anos após o congelamento e com a devida autorização dos proprietários do material genético.⁵⁶

Há ainda outras formas, como a gestação por substituição, popularmente conhecida como “barriga de aluguel” que pode ser entendida como a cessão temporária de útero para gestação do filho concebido com material genético de terceira pessoa, e apesar da expressão, a Constituição expressamente proíbe a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância.⁵⁷

Para Maria Berenice Dias, a maternidade por substituição poderia ser entendida como um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a gestatriz obrigações de fazer e não fazer, que culminaria com a obrigação de dar, consistente na entrega da criança. Assim, como a vida humana é indisponível e, por conseguinte, não pode ser objeto de contrato, seria o negócio nulo por ilicitude do objeto (artigo 104, II, do CC).⁵⁸

Há doutrinadores que além de defenderem o uso da técnica, posicionam-se a favor da utilização dos contratos de gestação, e sua validade, entendendo-se tratar de uma espécie de contratação de serviço pessoal, sendo portanto, uma modalidade autônoma de contrato;⁵⁹ ou ainda, que o objeto contratual não seria a criança em si, mas o útero prestado por terceiro, conforme o princípio da autonomia da vontade.⁶⁰

A Resolução n. 1.957/2010 do CFM, admite a utilização da gestação por substituição, desde que o faça sem fins lucrativos, devendo ser a pessoa cedente parente até o segundo grau

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 376

⁵⁷ *Ibidem*, p. 379

⁵⁸ *Ibidem*, p. 379

⁵⁹ WELTER, Pedro Belmiro. *Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 241

⁶⁰ MENDES, Christine Keler de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 180. Disponível em: Acesso em: 04jun2014

da proprietária do material genético, se admitindo também, que parentes por afinidade possam ceder o útero, embora seja omissa a norma regulamentadora.⁶¹

A maternidade de substituição tem o condão de desestruturar o conceito de filiação, uma vez que elimina a presunção *mater semper certa est*, ou seja, que a mãe é sempre certa determinada pela gestação e pelo parto. Consequentemente também é eliminada a presunção *pater est*, de o pai ser o marido da genitora.⁶² Assim, a mãe gestacional pode ser classificada legalmente como a “mãe civil”, uma vez que dá a luz a criança, mas o filho não possui sua carga genética. Diante dessa hipótese de concepção, pode-se afirmar que a gestatriz é sempre certa.⁶³

Por fim, vale dizer que nos casos da gestação por substituição, embora seja a gestatriz quem recebe a declaração do nascimento do filho, imprescindível assegurar a mãe biológica o direito de a criança ser registrada diretamente em seu nome, devendo ser buscado no Poder Judiciário, tal possibilidade antes mesmo do nascimento da criança, garantindo assim, o direito à identidade ao nascituro.⁶⁴

2.3 Classificação

A filiação pode ser dividida apenas didaticamente, em duas categorias basilares: A filiação matrimonial, oriunda da união de pessoas ligadas pelo casamento válido ao tempo da concepção, ainda que venha este a ser juridicamente considerado nulo, anulável ou inexistente; e a filiação extramatrimonial que fica caracterizada por pessoas que não contraíram núpcias válidas tendo em vista o impedimento jurídico ou por falta de vontade, podendo ser natural ou espúria (adulterina ou incestuosa).⁶⁵

A rigor, para que se possa falar em filiação matrimonial, o casamento entre os genitores deve ser anterior ao nascimento do filho e até a sua concepção, ressaltando ainda

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 379

⁶² *Ibidem*, p. 380

⁶³ VILLELA, João Baptista. Procriação, paternidade e alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.146

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 380

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5: direito de família, 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 503

que, o filho concebido antes das núpcias e nascido após a celebração do matrimônio, é considerado filho matrimonial.⁶⁶

Assim, analisando as hipóteses tratadas no artigo 1.597, I e II do Código Civil, temos que presumem-se concebidos na constância do matrimônio, os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida e convivência conjugal, ou dentro de trezentos dias após a dissolução do matrimônio.⁶⁷

Neste passo, possível verificar que a Lei determina o período em que começa e termina a presunção, considerando uma dupla presunção: de fidelidade e coabitação da esposa e de reconhecimento implícito e antecipado da filiação feita pelo homem ao contrair as núpcias. Assim, estabelece-se nesse caso, uma presunção *juris tantum* da paternidade, de maneira que o marido será o pai até que prove ao contrário.⁶⁸

Ressalta-se que o mencionado prazo de cento e oitenta dias, começa a fluir a partir do início da convivência conjugal, uma vez que o legislador quis resguardar os casos de casamentos por procuração. Assim, a criança nascida após seis meses das núpcias do casal, presume-se filho de ambos, assim como se nascido cento e oitenta dias antes da celebração do matrimônio, cabendo ao marido o direito imprescindível de contestar a paternidade (artigo 1.601, CC).⁶⁹

Vale informar que o Código Civil de 1916, em seu artigo 339, previa que a “legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias, de que trata o inciso I do artigo antecedente, 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 lavrar-se o termo de nascimento do filho, se contestar a paternidade”. Assim, se desejasse contestar a paternidade deveria comparecer ao cartório, ordenando a abertura do termo de nascimento do filho de sua esposa, ressaltando que como o nascimento se dera antes de seis meses da convivência conjugal a criança não era seu filho, resguardando o seu direito de propor posteriormente a ação negatória de paternidade.⁷⁰

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5: direito de família, 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 503

⁶⁷ *Ibidem*, p. 504

⁶⁸ *Ibidem*, p. 504

⁶⁹ *Ibidem*, p. 505

⁷⁰ *Ibidem*, p. 505

Assim, com a evolução e as descobertas na área genética humana através das ciências, essas concepções não mais têm espaço, pois atualmente além dos exames de prova de filiação, dentre eles o exame de DNA, conta com a moderna medicina reprodutiva com a aplicação de técnicas cada vez mais diversificadas, como as técnicas de reprodução humana assistida.⁷¹

Analisando-se o inciso II – filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento. Assim, o filho nascido após a dissolução do vínculo conjugal, ainda é considerado matrimonial, pois poderia ter sido concebido no último dia da vigência do casamento, caso contrário, se nascido após esse período, considerado será, concebido após a extinção da sociedade matrimonial.⁷²

Importante destacar que, a luz do referido inciso, também são considerados filhos matrimoniais os concebidos em casamento declarado nulo ou anulável, ou seja, com base no entendimento do direito de filiação atual, filho é sempre filho, independente da validade ou eficácia do matrimônio.⁷³

O inciso III do mesmo dispositivo, dispõe sobre inseminação artificial homóloga: filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Desta forma, o filho concebido através das técnicas de reprodução medicamente assistida, presume-se filho do falecido cônjuge, ou seja, o filho concebido *post mortem*, terá direito a um lar conjugal, até porque a Constituição Federal protege a família monoparental. Vale ressaltar que, embora não tenha sido declarado expressamente pelo Código Civil, entende-se que o marido deve prévia e expressamente anuir para a realização dessa técnica (Resolução CFM n. 2013/2013, seção VIII), haja vista ter propriedade sobre as partes destacadas de seu corpo.⁷⁴

Quanto ao inciso IV, trata sobre os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. Assim, em virtude da vontade de procriação e da manifesta aceitação das técnicas reprodutivas externada através do consentimento informado, o filho poderá ser gerado “a qualquer tempo”, inclusive após a

⁷¹ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 484

⁷² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5: direito de família, 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 506

⁷³ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 484

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5: direito de família, 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 507

morte de qualquer dos cônjuges, observando os prazos constantes da Lei de Biossegurança, Lei n. 11.105/2005.⁷⁵

O inciso V refere-se aos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Neste caso, a relação matrimonial é baseada na socioafetividade, uma vez que o material genético é de doador e não do pai. Vale destacar que, a exigência de anuência expressa na adoção desta prática é imprescindível, uma vez que havendo arrependimento, não poderá alegar a dispensa da paternidade em virtude da não correspondência biológica, haja vista que o doador do sêmen não é considerado pai, visto que a técnica garante o não estabelecimento da relação de parentesco, nem a responsabilidade civil do doador.⁷⁶

A presunção de paternidade não é *juris et de jure* ou absoluta, mas *juris tantum*, ou relativa que diz respeito aos pais, que podem elidi-la provando o contrário, cabível, portanto, a ação negatória da paternidade ou da maternidade.⁷⁷

O Código Civil em seu artigo 1.601 autoriza ao marido o ajuizamento da ação negatória de paternidade, em qualquer caso, uma vez que a respectiva ação é marcada pela imprescritibilidade, cabendo-lhe, entretanto o ônus da prova.⁷⁸

Assim, cabe privativamente ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua esposa, tratando-se de ação personalíssima, só se transmite aos herdeiros se já iniciada em vida pelo suposto pai. Nesse caso, podem os herdeiros dar prosseguimento na demanda até a prolação da sentença.⁷⁹

Vale destacar casos de adultério da mulher, ainda que confessado, não basta para ilidir a presunção legal da paternidade, podendo, entretanto, funcionar como prova complementar da contestação da paternidade, conforme artigo 1.600 do Código Civil.⁸⁰

O direito à contestação da relação de filiação, oriunda ou não de casamento, além de ser imprescritível, deve caber aquele que consta do registro de nascimento como pai, como

⁷⁵ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 485

⁷⁶ *Ibidem*, p. 485/486

⁷⁷ *Ibidem*, p. 488

⁷⁸ *Ibidem*, p. 488

⁷⁹ *Ibidem*, p. 488

⁸⁰ *Ibidem*, p. 488

também ao filho e ao verdadeiro genitor, em observância aos princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e da verdade real nas relações de filiação.⁸¹

No sistema atual adotado pelo Código Civil, utilizando-se a modalidade de reprodução artificial homóloga *post mortem*, cabe aos herdeiros o direito de intentar ação impugnativa da filiação; assim como naqueles casos em que se o nascimento ocorre após o decurso do prazo de trezentos dias após a saída do cônjuge do lar conjugal.⁸²

Para desconstituir a relação de filiação, existem dois tipos de ação: a ação negatória de paternidade e a ação de anulação de registro civil.

A ação negatória de paternidade tem caráter personalíssimo, podendo ser proposta apenas pelo consorte a qualquer tempo, haja vista ser imprescritível, em face do filho, que se for menor, será representado por curador *ad hoc*.⁸³

A ação segue o rito ordinário, sendo acompanhada pelo representante do Ministério Público, que opinará sobre o mérito. A sentença judicial será proferida e deverá ser averbada à margem do registro de nascimento, conforme a Lei de Registros Públicos, sendo assim, oponível *erga omnes*, produzindo efeitos em relação aos membros da família.⁸⁴

Concernente à ação anulatória do registro civil, a jurisprudência tem admitido um leque maior de legitimados para propô-la, como os avós em caso de falsidade ideológica da paternidade; e os tios, nos casos de alegada fraude ou simulação, de maneira que não sendo ação privativa do consorte, não há prazo decadencial.⁸⁵

Por fim, pode-se ainda contestar a maternidade provando-se que a suposta mãe não teve o filho; configurando a simulação de parto; a falsidade do registro ou a substituição do recém-nascido. A ação é imprescritível, não privativa, e pode ser intentada por quem tenha ou prove ter, de alguma forma, legítimo interesse.⁸⁶

⁸¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*, 41. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 435/436

⁸² *Ibidem*, p. 288

⁸³ *Ibidem*, p. 288

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5: direito de família, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 524

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 14. ed. atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 344/345

⁸⁶ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 491

Em suma, a ação negatória de paternidade e a anulatória de registro civil são ações de estado, cujo objetivo principal é conferir ou negar ao filho um *status* determinado, não sendo assim objeto de transação, podendo ser admitidas somente em relação a direitos patrimoniais de caráter privativo.⁸⁷

A filiação extramatrimonial é aquela decorrente de relações não matrimoniais, sendo que o Código Civil estabelece em seu artigo 1.607 o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, que pode ser feito pelos pais, conjunta ou separadamente, de forma voluntária ou judicial, independente da dissolução da sociedade conjugal.⁸⁸

O reconhecimento voluntário é regulamentado pelo artigo 1.609 do Código Civil e estabelece que o reconhecimento dos filhos poderá ser feito no registro de nascimento; por escritura pública ou particular; por testamento e por manifestação direta e expressa perante o juiz, repetindo assim, a redação do artigo 1º da lei 8.560/92.⁸⁹

Importante destacar que, o reconhecimento pode preceder ao nascimento da criança ou ser posterior a sua morte (artigo 1.609, parágrafo único); não podendo ser revogado, mesmo se feito em testamento (artigo 1.610).⁹⁰

O Código Civil estabelece em seu artigo 1.611, que o filho extramatrimonial reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro; enquanto menor, o filho reconhecido ficará na guarda do genitor que o reconheceu; se ambos o reconhecerem, sob a guarda daquele que melhor atender seus interesses (artigo 1.612), mas é vedado o reconhecimento de filho maior sem seu consentimento, e é concedida ao menor a faculdade de impugnar o reconhecimento em até quatro anos após sua maioridade ou emancipação (artigo 1.614).⁹¹

Assim, possível verificar que o reconhecimento da filiação extramatrimonial, antes vedado na vigência do Código Civil de 1916, visa à proteção ao interesse da criança, não importando assim, os atos praticados pelos pais e moralmente reprovados pela sociedade.

⁸⁷ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 491/492

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5: direito de família, 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 526

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: Direito de família – de acordo com a Lei 12,874/2013*, 11ª ed. – São Paulo, Saraiva, 2014, p. 350

⁹⁰ *Ibidem*, p. 345

⁹¹ *Ibidem*, p. 352

2.4 Prova da filiação

A certidão de nascimento é a prova da filiação mais eficiente, de maneira que o registro efetuado de acordo com os artigos 50 e seguintes da Lei de Registros Públicos, prova o nascimento como também a paternidade. Assim, a certidão extraída do termo então lavrado, constitui a prova mais comum e mais completa da filiação, conforme artigo 1.603, CC.⁹²

Neste passo, o registro prova o nascimento e estabelece presunção de veracidade de suas declarações, não cabendo a ninguém impugnar a veracidade, a menos que exista erro ou falsidade do declarante, quando então poderá ser promovida a ação de anulação do assento do termo de nascimento, conforme estabelece o artigo 113 de Registros Públicos.⁹³

Assim, o termo de nascimento constitui a prova principal da filiação, mas não a única, suprindo-se a lacuna de identificação da pessoa através dos recursos obtidos pela reprodução de todo gênero de provas. Essas provas só se admitem nas duas hipóteses estabelecidas em lei, ou seja, desde que haja começo de prova por escrito, advinda dos genitores, conjunta ou separadamente, ou desde que existam flagrantes presunções decorrentes de fatos já conhecidos e certos (artigo 1.605, CC).⁹⁴

Tendo em vista a pós-modernidade e os avanços tecnológicos, pode-se aduzir que existe atualmente uma nova forma de presunção de parentalidade, seja paternidade ou maternidade *pater/mate ris et quem DNA demonstrant*.⁹⁵

O reconhecimento da filiação e a consequente alteração do *status* familiar representa um direito personalíssimo do interessado, de maneira que somente poderá ser intentada pelos herdeiros no caso de sua morte (artigo 1.606, CC); caso seja menor, a ação será proposta pelo respectivo representante legal, que defende o direito de terceiro em nome do interessado e não em nome próprio.⁹⁶

Assim, possível verificar que a legitimidade para propor ação de investigação de paternidade ou maternidade não cabe a qualquer pessoa, contudo, a legitimidade passiva para contestar a ação pleiteada é atribuída a qualquer pessoa que tenha interesse moral ou

⁹² MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 504

⁹³ *Ibidem*, p. 504

⁹⁴ *Ibidem*, p. 505

⁹⁵ *Ibidem*, p. 506

⁹⁶ *Ibidem*, p. 506

econômico do desfecho da ação, como é o caso do cônjuge, filhos, parentes e pessoa jurídica obrigada ao pagamento da pensão, conforme entendimento do artigo 1.615, CC.⁹⁷

Vale destacar que o reconhecimento é irrevogável, porém pode vir a ser anulado caso não tenham sido observadas as formalidades legais, ou, então, se eivado estiver de algum dos defeitos dos atos jurídicos.⁹⁸

Desta forma, a perfilhação atribui direitos e impõe deveres entre as partes envolvidas, não podendo ser efetuada contra a vontade do perfilhado. Assim, atingindo este a maioridade, o reconhecimento não poderá ocorrer sem a sua concordância, que pode ocorrer simultânea ou posterior ao ato, independente de forma especial; se de menor idade, cabe-lhe o direito de impugnar o reconhecimento nos quatro anos subsequentes à aquisição da capacidade civil.⁹⁹

Neste passo, a Lei n. 8.560/92 permite aos pais oportunidade para o reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento, haja vista a proteção do menor e da família, nos termos dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal.¹⁰⁰

Vale dizer que, o Código Civil não estabelece as hipóteses em que a ação de investigação poderá ser proposta, possibilitando assim, a busca da verdade biológica por parte dos interessados.¹⁰¹

O exame de DNA das partes, confere inegável grau de certeza da relação de filiação, os demais como: prova das relações sexuais; semelhança fisionômica; posse de estado de filho; odontologia legal e análise da tipagem sanguínea são meios de prova que não fornecem absoluta certeza.¹⁰²

O DNA (ácido desoxirribonucleico) é o componente da base genética humana, responsável pela formação do indivíduo, representando assim, a programação biológica da pessoa no passado, no presente e no futuro.¹⁰³

⁹⁷ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 507

⁹⁸ *Ibidem*, p. 507

⁹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*, 41. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 460/461

¹⁰⁰ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 508

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 508

¹⁰² *Ibidem*, p. 512

¹⁰³ *Ibidem*, p. 513

Assim, o DNA é responsável pela identidade genotípica da pessoa, pois ele é a imagem científica do indivíduo, representando um tipo especial de propriedade por conter informações diferentes dos outros tipos de informações pessoais, sendo portanto, uma forma de intimidade¹⁰⁴

Neste passo, de acordo com o artigo 7º da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, a privacidade deverá ser respeitada, tendo em vista o princípio da autodeterminação e da intimidade da pessoa examinada¹⁰⁵, podendo ocorrer a recusa à realização do exame de DNA. Caso isso ocorra, no estado atual de direito, nenhum meio tem o magistrado para coagir uma das partes a submeter-se a esse exame comparativo, tendo em vista a violação de direitos da personalidade e autonomia que concerne aos procedimentos médicos.¹⁰⁶

Ocorre que, a recusa à realização do exame de DNA representa um dano ao projeto de vida da criança, evidenciado numa modalidade de dano existencial. A fim de evitar esse dano, a jurisprudência dos tribunais estaduais já vinha se posicionando no sentido de que a recusa caracteriza forte indício de prova de filiação, a ser analisada no conjunto probatório.¹⁰⁷

Tal posicionamento foi consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou súmula no sentido de que se a recusa for injustificada, presume-se a relação de filiação. Assim, a súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.¹⁰⁸

Diante da recusa à realização do exame, o artigo 232 do Código Civil possibilita ao magistrado julgar o pedido investigatório procedente, reconhecendo o investigando como genitor da criança. Vale destacar também a importância do artigo 231 do mesmo diploma legal, que estabelece que aquele que vier a negar-se a efetuar exame médico não poderá aproveitar-se de sua recusa, persistindo a presunção ficta de paternidade ou de maternidade, tendo em vista o interesse do menor e o seu direito à identidade genética.¹⁰⁹

¹⁰⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito da personalidade no novo Código Civil e elementos genéticos para a identidade da pessoa humana*, In DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo, Método, 2003, v. 1, p -85/87

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual de biodireito*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 371

¹⁰⁶ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 515

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 515

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 516

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil comentado*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 192

A sentença que julgar procedente a ação investigatória surtirá os mesmos efeitos do reconhecimento, podendo, no entanto, determinar que o filho se crie e eduque longe da companhia do pai que negou essa qualidade. Essa é a inteligência do artigo 1.616, CC.¹¹⁰

Vale informar que nas ações de investigação de paternidade, ainda que iniciadas pelo Ministério Público, se julgado procedente o pedido, o magistrado fixará alimentos definitivos ou provisionais, se deles necessitar o reconhecido. A decisão deverá ser averbada no registro competente, conforme a Lei n. 8.560/92.¹¹¹

A ação de reconhecimento da filiação é imprescritível, indisponível e personalíssima, ou seja, assiste ao filho o direito de reclamar a investigação, enquanto vivo.¹¹²

Por fim, a investigação de maternidade é permitida em nossa legislação, sem qualquer restrição, desde que surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, decaindo assim, o referido brocardo romano *mater semper certa est*, que vigeu durante séculos, haja vista o avanço das técnicas de reprodução assistida em virtude do desenvolvimento da biotecnologia.¹¹³

Trata-se de ação imprescritível e poderá ser promovida sob o rito ordinário, pelo filho, ou seu representante legal se menor, em face da mãe, seus herdeiros, legatários ou ainda o Ministério Público, como substituto processual.¹¹⁴

A sentença proferida na ação de reconhecimento da filiação tem natureza declaratória e não constitutiva, uma vez que possui o cunho de declarar a existência de uma relação filial preexistente, de maneira que os danos ao filho, decorrentes da violação a seus direitos ocorridos antes do trânsito em julgado da sentença que reconhece a paternidade ou maternidade, são indenizáveis.¹¹⁵

O próximo capítulo tem por objetivo primordial o estudo da filiação socioafetiva, haja vista que atualmente, a afetividade, além de ser um sentimento inerente à vida psíquica e moral do ser humano, apresenta também um valor ético e jurídico, ligado aos princípios constitucionais.

¹¹⁰ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 517

¹¹¹ *Ibidem*, p. 518

¹¹² *Ibidem*, p. 518

¹¹³ *Ibidem*, p. 519

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 520

¹¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*, 41. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 463

3. Filiação Socioafetiva

3.1 Conceito, fundamento e natureza jurídica do estado de filiação

Indiscutível que na sociedade atual, o reconhecimento do afeto apresenta um valor ético e jurídico ligado aos princípios basilares da Carta Magna, principalmente no que se diz respeito ao princípio constitucional da paternidade responsável, almejado em seu artigo 226, §6º.¹¹⁶

Assim, fato é que a filiação na pós-modernidade está intrinsecamente ligada ao afeto e à vontade, acima propriamente dos vínculos biológicos e legais.¹¹⁷

Com base nos ideais atuais, aduz Rolf Madaleno que “*a filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade: são gestos de amor que registram a colidência de interesses entre o filho registral e o seu pai de afeto*”¹¹⁸

Desta forma, possível verificar que a filiação socioafetiva constitui-se pela relação estabelecida entre um adulto e uma criança ou jovem, que sob o ponto de vista das relações sociais e emocionais, em tudo se assemelha a relação que um pai ou mãe possuem com seu filho.¹¹⁹

O fundamento jurídico da filiação afetiva caracteriza-se pelo Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação, que por sua vez, é ancorado em aspectos lógicos presentes na Constituição Federal, que resume na predominância da dignidade da pessoa humana.¹²⁰

A Carta Magna revelou princípios constitucionais, como os da igualdade, da proibição de tratamento discriminatório entre os filhos, da supremacia do interesse da criança,¹²¹ da

¹¹⁶ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 521

¹¹⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 111

¹¹⁸ MADALENO, Rolf. *Paternidade alimentar*. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VIII, n. 37, p. 138, ago/set. 2006

¹¹⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*, volume 5, 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179

¹²⁰ LÔBO, Paulo. *Direito ao Estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156

¹²¹ Artigo 227, §4º, §5º e §6º da Constituição Federal

cidadania e da dignidade da pessoa humana,¹²² que ratificam a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva, não importando se de reprodução natural, ou medicamente assistida, como ocorre nos casos da artificial ou científica. Neste sentido, José Sebastião de Oliveira:

“A Constituição Federal apenas explicitou o que a sociedade há muito tempo já aspirava e já tinha como características ideais da família. É dizer, a família jamais pode ser estudada e examinada com realce a um aspecto... qual seja o patrimônio.

Ao revés, toda a ótica da família deve se restringir às relações pessoais entre os seus membros, traduzida na afetividade que de existir entre eles.”¹²³

Diante disso, a filiação, na perspectiva do princípio da afetividade, não é um determinismo biológico, uma vez que surge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na consciência e na responsabilidade. Assim, nos ensina Silvio de Salvo Venosa:

“É importante adicionar que no mundo contemporâneo a origem genética da paternidade não significa mais direito a filiação. Quando há inseminação heteróloga, quando há adoção ou quando as circunstâncias apontam para o reconhecimento da paternidade socio-afetiva, o vínculo sanguíneo fica em absoluto segundo plano, para a ampla maioria dos efeitos jurídicos.”¹²⁴

A natureza jurídica da filiação socioafetiva, por sua vez, trata-se de direito indisponível, conforme dispõe o artigo 227, § 6º da Constituição Federal, que assegura a todos os filhos a mesma qualificação, tratando-se portanto, de direito a personalidade estabelecido no artigo 16 do Código Civil Brasileiro.

3.2 As verdades jurídica, biológica e socioafetiva

Na filiação existem três verdades referentes ao seu estudo: a verdade jurídica, biológica e a socioafetiva.

Na verdade jurídica, pais são aqueles estabelecidos pela legislação, sendo de grande importância o sistema de presunções que foi acolhido pelo Código Civil.

¹²² Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal

¹²³ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Família e Cidadania: O Novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IMDFAM, Del Rey: 2002, p. 247

¹²⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, 14 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 257

Assim, como a maternidade é normalmente verificada por sinais físicos exteriores (gravidez e parto), e o mesmo não ocorre com a paternidade, a fim de sanar essa problemática, a lei elevou as probabilidades à categoria de presunção, surgindo assim: a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant* (pai é aquele que as núpcias demonstram) e a presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa).¹²⁵

A busca pela verdade biológica tornou-se possível com os avanços da tecnologia e da ciência, que permitiram a identificação do genitor e, conseqüentemente, do pai do ponto de vista biológico, não sendo mais admissível a *exceptio plurium concumbentium*.¹²⁶

Desta forma, os benefícios advindos com os avanços científicos, principalmente com o surgimento do exame de DNA, foram de grande relevância no estabelecimento da filiação, mas vale ressaltar que essa técnica pericial desconsidera o fato da relação paterno-filial ser baseada também no afeto e na história pessoal da criança. Em decorrência disso, surge a verdade socioafetiva, uma vez que a filiação não é mais vista como um determinismo biológico, caracterizando-se com a convivência diária, o carinho e os cuidados dispensados pelo pai ao seu filho.¹²⁷

Vale ressaltar que, toda criança tem o direito de ter um pai, sendo que seu bem-estar pode ficar prejudicado quando o polo não está estabelecido, tornando-se necessário, nesses casos, ao menos, o estabelecimento da paternidade biológica.

Neste passo, a investigação de paternidade torna-se um meio essencial de obtenção do vínculo biológico, principalmente porque a partir dela, pode surgir uma relação de afeto com alguém antes desconhecido. E ainda que tal hipótese não ocorra, pelo menos serão conferidos ao filho os direitos de assistência material inerentes à paternidade, como a pensão alimentícia e herança.¹²⁸

A verdade socioafetiva se apresenta como um critério de tamanha relevância ao estabelecimento da paternidade, quanto as verdade jurídica e biológica, uma vez que o filho que recebe tal tratamento terá uma base emocional capaz de garantir-lhe um desenvolvimento pleno e diferenciado. A criança necessita de amor e não apenas de um elo biológico, conforme nos ensina Silvio de Salvo Venosa:

¹²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, 14 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 235

¹²⁶ *Ibidem*, p. 235

¹²⁷ *Ibidem*, p. 235

¹²⁸ MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 522

“(…) A cada passo, nessa seara, sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genética. A matéria é muito mais sociológica e psicológica do que jurídica. Por essas razões, o juiz de família deve sempre estar atento a esses fatores, valendo-se, sempre que possível, dos profissionais auxiliares, especialistas nessas áreas.”¹²⁹

Vale observar que o conflito entre as verdades jurídica, biológica e socioafetiva, pode provocar dúvidas sobre a prevalência da consanguineidade, da afetividade ou da definição legal. Nestes casos, deve-se prevalecer o melhor interesse da criança.

Por fim, ressalta-se que não contemplar as dimensões existenciais e estabelecer a filiação somente com base nos laços sanguíneos, não se importando com os laços emocionais, faz com que as relações paterno-filiais se transformem num determinismo biológico, podendo ser a pior solução dada ao caso concreto.¹³⁰

3.3 A afetividade como base da filiação

O ordenamento, buscando a consonância com os anseios da sociedade, elevou o afeto e o carinho a valores jurídicos, a fim de possibilitar o reconhecimento de situações fáticas que ficavam desprotegidas e transmitiam a sensação aparente de injustiça.

Neste passo, as relações afetivas vem sendo consideradas, para fins de estabelecer direitos e deveres, como os originariamente encontrados nas relações biológicas. São os casos em que são conhecidos direito de visitas, dever de prestar alimentos ou mesmo a guarda de menor a quem não é genitor biológico. Para melhor elucidar tal entendimento, segue a jurisprudência, traz-se à baila decisão judicial, assim ementa da:

“ALIMENTOS. UNIAO ESTÁVEL. NECESSIDADE. MENOR. GUARDA DE FATO. RELAÇÃO DE AFETO. A FALTA DE UM DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO CIVIL, OBSTA O ARBITRAMENTO DA QUANTIA ALIMENTAR EM FAVOR DA MULHER, QUE EMBORA TENHA VIVIDO EM UNIÃO ESTÁVEL COM O VARÃO, RECEBE PENSÃO DE UM EX-MARIDO E TEM CONDIÇÕES DE EXERCER ATIVIDADE LABORATIVA PARA

¹²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, 14 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 282

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 363

COMPLEMENTAR SUA RENDA. É COERENTE FIXAR ALIMENTOS PARA O MENOR, QUE HA DEZ ANOS ESTÁ SOB A GUARDA DE FATO DO CASAL, QUE TINHA A INTENÇÃO DE ADOTÁ-LO, CONSIDERANDO A RELAÇÃO DE AFETO ENTRE ELES E A NECESSIDADE DO PENSIONAMENTO.” (Grifo nosso)
APELO PROVIDO, EM PARTE. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AC 2003.001.11699. 7ª C.Cív. Des. CARDOZO, R. R. (Rel.) Fev. 2004).

Vale destacar que o Código Civil apenas coaduna avanços do ordenamento jurídico, aderindo para a filiação à isonomia, almejada pela Carta Magna, quando estatui no seu artigo 227, §6º que os filhos são iguais perante a lei, de maneira que terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.¹³¹

Nesse sentido, possível verificar que os filhos reconhecidos por meio da socioafetividade passam a ter também todos os direitos decorrentes da relação paterno-filial, tendo em vista a previsão constitucional da isonomia, pois aquele é filho, com os mesmos direitos e deveres, de acordo com o entendimento constitucional.¹³²

Os integrantes das famílias, não obstante a intensa liberdade com que mantém seus relacionamentos, buscam a cada dia fortalecer a reciprocidade dos seus sentimentos. Esse amálgama dos laços familiares é representado pela afetividade, conforme nos ensina Lourival Serejo “*Realmente, o Direito não têm o poder de criar afetividade. Sentimentos naturais, não decorrem de legislações, mas da vivência cotidiana informada pelo respeito, dialogo e compreensão.*”¹³³

Vale dizer que, embora a justiça não tenha o poder de criar a afetividade entre pai e filho, o abandono afetivo pode gerar direito a indenização por abandono material e intelectual. Tal tema tem sido abordado pela jurisprudência brasileira em recentes julgados.

¹³¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 365

¹³² Ibidem, p. 363

¹³³ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 233

3.4 A afetividade como direito e dever jurídicos

A afetividade, antigamente era cuidada pelos cientistas sociais, pelos educadores e pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, na atualidade entrou nas cogitações dos juristas que buscam explicações para as relações familiares contemporâneas.¹³⁴

O afeto e a solidariedade derivam da convivência familiar e não da consanguineidade, de maneira que restaurar a prioridade da pessoa nas relações civis, é a condição primordial de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos principiológicos presentes na Carta Magna.¹³⁵

Assim, entender o contrário é desvalorizar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de proteção integral à criança, que asseguram o direito a vida, a dignidade, ao afeto, ao cuidado, a proteção e ao respeito, pois como pessoa humana em processo de desenvolvimento, e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e na legislação, a criança tem direito de ser acolhida por uma nova família que lhe conceda uma relação de parentesco afetiva.¹³⁶

Acerca da socioafetividade, corroborando o entendimento doutrinário atual, segue a jurisprudência brasileira:

“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, decorrente da denominada "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

¹³⁴ LÔBO, Paulo. *Direito ao Estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156

¹³⁵ *Ibidem*, p. 133-156

¹³⁶ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 194

próprio apelado.

(TJPR, AC n. 108.417-9 – 2ª C.Civ. – AC. n. 20.110 – Rel. Des. Accácio Cambi – unâm.. – j. 12/12/2001).

Por fim, é de suma importância destacar que, em todos os litígios que envolvam uma criança, principalmente aquelas que relacionam pedido de adoção e de destituição de poder familiar, o julgador deve ter em vista, primordialmente, o melhor interesse do menor. Assim, ensina Serejo, “*A dignidade de uma criança fundamenta-se no amor, no respeito e no carinho a elas dedicados.*”¹³⁷

3.5 Espécies de filiação socioafetiva

As espécies de filiação afetiva são cinco: A adoção judicial; a adoção a brasileira; o filho de criação; e o reconhecimento de filho; a reprodução humana assistida e a presunção *pater is est*. Em todos os casos é edificado o estado de filho afetivo, com fundamento nos princípios basilares presentes na Carta Magna e no Código Civil Brasileiro, cuja declaração de vontade torna-se irrevogável, salvo erro ou falsidade do registro de nascimento (artigo 1.604, do Código Civil).

A filiação na adoção judicial é uma espécie de filiação afetiva, na qual o adotante, embora não sendo o progenitor do adotado, adquire para si por meio de um pronunciamento judicial a paternidade ou maternidade, através de um ato jurídico de vontade, solidariedade, de amor, sendo uma família tão real como àquela que é unida pelos laços de sangue.

A filiação sociológica, que ocorre nos casos do filho de criação e da reprodução humana assistida, se corporifica naquelas situações em que, mesmo não havendo vínculo biológico, alguém educa uma criança ou adolescente por mera opção, abrigando-o em um lar, tendo por fundamento o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto.

Configura-se naquelas situações em que a 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 como filho.

¹³⁷ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 194

A presunção *pater is est* ocorre naqueles casos em que o cônjuge da genitora, age como pai da criança, independentemente de ser ou não o genitor, de maneira que estando acompanhada da posse de estado de filho, haja vista que além da inexistência do vínculo genético, deve estar afastado o estado de filiação, pois os interesses da criança devem ser considerados mais relevantes.

Desta forma, possível vislumbrar que embora a legislação confira ao pai o direito de contestar a presunção, o seu comportamento contraditório, ou seja, daquele que amou e cuidou do filho e sabia não ser genitor, o reconhecimento deste direito, se limita à hipótese de vício na manifestação de vontade.

O reconhecimento de filho é a declaração de existência de filho havido fora do casamento. Vale ressaltar que, com a proclamação da Carta Magna de 1988, o tratamento passou a ser igualitário entre os filhos, não sendo permitida a distinção e diferenciação entre eles, de maneira que os filhos extramatrimoniais possuem os mesmos direitos dos filhos havidos na constância do casamento.

A adoção à brasileira, como espécie de filiação afetiva, ainda que formalmente ilegal, é um fato social amplamente aprovado, uma vez que atende ao mandamento contido no artigo 227 do Constituição Federal, como dever do Estado garantir à criança o direito de conviver em família.¹³⁸

Neste passo, havendo a invalidade do registro de nascimento obtido, este não pode ser considerado quando atingir o estado de filiação, haja vista o longo período de convivência familiar.¹³⁹

Desta forma, a convivência familiar duradoura gera o envolvimento afetivo, transformando a adoção à brasileira em posse de estado de filho, convalidando a declaração e o respectivo registro de nascimento. Neste sentido, nos ensina Paulo Lôbo:

“A convivência familiar e duradoura transforma a “adoção à brasileira” em posse de estado de filho, que é espécie do gênero estado de filiação, que independe do fato originário da falsidade ou não da declaração. Bastam para a posse do estado de filho o nome, o tratamento e a reputação, que são consolidados na convivência familiar duradoura. Assim, a posse de estado de filho convalida a declaração e o respectivo registro de nascimento, que não pode mais ser cancelado, podendo valer-se o filho de ação declaratória dessa relação jurídica, inclusive incidental, para obstar ação que vise à invalidação ou desconstituição do registro”:¹⁴⁰

¹³⁸ LÔBO, Paulo. *Famílias*, 2. ed. – São Paulo, Saraiva: 2009, p. 228

¹³⁹ *Ibidem*, p. 228

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 228

Vale destacar que a adoção à brasileira resvala no campo penal configurando delito contra o estado de filiação, com a incidência do artigo 242 do Código Penal. Porém, por ser admitido na Legislação Penal Brasileira o perdão judicial, este pode ser reconhecido, deixando o juiz de aplicar a pena em razão de reconhecida nobreza do ato.¹⁴¹

3.6 A posse de estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial

A posse de estado de filho refere à situação de fato, quando alguém assume o papel de filho em face daqueles que assumem o papel de pai ou mãe ou pais,¹⁴² ou seja, frui do *status* de filho em relação à outra pessoa, desfrutando assim, de situação jurídica que não corresponde à verdade, surgindo a teoria da aparência aos vínculos de parentalidade, conforme Maria Berenice Dias “A aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. Assim, a tutela da aparência acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe.”¹⁴³

Assim, a posse de estado de filho compreende uma combinação de fatos que indicam a existência de um vínculo de parentesco entre uma pessoa e a família que ela diz pertencer,¹⁴⁴ sendo portanto, uma situação fática que exprime reciprocidade com a posse de estado de pai, de maneira que uma não existe sem a outra.¹⁴⁵

Desta forma, a noção de posse de estado de filiação corresponde a um conjunto de circunstâncias que concretizam a presunção da existência de relação entre pais e filho, capaz de suprir a ausência registral. Neste sentido, Paulo Lôbo:

“O estado de filiação compreende um conjunto de circunstâncias que

¹⁴¹ LÔBO, Paulo. *Famílias*, 2. ed. – São Paulo, Saraiva: 2009, p. 229

¹⁴² LÔBO, Paulo. *Direito ao Estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156

¹⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 380

¹⁴⁴ LÔBO, Paulo. *Famílias*, 2. ed. – São Paulo, Saraiva: 2009, p. 214-215

¹⁴⁵ ALBUQUERQUE, Fabíola dos Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 355

solidificam a presunção da existência de relação entre pais, ou pai e mãe, e filho, capaz de suprir a ausência do registro do nascimento. Em outras palavras, a prova da filiação dá-se pela certidão do registro do nascimento ou pela situação de fato. Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança, que o direito considera satisfatória.¹⁴⁶

A aparência do estado de filiação evidencia-se pela própria convivência familiar, ou seja, a posse de estado de filho não caracteriza com o nascimento, mas se estabelece com a afetividade, o efetivo cumprimento pelos pais dos deveres inerentes ao poder familiar e pelo comportamento que adotam pais e filhos na sociedade, colocando em risco, a verdade jurídica, quanto à certeza científica no estabelecimento da filiação.¹⁴⁷

Neste passo, verifica-se que a posse de estado é a expressão mais profusa da filiação afetiva, de maneira que a filiação biológica nada vale frente ao vínculo afetivo formado entre a criança e aquele que a trata e cuida, lhe dando amor e participando da sua vida.¹⁴⁸

Assim, pelo fato da posse de estado de filho revelar a paternidade socioafetiva, a relevância do seu estudo recai mais sobre o fim pretendido do que ao instrumento em si. De um modo geral, a doutrina sugere a presença de alguns elementos para reconhecimento da posse de estado de filho: nome (*nomem*), trato (*tractatus*) e fama (*fama*).¹⁴⁹

Essas características não necessitam estarem presentes, conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido, devendo o estado de filiação ser favorecido em caso de dúvida, porém é inegável a importância desses elementos clássicos por apontarem as circunstâncias que normalmente sugerem a presença da posse de estado de filho, sendo revelados pela convivência existente entre pai e filho.¹⁵⁰

O nome diz respeito ao uso do nome de família dos pais, mas o fato do filho nunca tê-lo usado não descaracteriza a posse de estado de filiação, desde que sejam observados outros elementos suficientes.

O trato é o comportamento dos parentes aparentes, ou seja, é o tratamento dispensado

¹⁴⁶ LÔBO, Paulo. *Famílias*, 2. ed. – São Paulo, Saraiva: 2009, p. 215

¹⁴⁷ MADALENO, Rolf. *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 22

¹⁴⁸ DELINSK, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*, São Paulo: Dialética, 2000, p. 96

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual.e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo,: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 381

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo. *Famílias*, 2. ed. – São Paulo, Saraiva: 2009, p. 215

pelo suposto pai em relação ao suposto filho, criando-o e educando-o como se filho fosse.¹⁵¹

A fama corresponde à imagem social ou reputação, sendo a exteriorização dessa realidade para a sociedade, através de atos do aparente pai para com o hipotético filho, levando a comunidade a acreditar que exista uma relação paterno-filial entre eles.¹⁵²

Importante ressaltar que, é necessária a convicção dessa relação paterno-filial, não bastando, portanto, que a pessoa ache que é filho, é necessário que ela acredite veementemente nisso. Também não é suficiente o fato de alguém ter ouvido falar, o terceiro precisa ter vivenciado essa realidade, observando momentos de afeto entre o pai e o filho.

Grande parte da doutrina é desfavorável a fixação de um lapso mínimo para a configuração da posse de estado de filho, haja vista a necessidade de que sejam avaliadas as singularidades de cada caso concreto. Neste sentido, Pedro Belmiro Welter:

“(…) não pode ser estabelecido qualquer lapso prazal para a configuração da paternidade e da maternidade, porque, com isso, se estará, na verdade, ocultando, e não (re)velando, a verdadeira filiação, que somente pode ser vislumbrada na singularidade do caso, no momento em que a questão é posta em juízo, debruçando-se nos fatos postos no agora, na hora, no instante em que são debatidos.”¹⁵³

Deste modo, o prazo mínimo de duração deve ficar sob o crivo do juiz, que decidirá sobre a pertinência das provas e das circunstâncias fáticas que lhe foram apresentadas, sendo sopesados: o amor e a preocupação dispensados ao filho, respeito, a idade e o bem estar do menor, um ambiente adequado que propicie à criança uma boa formação moral e física, alimentação, vestuário, acompanhamento médico, educação, abrigo, as condições materiais e pessoais dos pais, sendo sempre objetivado o melhor interesse da criança.

Embora não esteja previsto na legislação brasileira de forma expressa, a doutrina e a jurisprudência tentam inserir a posse de estado de filho no ordenamento jurídico.

O Código Civil de 1916 aceitava a posse de estado de filiação de forma implícita, para fins de prova e suprimento do termo de nascimento, caso os pais fossem casados, beneficiando somente a filiação considerada legítima.

Assim, ainda que o Novo Código Civil não consagre expressamente a posse de estado

¹⁵¹ LÔBO, Paulo. *Famílias*, 2. ed. – São Paulo, Saraiva: 2009, p. 215

¹⁵² *Ibidem*, p. 215

¹⁵³ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 288

de filho, o seu artigo 1.605, II, manteve praticamente a mesma redação do artigo 349, II, do Código Civil de 1916, sendo mais genérico seu enunciado, de maneira a permitir as hipóteses que apresentem a posse de estado de filiação, diante da ausência ou defeito do registro de nascimento.

Vale dizer que embora o Código Civil de 2002 não tenha reproduzido o artigo 363 do Código Civil anterior, que enumerava taxativamente os casos que autorizavam a investigação de paternidade, possível interpretar que, a ação de investigação de paternidade é livre, tornando possível sustentar que a posse de estado de filho pode dar ensejo a um reconhecimento judicial coercitivo. Ademais, o artigo 227 da Carta Magna e o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não permitem qualquer restrição quanto ao reconhecimento da paternidade.

A jurisprudência, por sua vez, vem conferindo maior valor probatório à posse de estado de filho que vem sendo utilizada como elemento de convencimento do julgador a respeito da paternidade, e não como prova suficiente para determinar a paternidade de alguém.

Desta forma, vislumbra-se que a posse de estado de filiação vem exercendo um papel valioso e imprescindível na solução de conflitos, informando positiva ou negativamente uma paternidade, pelo fato do afeto indicar a relação paterno-filial que mais atende aos preceitos constitucionais da paternidade responsável e à integral proteção da criança e do adolescente.

Vale destacar que, apesar da grande relevância que deve ser dada a posse de estado de filho e, conseqüentemente, a filiação socioafetiva, não se pode esquecer que, às vezes, seja por necessidade psicológica, médica ou jurídica é necessária à inquirição do vínculo biológico, como ocorre nos casos de impedimentos matrimoniais.

Por fim, conclui-se que a posse de estado de filiação consolida vínculos que não assentam na realidade biológica ou natural, impedindo assim, o exercício do direito de impugnar.

Assim, a posse de estado de filho é consolidada no tempo, não podendo ser contraditada por investigação da paternidade fundada em prova genética, em prol do interesse do filho contra a relevância jurídica de uma paternidade manifestamente prejudicial.¹⁵⁴

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério Jurídico da Paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 216

3.6.1 A posse de estado de filho perante os tribunais

A jurisprudência firmada anteriormente à Constituição Federal, não permitia que o filho extramatrimonial ou um terceiro ajuizassem ação investigatória em face do suposto pai, haja vista a presunção *pater is est* trazida pelo Código Civil de 1916 que era baseada no liame jurídico. Neste sentido, o seguinte julgado:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DA FILIAÇÃO, SE O AUTOR NASCEU DA CONSTANCIA DO CASAMENTO. CÓDIGO CIVIL, ART-340. CABE, PRIVATIVAMENTE, AO MARIDO O DIREITO DE CONTESTAR A LEGITIMIDADE DOS FILHOS NASCIDOS DE SUA MULHER. CÓDIGO CIVIL, ART-344. DE ACORDO COM O ART-343, DO CÓDIGO CIVIL, NÃO BASTA, SEQUER, O ADULTERIO DA MULHER, COM QUEM O MARIDO VIVIA SOB O MESMO TETO, PARA ILIDIR A PRESUNÇÃO LEGAL DE LEGITIMIDADE DA PROLE. NÃO É SUFICIENTE, OUTROSSIM, A CONFISSAO MATERNA PARA EXCLUIR A PATERNIDADE (CCB, ART-346). HIPÓTESE EM QUE OS PAIS DO AUTOR, CASADOS, VIVIAM SOB O MESMO TETO, NÃO HAVENDO, POR PARTE DO MARIDO, ATÉ A MORTE, CONTESTAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO FILHO, QUE REGISTROU, LOGO APÓS O NASCIMENTO, NA FORMA DA LEI. NÃO HÁ COMO DESPREZAR A PATERNIDADE LEGITIMA, NÃO CONTESTADA, EXISTENTE CONVIVENCIA CONJUGAL E NÃO COMPROVADA A SITUAÇÃO PREVISTA NO ART-340, I, DO CCB, PARA RECONHECER PATERNIDADE ILEGITIMA, CONTESTADA NA AÇÃO PELOS HERDEIROS DO INVESTIGADO, SEM COMPROVAÇÃO, TAMBÉM, DE CONCUBINATO. NÃO É POSSIVEL EMPRESTAR, ASSIM, A PROVA PRODUZIDA, NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, APTIDAO A AFASTAR A PRESUNÇÃO LEGAL DA PATERNIDADE LEGITIMA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE DE NEGATIVA DE VIGENCIA DO ART-1., DA LEI N. 883/1949, E DO ART-363, III, DO CCB. O ACÓRDÃO NÃO AFIRMOU QUE ESCRITO DO INVESTIGADO NÃO POSSA SERVIR DE BASE A AÇÃO INVESTIGATORIA DA PATERNIDADE ILEGITIMA. AO NÃO RECONHECER A PROCEDENCIA DA AÇÃO, O ARESTO NÃO VULNEROU O ART-363, III, DO CCB, MAS TEVE EM CONSIDERAÇÃO, COM PREFERENCIA, AS REGRAS DOS ARTS. 337, 340, 344 E 347, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.” (grifo nosso)
(STF - RE: 93886 MG , Relator: Min. OSCAR CORREA, Data de Julgamento: 09/08/1983, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 19-10-1984 PP-17479 EMENTA VOL-01354-02 PP-00221 RTJ VOL-00113-03 PP-01111).

Neste passo, importante citar uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual o relator foi o Ministro Néri da Silveira, em virtude do julgamento de Recurso Especial nº. 102.732-1/GO ocorrido no dia 05 de agosto de 1986, desconsiderando as decisões dos tribunais quanto à noção de estado de posse de filho, o qual transcreve:

“Investigação de Paternidade – CC, art. 363. Segundo o acórdão, os fundamentos da procedência da ação foram a “posse de estado” e a “confissão não escrita”, não a prova do concubinato ou de relações sexuais à época da concepção. Divergência entre as testemunhas, cujas declarações se transcrevem no acórdão, quanto ao pai da autora. Não há prova documental. Não reconhecida expressamente no acórdão a ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 363 do CC brasileiro, deu-se pela procedência da demanda afirmando que a condição de filha ilegítima por parte da autora era de considerar-se a partir da posse de estado. Não se compreende no âmbito da Súmula 279 a discussão referente à possibilidade de tão-só com base na posse de estado julgar a procedência da ação de investigação de paternidade, à vista do art. 363 do CC brasileiro. Cuida-se, aí, de quaestio juris federal, vinculada à compreensão do art. 363 do CC brasileiro. Não é invocável a Súmula 279. Não configurando os fatos, assim como acolhidos pelo acórdão, qualquer das hipóteses do art. 363 do CC brasileiro, a procedência da ação, com base nesse dispositivo, importa aplicá-lo inadequadamente à espécie, o que constitui negativa de sua vigência. RE conhecido e provido para julgar improcedente a ação”¹⁵⁵ (grifo nosso)

Assim, possível verificar que ambos os julgados citados anteriormente, ocorreram antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, na qual é evidente o predomínio da verdade jurídica sobre a verdade biológica da filiação.

No entanto, após a promulgação da Carta Magna, com o advento do reconhecimento da inexistência da diferenciação entre os filhos (artigo 227, CF), a jurisprudência acabou por transpassar a presunção *pater is est*, de maneira que sobrepôs a paternidade biológica sobre a jurídica, como se verifica na seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 215.247, que teve como Relator o Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, julgado em 06 de dezembro de 1999:

“Investigação de Paternidade – Prova Testemunhal Precária – Prova Genética – DNA – Natureza Da Demanda – Ação de Estado – Busca da Verdade Real – Instrução Probatória – Preclusão – Inocorrência Para o Juiz – Processo Civil Contemporâneo – Cerceamento de Defesa – Caracterização – Precedentes – Recurso Provido – I – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa previsão legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória. II – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. III – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o

¹⁵⁵ Decisão retirada do CD-ROM Juris Síntese Millennium, ano 6, nº 35, Maio/Junho de 2002 – Editora Síntese, no dia 29 de junho de 2014.

princípio do contraditório. IV – Na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica, sobretudo quando custeada pela parte interessada, desprezar a produção da prova genética do DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz. V – No campo probatório, a grande evolução jurídica continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real.”(grifo nosso)

(Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 215.247, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 06.12.1999)

Em grande parte desses julgados, são observados os laços de afetividade, como é o caso da decisão proferida numa ação investigatória de paternidade, na qual até mesmo a prova testemunhal é admitida para o reconhecimento da filiação, assim segue:

“Direito de Família. Filiação Adulterina. Investigação de Paternidade – Possibilidade Jurídica – 1 – A nova ordem jurídica, instituída com a Carta de 1988, recepcionou, parcialmente, o art. 363, do Código Civil, apenas no que houver compatibilidade com o art. 227, § 6º, da Lei Fundamental, derogando qualquer expressão ou exegese discriminatória em matéria de filiação. 2 – Para os fins do art. 363, I, do Código Civil, concubinato “é a união sexual estável, mais ou menos prolongada, do homem e da mulher não unidos pelo matrimônio, ainda que não haja coabitação ou convivência more uxório.” 3 – “Em matéria de concubinato, a prova é ampla. O Código Civil, à semelhança da lei francesa, não fez restrição alguma, admitiu todos os meios de prova, inclusive a testemunhal, pois dificilmente se conseguirá uma prova documental. Os mestres ensinam que a filiação, por isso que resulta de um fato oculto, por sua natureza secreta, pode ser provada por todos os meios, indícios, presunções, conjecturas próprias a convencer o julgamento, como a amizade e trato freqüente com a mãe ao tempo da concepção.” (Recurso Extraordinário no 2.004, julgado pelo STF, em Sessão Plenária, e Relatado pelo Min EDMUNDO LINS. Revista de Direito, 109:165).” 4 – Se os autores provaram, satisfatoriamente, a existência de concubinato extra domus, com a prolongada união sexual dos pais e a fidelidade da mãe ao tempo da concepção, a demanda de investigação de paternidade deve julgada procedente. 5 – Se o exame hematológico é necessário para a negativa de paternidade, cumpre ao Réu o ônus de ceder o sangue exigido, sob pena de a recusa ser interpretada em seu desfavor.” (grifo nosso)

(Tribunal de Justiça do Acre. AC nº 505/95, Relatora Desembargadora Miracele Lopes. Julgado em 11/12/1995)

Vale destacar que, seguindo a mesma linha de entendimento da decisão supracitada, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da 8ª Câmara Cível, Acórdão nº. 595.163.114, tendo como Relator o Desembargador Sérgio Pereira, também aceitou que a paternidade biológica deve prevalecer sobre a paternidade jurídica, no que concerne a paternidade socioafetiva:

“Ação Negatória de Paternidade – Filiação – Decadência – As regras do Código Civil precisam ser adaptadas ao novo sistema jurídico brasileiro de direito de família, implantado pela Constituição Federal de 1.988 e diplomas legais posteriores. Isto implica em revogação ou não recepção de vários dispositivos daquele Código, como, por exemplo, os arts. 340, 344 e 364, em matéria de filiação. Tornou-se ampla e irrestrita a possibilidade investigatória da verdadeira paternidade biológica, que prevalece sobre a verdade jurídica (três estágios na filiação: verdade jurídica – verdade

biológica – verdade sócio-afetiva). Destarte, não há que opor obstáculos legais superados à demanda negatória de paternidade proposta pelo pai contra o filho matrimonial. Da mesma forma, não pode persistir os prazos exíguos de decadência contemplados no art. 178, §§ 3º e 4º, inc. I, do Código Civil.”¹⁵⁶ (grifo nosso)

Diante disso, clarividente que os Tribunais brasileiros ainda utilizam a posse do estado de filho como prova subsidiária para estabelecer a filiação, de maneira que somente possui o cunho de indicar a relação paterno-filial, ou seja, não é utilizada como prova autônoma e suficiente para determinar a paternidade:

“Ação investigatória de paternidade procedente – Provado o relacionamento sexual exclusivo da mãe da investigante com o investigado durante o período da concepção, pouco importa tenha ela se relacionado com outro ou com outros homens antes ou depois daquele período. Rejeição da *exceptio plurium concubentium*. Influência da cor da pele na determinação da paternidade – Indícios resultantes da posse de estado e da conduta do investigado. Efeitos da coisa julgada que afastou a paternidade de terceiro sobre a investigante, em processo anterior, desconstituindo o respectivo registro. O direito aos frutos se conta a partir da intimação da sentença de procedência e não da citação – Naquela data é que termina à posse de boa-fé do herdeiro aparente – Aplicação do art. 510 do Código Civil.”¹⁵⁷ (grifo nosso)

A jurisprudência brasileira passou a valorizar mais a verdade socioafetiva do que a verdade biológica, revelando assim, um novo tratamento para a filiação. Essa nova linha de entendimento, é possível verificar no julgamento da Apelação Cível nº 70002016038, da 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que teve com Relator o Desembargador Rui Portanova:

“Ação para Anular Registro de Nascimento. Legitimidade ativa. Verdade formal, verdade material e verdade sócio-Afetiva. Gratuidade judiciária e execução da sucumbência. O filho do de cujus tem legitimidade para anular registro de nascimento feito por seu pai, o qual entende falso. O de cujus teve muito tempo para renegar a sua paternidade. Tinha muitos meios de prova que não era pai. Contudo, preferiu viver como verdadeiro pai. Assumiu e se responsabilizou, sem ligar para o que a ciência genética poderia dizer. Um registro de nascimento deve atentar mais para a verdade sócio-afetiva do que para a verdade biológica. A execução da sucumbência, havendo o benefício da gratuidade judiciária, deve ficar suspensa. Rejeitadas as preliminares, deram provimento ao apelo.” (grifo nosso)
(Apelação Cível nº 70002016038, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Rui Portanova. Julgado em

¹⁵⁶ Julgado em 07/12/95. Decisão retirada do CD-ROM Juris Síntese Millennium, ano 6, nº 35, Maio/Junho de 2002 – Editora Síntese, no dia 30 de junho de 2014.

¹⁵⁷ LACERDA, Galeno. *Direito de família, volume I: ações de paternidade (casos selecionados)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 27. Nesta obra o autor não citou a data dos julgamentos.

08/03/2001).

Nesta decisão, o filho propôs ação anulatória de registro civil após o falecimento do pai registral, porém entenderam os Desembargadores que em vida, o pai sempre o tratou como filho, ainda que possuindo conhecimento da verdade biológica. Assim, fizeram prevalecer no registro de nascimento à verdade socioafetiva sobre a verdade biológica.

Para reforçar esta linha de entendimento, segue o julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que o tema da socioafetividade parental vem sendo debatido de forma progressiva, o que pode ser percebido pelas inúmeras decisões publicadas em seus informativos de jurisprudências. A fim de ilustrar, colaciona-se ementa do seu informativo n.414, de novembro de 2009:

“REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro", a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança. 2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. 3. "O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil" (REsp n. 878.941-DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.9.2007). 4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral portanto, jurídica, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. 5. Recurso especial provido.”

(STJ - REsp: 709608 MS 2004/0174616-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 05/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/11/2009).

Por fim, destaca-se também uma decisão recente, datada de 14 de novembro de 2013, expedida pela oitava câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como Relator o Desembargador Rui Portanova, onde fica claramente demonstrado que o vínculo afetivo se sobrepõe ao vínculo biológico, principalmente nos casos em que posse de estado de filiação esta completamente configurada:

“APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. PAI REGISTRAL QUE EFETUOU O REGISTRO, MESMO SABENDO NÃO SER O PAI BIOLÓGICO. POSSE DO ESTADO DE FILHO. Não é juridicamente inviável a pretensão do pai registral, de desconstituir o registro de paternidade, mediante alegação de inexistência de vínculo biológico. Se o pai registral efetuou o registro sabendo não ser o pai biológico, não pode invocar ausência de paternidade biológica agora, para refutar a paternidade que assumiu. Hipótese de irrevogabilidade do reconhecimento espontâneo e livre de vícios da paternidade. Por outro lado, passados mais de 10 anos de convivência entre o pai registral e o filho, tem-se a consolidação do vínculo de filiação, que se revela através da posse do estado de filho. Precedentes jurisprudenciais. REJEITADA A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70055434393, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/11/2013” (grifo nosso)
(TJ-RS - AC: 70055434393 RS , Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 14/11/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/11/2013)

Assim, de acordo com estas linhas de entendimento que nossos Tribunais têm assumido, possível concluir que a posse de estado de filho, oriundo da filiação socioafetiva, vem ganhando novo *status* em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o Direito de Família esta assumindo um novo caminho no que diz respeito à filiação e a paternidade, na qual a verdade socioafetiva, vem se sobrepondo a verdade biológica.

4. Direito à Origem Genética

4.1 Evolução histórica – Constitucionalização do direito civil

A busca pela origem genética está inserida dentro de um cenário de mudanças sociais e normativas pelas quais passa o direito civil brasileiro, com início, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988.¹⁵⁸

Essas mudanças foram iniciadas na era das luzes, percorrendo o Estado Social, momento no qual verificou uma certa preocupação do Poder Público em coincidir o exercício do individualismo, a exploração de mercado e a propriedade, com os demais direitos notáveis para a sociedade e não para o homem individualmente.¹⁵⁹

Contudo, somente com a proclamação da Constituição Federal de 1988 que os adjetivos laicais do direito privado foram efetivamente reorganizados no Brasil, uma vez que fora vindicado pela sociedade a aplicação das leis pelo ordenamento jurídico, com o objetivo de adequar os direitos do homem e do cidadão com os demais direitos presentes na Carta Magna.¹⁶⁰

Neste passo, a mudança gerada pela constitucionalização do direito privado é a reinterpretação à luz da Constituição Federativa de 1988, de um contexto social do direito civil, no qual o patrimônio perde sua importância fundamental para dar espaço ao aspecto social e humano das relações interpessoais.¹⁶¹

Assim, nesse caminho de transformações do direito civil, com o surgimento das novas tecnologias de informação e de comunicação, surge a preocupação com a integridade do indivíduo, com o estabelecimento e o reforço de seus direitos de personalidade, sendo importante reforçar seu papel na sociedade e garantir a significância de sua identificação enquanto sujeito de direitos na sociedade, tendo em vista o objetivo primordial de enfatizar a dimensão valorativa existencial das relações humanas.¹⁶²

¹⁵⁸ GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, 1. Ed. – Editora Jurispodivm: 2010, p. 260

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 263

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 264

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 266

¹⁶² *Ibidem*, p. 267

4.2 A identidade do indivíduo e o direito ao conhecimento da origem genética

Os avanços e mudanças dos institutos de direito privado, principalmente na área familiar, estabeleceram um novo conceito de família sendo multifacetária e aberta por comportar várias espécies de coabitação humana, denominada de entidade familiar.¹⁶³

Diante desse contexto de evoluções significativas e conceituais, surgem preocupações com o papel dos indivíduos no âmbito social e seus direitos subjetivos, reclamando do Poder Público, proteção efetiva dos direitos individuais.¹⁶⁴

A busca da origem genética está inserida em um contexto associado à realidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, adotados, decorrentes de posse de estado de filho e frutos de parto anônimo.¹⁶⁵

No primeiro caso, sendo uma espécie de procriação artificial em que se ignora a identidade do doador, por razões de ética, segurança, preservação de interesses e, sobretudo por que o anonimato é garantido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2013/2013 (Seção III, n. 2 a 4, Seção IV, n. 2 a 5), que afloram os conflitos entre o direito da pessoa concebida por inseminação artificial heteróloga em descobrir sua identidade genética e o direito de anonimato do doador dos gametas.¹⁶⁶

A referida resolução exige que haja expreso consentimento informado e livre das partes envolvidas no procedimento, em especial do doador dos gametas, para fins de assegurar a voluntariedade da escolha de doação impondo a necessidade de registro dos dados clínicos de caráter geral, como características fenotípicas e amostras de material celular dos doadores.¹⁶⁷

¹⁶³ GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, 1. Ed. – Editora Jurispodivm: 2010, p. 269

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 271

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 271

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 272

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 273

Neste passo, somente em situações médicas emergenciais será permitida a divulgação de informação genética sobre os doadores, para utilização em fins exclusivamente médicos, o que reforça ainda mais o caráter inviolável do anonimato da identidade civil do mesmo.¹⁶⁸

Assim, possível vislumbrar que o procedimento tende a ser idôneo e bastante seguro, o que garante aos envolvidos a proteção dos seus interesses, quais sejam, a do doador em fornecer seu material genético, independentemente das razões implícitas; a dos pais, a geração de um filho, possibilitado pelo avanço da tecnologia médica; da medicina em possibilitar a concepção de filhos em casos de infertilidade humana comprovada; e do Direito em assegurar que essa prática resguarde os fins éticos e sociais e minimize eventuais prejuízos e lesões às partes envolvidas.¹⁶⁹

Contudo, como proceder se o filho oriundo de inseminação artificial, adotivo ou aquele que presume filho de alguém por circunstâncias de fato - posse de estado de filho ou parto anônimo desejar conhecer suas origens genéticas?

Vale dizer que nesses casos, independentemente da motivação, tanto o filho proveniente de inseminação artificial heteróloga, como o adotivo ou ainda aquele decorrente de posse de estado de filho ou parto anônimo, é preciso garantir-lhes o direito de informação da origem genética.¹⁷⁰

Diante disso, dentre os motivos que levam à revelação biológica, a doutrina destaca a necessidade do conhecimento dos genitores para evitar uniões consanguíneas, relações incestuosas e impedimentos matrimoniais, uma vez que não são jurídica e socialmente aceitas; de realizações de prognósticos de doenças de cunho genético, o que consolida uma verdadeira proteção ao direito da saúde da pessoa, na medida em que permite a adoção de tratamentos adequados e eficazes para afastar futuras enfermidades ou diminuí-las.¹⁷¹

Todavia, o mais importante de todos os motivos é, indiscutivelmente, o pleno direito à informação inerente de todo e qualquer ser humano, combinado ao direito ao conhecimento de sua história, que é parte integrante do direito da personalidade do homem, cujo conceito compreende o autoconhecimento, bem como o aspecto relacional de conhecimento dos genitores que deram origem. Neste sentido, Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar:

¹⁶⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 88

¹⁶⁹ GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, 1. Ed. – Editora Jurispodivm: 2010, p. 274-275

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 275-276

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 275-276

“A formação da personalidade do indivíduo agrega elementos históricos que estão presentes desde o nascimento e até aqueles que existem na história da família no qual está inserido e elementos de origem intrapessoal, que perfazem o desenvolvimento psíquicos, e emocional da pessoa. A conjunção desses dois fatores, que normalmente é favorecido tanto nas famílias biológicas quanto naquelas formadas por vínculos de afetividade, é de suma relevância na definição da identidade do ser humano. Alguém é o que é, por que se espelha num contexto familiar e conseqüentemente social e também o é por que se concebe como ser vivo, pensante, com personalidade própria e relacionada à sua história.”¹⁷²

Desta forma, indubitável que o conhecimento das origens genéticas, dos genitores e da historicidade tem importância fundamental na formação psíquica do indivíduo que, muito embora amado, educado e acolhido em família fundada na afetividade e a solidariedade, deve ter garantido o direito de integrar sua personalidade, ou assegurar sua saúde com o descobrimento de suas origens.¹⁷³

Assim, é possível afirmar que a revelação da origem genética, além de ser indicada pela psicologia, sempre foi um direito do ser humano, haja vista que a ideia de uma dinâmica familiar saudável depende da contingência como foi originada, existindo relatos que evidenciam uma rápida superação do filho socioafetivo quando a família lhe revela a realidade de sua origem de maneira realista e sincera.¹⁷⁴

Sendo assim, indiscutível o posicionamento favorável da Psicologia no tocante à revelação da origem genética do filho, bem como do significado positivo no comprometimento dos familiares em amparar o desejo da criança de conhecer a identidade biológica dos seus genitores e assim, auto se conhecer.

Por fim, frise-se que é uma questão que exige cautela e sensibilidade dos membros da família, para que o amor e a confiança entre todos criem raízes ainda mais fortes e significativas em suas vidas.

¹⁷² GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, 1. ed. – Editora Jurispodivm: 2010, p. 275-276

¹⁷³ Ibidem, p. 276

¹⁷⁴ WEBER, Lidia Natalkia Dobriansky. *Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 133

4.3 Distinção entre o estado de filiação e o direito da personalidade - Direito à origem genética como direito da personalidade, sem vínculo com o estado de filiação

O estado de filiação deriva dos laços afetivos estabelecidos entre pai e filho, constituindo fundamento imprescindível para a atribuição de paternidade ou maternidade, de maneira que não possui relação com o direito de cada indivíduo ao conhecimento de sua origem genética.¹⁷⁵

Vale dizer que, o direito ao conhecimento da origem genética não está ligado necessariamente à presunção de filiação, uma vez que sua matriz é o direito da personalidade na qual toda pessoa humana é titular, sendo forte a ideia de que alguém possa buscar a sua ascendência, tão-somente pela razão de simplesmente saber de si mesmo,¹⁷⁶ além do fato que as ciências médicas têm ressaltado a ligação entre medidas preventivas de saúde e ocorrência de doenças em parentes próximos.¹⁷⁷

Desta forma, o estado de filiação é oriundo do convívio afetivo construído entre pais e filhos, independentemente dos laços de consanguineidade, não se confundindo, portanto, o direito da personalidade à origem genética com direito à filiação, seja genética ou não. Neste sentido, Paulo Lôbo:

“Toda pessoa tem o direito fundamental, na espécie, direito da personalidade, de vindicar, sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a *fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de estar inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra, a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não).”¹⁷⁸

Assim sendo, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, que nasce da complexidade das relações afetivas que o ser humano constrói, tendo em vista a

¹⁷⁵ LÔBO, Paulo. *Direito ao Estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156

¹⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... *In: A família na travessia do milênio: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2000, p. 176

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo. *Famílias*, 2. ed. – São Paulo, Saraiva: 2009, p. 206

¹⁷⁸ LÔBO, Paulo. *Direito ao Estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156

liberdade e vontade, de maneira que o direito do filho à convivência familiar, tido como prioridade absoluta pela Carta Magna e construído no dia-a-dia das relações afetivas, não pode ser prejudicado por razões de origem biológica, conforme Paulo Lôbo:

“Todavia, na hipótese de estado de filiação não-biológica já constituída na convivência familiar duradoura, comprovado no caso concreto, a origem genética não prevalecerá. Ou seja, a origem genética não se poderá contrapor ao estado de filiação já constituído por outras causas e consolidado na convivência familiar (Constituição, art. 227).”¹⁷⁹

A jurisprudência apresenta divergência quanto ao tema, refletindo a controvérsia presente na doutrina, em virtude da confusão que se faz entre o direito da personalidade, assegurado a cada um, sem efeitos de filiação, e o reconhecimento da filiação derivado da relação socioafetiva desenvolvida entre pais e filhos no seio do convívio familiar.¹⁸⁰

Neste passo, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação polêmica, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de imunizar o réu do exame de DNA determinado por ordem judicial, garantindo-lhe o direito de recusa à realização do exame, mas negando ao autor da ação de investigação de paternidade o direito de conhecer sua origem genética.¹⁸¹

Já o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se em sentido contrário, no Resp 140.665-MG, 1998, decidindo que “na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz”, editando assim, o enunciado da Súmula 301, que diz o seguinte: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Assim, a Súmula 301 apenas pode ser aplicada se não tiver havido constituição de estado de filiação, ou seja, quando do registro de nascimento não constar paternidade de qualquer origem, mesmo assim, o juiz deve reunir os efeitos da recusa com as demais provas existentes nos autos que permitam solidificar seu convencimento.¹⁸²

Neste diapasão, embora seja a perícia compulsória prejudicial àqueles que vêm o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, torna-se uma providência necessária e legítima a ser adotada pelo magistrado.

¹⁷⁹ LÔBO, Paulo. *Direito ao Estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156

¹⁸⁰ LÔBO, Paulo. *Famílias*, 2. ed. – São Paulo, Saraiva: 2009, p. 209-210

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 209

¹⁸² *Ibidem*, p. 209

Assim, nos casos em que o intuito é impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique direito de terceiro, como ocorre nos casos do reconhecimento do estado de filiação, que corresponde à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este, público e individual.¹⁸³

Vale destacar que havendo colisão de direitos com base no mesmo princípio constitucional, os critérios hermenêuticos da ponderação dos interesses não aconselha que um seja totalmente sacrificado em benefício do outro, conforme Paulo Lôbo:

“Se houver colisão de direitos, com base no mesmo princípio constitucional, os critérios hermenêuticos do balanceamento ou ponderação dos interesses não recomendam que um seja previamente sacrificado em benefício do outro. Em tese, negar o direito ao conhecimento da origem genética é tão lesivo ao princípio da dignidade da pessoa humana quanto à submissão compulsória a exame. Apenas o caso concreto indicará quando um deverá prevalecer sobre o outro.”¹⁸⁴

Vale destacar que, o ordenamento jurídico brasileiro garante a proteção a esse direito de informação, mas não de forma expressa, e sim mediante o trabalho hermenêutico retirado da conjuntura de inúmeros princípios constitucionais, dentre eles: o princípio da igualdade (artigo 5º. Caput); proteção integral à criança e ao adolescente (artigo 227, Caput), plena igualdade entre os filhos, (artigo 227, §6º), paternidade responsável (artigo 226, §7º) e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III).¹⁸⁵

Ressalta-se que, na Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 7º) há previsão expressa e textual reconhecendo o direito à informação sobre a origem biológica, como direito da personalidade, e, assim sendo, imprescritível e personalíssimo, não se transmitindo aos herdeiros.¹⁸⁶

Com relação aos aspectos processuais, a forma mais adequada de proteção a esse direito seria através de propositura de ação declaratória, buscando o titular do direito a declaração de suas origens genéticas, sem que disso resulte qualquer efeito jurídico ou

¹⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 194

¹⁸⁴ LÔBO, Paulo. *Direito ao Estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156

¹⁸⁵ GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, 1. Ed. – Editora Jurispodivm: 2010, p. 276

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 277-278

patrimonial em relação aos mesmos, residindo nesse ponto, a principal característica que diferencia o direito comentado ao direito ao estado de filiação.¹⁸⁷

Assim, os efeitos declaratórios da origem genética, com integração da identidade do indivíduo no âmbito psíquico, não afetam a filiação baseada na afetividade estabelecida entre a pessoa e sua família, inexistindo importância jurídica-prática para esse grupo.¹⁸⁸

Desta forma, sendo admitida a indagação sobre a ascendência genética, não poderá ser estabelecido novo estado de filiação, devendo ter apenas a finalidade de atender uma necessidade psicológica, resguardar os impedimentos matrimoniais e proteger a vida do filho e dos pais biológicos.¹⁸⁹

Por fim, ressalta-se que os efeitos atingirão a personalidade do titular desse direito e não qualquer outro patrimonial, sucessório, de paternidade, assistencial, efeitos estes esperados com a procedência da ação investigatória de paternidade, de maneira que o direito a informação não resulte qualquer incompatibilidade prática prejudicial ao beneficiado, à sua família e à sociedade.¹⁹⁰

4.4 Consentimento informado e o direito à origem genética – questões polêmicas

O ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas que se subdividem em regras e princípios.

Assim, as regras e princípios norteiam todo o sistema jurídico brasileiro, inclusive o direito de família, de maneira que os princípios possuem grande importância no sistema normativo contemporâneo e é essencial para a resolução dos litígios, principalmente no que diz respeito a problemáticas envolvendo a estrutura familiar.

Neste diapasão, possível entender que o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador de sêmen são vertentes de dois direitos fundamentais, quais sejam, o

¹⁸⁷ GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, 1. Ed. – Editora Jurispodivm: 2010, p. 278

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 278-279

¹⁸⁹ LÔBO, Paulo. *Direito ao Estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156

¹⁹⁰ GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, 1. Ed. – Editora Jurispodivm: 2010, p. 279

direito à personalidade e o direito à intimidade.

A Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa Brasileira¹⁹¹, estabelecendo que as relações humanas regem-se sob a égide deste princípio, impondo-o como referência para os demais valores proclamados pela Carta Magna.¹⁹²

Assim, partindo da premissa de que os direitos fundamentais baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, havendo colisão de direitos, devem-se aplicar em caso de conflito, os princípios da unidade da constituição e da concordância prática, o princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade e logicamente, o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁹³

Vale dizer que embora os direitos fundamentais não sejam princípios, são direitos destinados a preservar a vida humana dentro dos valores morais de liberdade e dignidade, impossibilitando a exclusão de qualquer destes direitos em caso de divergência, uma vez que não existe hierarquia entre eles.¹⁹⁴

Desta forma, havendo a colisão entre dois ou mais direitos fundamentais é necessário que haja uma busca pelo sacrifício mínimo dos direitos envolvidos, uma vez que os mesmos não poderão ser excluídos, já que esta divergência não é indicativa de que estes direitos são opostos uns aos outros, sendo apenas diversos se analisados em casos reais.¹⁹⁵

Neste passo, caso haja a impossibilidade de solucionar o conflito entre direitos fundamentais por meio da aplicação dos princípios presentes na Carta Magna, tendo em vista que os direitos fundamentais têm por objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana, deve-se a ele recorrer.¹⁹⁶

¹⁹¹ Artigo 1º, III, da Constituição Federal

¹⁹² CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14 set. de 2014

¹⁹³ Ibidem

¹⁹⁴ Ibidem

¹⁹⁵ Ibidem

¹⁹⁶ Ibidem

Vale dizer que havendo invasão dos direitos de um indivíduo por outro, deve-se aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana, para se estabelecer qual direito fundamental conflitante deve prevalecer, após análise do caso concreto.¹⁹⁷

É de suma importância dizer que a dignidade da pessoa humana, constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, sendo um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, podendo ser considerada como uma espécie de cláusula aberta com o objetivo de respaldar o surgimento de novos direitos não expressos na Constituição Federativa de 1988.¹⁹⁸

O direito ao anonimato do doador de material genético na reprodução humana assistida, adotado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 1.957/2010, consiste na vedação de revelar a identidade civil do doador de material genético, impossibilitando que o ser concebido por seu gameta, através das técnicas de reprodução humana assistida, venha a conhecê-lo, admitindo apenas o repasse das informações sobre os doadores, em situações especiais e exclusivamente para médicos.¹⁹⁹

Vale dizer que a legislação brasileira infraconstitucional só terá validade se estiver em plena consonância com os princípios presentes da Carta Magna, de maneira que é imprescindível que se faça uma leitura sistemática da resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010, a qual estabeleceu o direito ao anonimato, que tem sido visto como preceito absoluto, em virtude da carência de legislação específica que trata sobre o assunto.²⁰⁰

Assim, o direito ao anonimato do doador de material genético, fundamenta-se no sentido de proteger o seu direito à intimidade, haja vista ser autonomia inerente à pessoa humana, de preservar a esfera secreta de sua vida privada e íntima, referindo-se à liberdade de que deve gozar o indivíduo.²⁰¹, ou seja, de excluir do conhecimento de terceiros o modo de ser pessoal, conforme artigo 5º, X da Constituição Federal.²⁰²

¹⁹⁷ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14 set. de 2014

¹⁹⁸ Ibidem

¹⁹⁹ Ibidem

²⁰⁰ Ibidem

²⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional) São Paulo: Malheiros, 2009, p. 203

²⁰² CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14 set. de 2014

Vale informar que quanto ao direito ao conhecimento da origem biológica, por ser baseado no direito da personalidade, é um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo assim, personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, uma vez que é garantindo a todos o direito de sua identidade genética, pois se trata de um direito fundamental.²⁰³

Frise-se que a personalidade tutela a integridade física e moral do ser humano, visando atender ao dogma absoluto de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, que por sua vez, é o objetivo final de todo ordenamento jurídico.²⁰⁴

Assim, para solucionar o conflito existente entre o direito ao anonimato do doador e o direito de acesso às informações genéticas, necessário se faz a apreciação das particularidades de cada situação de conflito, de maneira a identificar qual o direito fundamental em questão garantirá uma maior proteção da dignidade da pessoa humana, a qual, somente estará assegurada, quando for possível desfrutar dos direitos fundamentais.²⁰⁵

Contudo, ressalta-se que na prática, indicar qual dos direitos conflituosos em questão deve sobrepor ao outro é uma tarefa um tanto quanto árdua, uma vez que apenas com a análise particular de cada caso concreto, que poderemos entender qual dos dois direitos em questão deve prevalecer.²⁰⁶

Vale dizer que é reservado ao ser concebido com uso das técnicas de reprodução humana assistida, o direito de conhecer a sua origem biológica, e conseqüentemente, a identidade do doador do material genético, como vertente do direito à personalidade, já que o direito à identidade é personalíssimo sendo portanto, inviolável.²⁰⁷

No entanto, há quem entenda que este direito só poderá se sobressair ao direito ao anonimato do doador, caso o receptor comprovar a necessidade dessa revelação, como nos casos em que o intuito seja conhecer possíveis impedimentos para o matrimônio, evitando a

²⁰³ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14 set. de 2014

²⁰⁴ Ibidem

²⁰⁵ Ibidem

²⁰⁶ Ibidem

²⁰⁷ Ibidem

formação de vínculos parentais que ofendam a moral, os costumes e o ordenamento jurídico.²⁰⁸

Destaca-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não permite a existência de um sigilo que venha prejudicar a formação psicológica, moral e social da criança gerada por meio das técnicas de reprodução humana assistida, uma vez que, ao negar-lhe o direito de conhecer sua origem genética, estaria restringindo-lhe a descoberta de fatores essenciais para a formação de sua personalidade e que influenciariam na sua autodeterminação.²⁰⁹

Neste sentido, ao possibilitar ao filho o conhecimento de sua ascendência biológica, estará garantindo-lhe o exercício de seu direito de personalidade e, principalmente, lhe concedendo a oportunidade de encontrar nos genitores biológicos, as respostas para os todas as dúvidas acerca de suas características físicas, da índole e do comportamento social.²¹⁰

Ressalta-se que o anonimato absoluto desrespeitaria o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, pois estaria expondo os envolvidos a relações incestuosas, constituídas pelos filhos nascidos de material genético originado do mesmo doador, ou até mesmo pelo próprio doador e uma filha, que poderiam vir a contrair casamento por absoluto desconhecimento de suas verdadeiras origens.²¹¹

Vale dizer que a necessidade de se conhecer a ascendência genética para preservação da saúde e vida da criança, nos casos de graves doenças genéticas, indiscutível que o direito ao conhecimento da origem genética deve prevalecer, em detrimento do direito ao anonimato do doador de material genético, conforme Karla Corrêa Cunha e Adriana Moraes Ferreira:

“A intimidade de uma pessoa não pode ter um valor maior que a vida de outra, uma vez que a vida é o maior bem da pessoa, merecendo uma proteção mais ampla pelo ordenamento. Comportamento diverso estaria ferindo gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana.”²¹²

Destaca-se que o direito ao conhecimento da origem biológica não significa a desconstituição da paternidade dos pais socioafetivos, uma vez que somente funciona como

²⁰⁸ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14 set. de 2014

²⁰⁹ Ibidem

²¹⁰ Ibidem

²¹¹ Ibidem

²¹² Ibidem

um instrumento, que garante a criança gerada através do uso das técnicas de reprodução assistida heteróloga, a certeza de sua ancestralidade.²¹³

Assim, nas hipóteses como conhecer possíveis impedimentos para o casamento e nos casos de graves doenças genéticas, é indiscutível que o direito do ser concebido pela reprodução assistida de a sua identidade biológica, deve predominar em relação ao direito à intimidade, uma vez que a redução da proteção à intimidade pode gerar apenas alguns embarços, enquanto o desconhecimento da ascendência genética pode interferir na vida do ser humano, gerando graves sequelas físicas e psicológicas.²¹⁴

Vale destacar que em nosso país, o princípio do anonimato do doador de material genético tem sido visto como preceito absoluto, pois deriva da Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece que será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas, assim como dos receptores, de maneira que somente em casos específicos e por motivação médica, as informações sobre doadores, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.²¹⁵

Destaca-se que os posicionamentos doutrinários acerca do anonimato do doador de material genético encontram óbice em casos concretos apresentados ao Poder Judiciário em busca de uma solução satisfatória para ambas as partes, como, por exemplo, a prevenção de matrimônios consanguíneos.²¹⁶

Desta forma, a possibilidade do conhecimento dos pais biológicos solucionaria essa questão, bem como as outras já mencionadas, uma vez que esse conhecimento é indispensável para o desenvolvimento psicológico e moral sadio da criança, como forma de exercício de seu direito indisponível de personalidade.²¹⁷

Importante frisar que o anonimato supremo fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, haja vista que privaria a criança ao conhecimento de sua origem, de suas características físicas, e de personalidade, além de expor os envolvidos ao incesto e até mesmo ao perigo de vida, nos casos de graves doenças genéticas.

²¹³ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato apud MOREIRA FILHO, José Roberto. Conflitos Jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em 14 set. de 2014

²¹⁴ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14 set. de 2014

²¹⁵ *Ibidem*

²¹⁶ *Ibidem*

²¹⁷ *Ibidem*

Por fim, destaca-se que com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu uma nova ordem constitucional marcada por inúmeros princípios fundamentais humanizantes, tendo como sua principal característica a preocupação com a dignidade da pessoa humana, refletindo assim, em todos os ramos do direito, em especial no Direito de Família, haja vista a garantia do melhor interesse da criança e da paternidade responsável.²¹⁸

Vale dizer que o reconhecimento da origem genética não deve ser confundido com o reconhecimento da paternidade, o qual de fato tem seus efeitos patrimoniais refletidos no direito sucessório, sendo tal direito característica típica do vínculo paterno-filial.

Assim sendo, considerando que não existe o vínculo paterno ou patrimonial entre o doador do material genético e o ser concebido, não se pode falar em direitos sucessórios, uma vez que o conhecimento da origem genética não modifica em nada as relações jurídico-familiares que tal indivíduo possui com seus pais e sua família afetiva.²¹⁹

Deste modo, o objetivo principal do acesso às informações genéticas é apenas conhecer os dados do doador de material genético e conseqüentemente obter o conhecimento da ancestralidade familiar da criança, não devendo acarretar de forma alguma na desconstituição do vínculo paterno-filial socioafetivo já estabelecido com a família beneficiada pelas técnicas de reprodução humana assistida.²²⁰

²¹⁸ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14 set. de 2014

²¹⁹ Ibidem

²²⁰ Ibidem

5 Conclusão

Constata-se, com o presente trabalho, que a família e a filiação são institutos influenciados pela cultura social e não pela utilidade biológica.

Conforme demonstrado o conceito de instituto familiar sofreu profunda alteração com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu uma nova ordem constitucional marcada por inúmeros princípios fundamentais humanizantes, tendo como sua principal característica a preocupação com a dignidade da pessoa humana.

Os princípios basilares que norteiam a concepção de família são a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade, de maneira que a família se converteu no espaço de realização da afetividade e da dignidade da pessoa humana, seus objetivos são a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Assim, a dignidade da pessoa humana consiste em um princípio fundamental, assegurando assim, a integridade e a personalidade de toda pessoa humana, no sentido de possibilitar a plena concretização de suas potencialidades e aptidões.

No que tange a afetividade, conforme salientado, esta decorre dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, consistindo em fator essencial e responsável pela inovação e reestruturação do direito de família, que passa a se preocupar mais com a qualidade da relação mantida nos núcleos familiares, do que propriamente a forma com a qual as entidades familiares se apresentam em sociedade.

Desta forma, foi possível vislumbrar que no estudo da filiação indagam-se os vínculos jurídico, biológico e socioafetivo, que atualmente possuem igual valor jurídico e devem ser sopesados no debate acerca da paternidade, uma vez que a filiação não decorre apenas da origem biológica.

Frise-se que a noção do direito à origem biológica agregou-se ao estudo da filiação, como objetivo de melhor definir seus contornos, haja vista que o ordenamento jurídico assegura o direito à intimidade, à privacidade e à identidade pessoal, que se somam ao princípio da dignidade da pessoa humana para caracterização do direito à identidade genética.

O direito à identidade genética, no âmbito de proteção à historicidade pessoal está inserido o direito de cada ser humano conhecer a respectiva origem genética, assegurando que o conhecimento à identidade biológica, não acarreta modificação ou alteração do vínculo de paternidade que tenha origem socioafetiva, haja vista que, paternidade e origem genética são

elementos sem vinculação necessária, uma vez que possuem componentes diversos, especialmente a afetividade.

Desta forma, a pessoa deve ser compreendida em sua dimensão ontológica, não reduzindo a relação de parentesco a dados genéticos, de maneira que a paternidade não mantém necessária correspondência com o vínculo sanguíneo, sendo possível a constituição do parentesco por outros fundamentos legais.

Por fim, salientou-se que consolidado o estado de filiação, é inaceitável a pretensão de sua modificação apenas com fundamento na origem biológica, mas deve ser assegurado o direito ao conhecimento da origem biológica, admitindo-se a busca da identidade ascendente e da historicidade pessoal.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, v. 2, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1950. v. 2, (atualizado por Achilles Beviláqua)
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo, *Direito, Sexualidade e Reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- CHAVES, Antônio, *Filiação legítima*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 37, São Paulo: Saraiva, 1977
- CHINELATO, Silmara Juny, *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. vol. 18, São Paulo: Saraiva, 2004
- COELHO, Fábio Ulhôa, *Curso de Direito Civil, família, sucessões*, volume 5, 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, São Paulo: Martins Forense, 2000
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979
- DELINSK, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*, São Paulo: Dialética, 2000
- DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*, 9ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12. 344/2010 (regime obrigatório de bens) Lei 12.398/2011 (direito de vista dos avós) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil comentado*, São Paulo, Saraiva, 2002
- DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5: direito de família, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual de biodireito*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2.ed, Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1995
- GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda., *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, 1. ed. – Editora Jurispodivm: 2010
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro, volume 6: Direito de família – de acordo com a Lei 12.874/2013*, 11ª ed. – São Paulo, Saraiva, 2014
- LACERDA, Galeno. *Direito de família, volume I: ações de paternidade (casos selecionados)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000
- LÔBO, Paulo. *Código Civil comentado, Famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- LÔBO, Paulo. *Famílias*, 2. ed. – São Paulo, Saraiva: 2009
- MADALENO, Rolf. *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004
- MALUF, Carlos Alberto Dantas; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de Direito de Família*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito da personalidade no novo Código Civil e elementos genéticos para a identidade da pessoa humana*, In DELGADO, Mario Luiz;

- ALVES, Jones Figueiredo (coord.). v. 1, Novo Código Civil: questões controvertidas. São Paulo, Método, 2003
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*, v. 1, 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- MORAES, Maria Celina Bodin de., Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997
- NAUDAD, Stéphane. *L'homoparentalité, une nouvelle chance pour la famille?* Paris: Fayard, 2002
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério Jurídico da Paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Família e Cidadania: O Novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IMDFAM, Del Rey: 2002
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5, 14. ed. atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Direito de Família e das sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 1991 (revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros)
- SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional) São Paulo: Malheiros, 2009
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, 14 ed., São Paulo: Atlas, 2014
- VILLELA, João Baptista, Procriação, paternidade e alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2005
- WEBER, Lidia Natalkia Dobriansky. *Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999
- WELTER, Pedro Belmiro. *Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003
- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002
- ALBUQUERQUE, Fabíola dos Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006
- ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato apud MOREIRA FILHO, José Roberto. Conflitos Jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>.
- CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... *In: A família na travessia do milênio: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2000

LÔBO, Paulo. *Direito ao Estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19

MADALENO, Rolf, *Paternidade alimentar*. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VIII, n. 37, p. 138, ago/set. 2006

MENDES, Christine Keler de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, n° 180

CD-ROM Juris Síntese Millennium, ano 6, n° 35, Maio/Junho de 2002 – Editora Síntese