



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

CARINA DE ALMEIDA COELHO

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A PATERNIDADE
SOCIOAFETIVA**

**JUIZ DE FORA
2009**

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

CARINA DE ALMEIDA COELHO

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A PATERNIDADE
SOCIOAFETIVA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – Unipac, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Joseane Pepino de Oliveira

JUIZ DE FORA

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Carina de Almeida Coelho

Aluno

Análise crítica sobre a paternidade socio-afetiva

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Joséane Pepino de Oliveira

Luciana Yara Vêga

Assis Luécia da Costa

Aprovada em 02/12/2009.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus que sempre me dá força e coragem para vencer os meus objetivos. Aos meus pais, Angela e Antonio, pelo amor. A minha irmã Camila que mesmo longe sempre se mostra muito presente, contribuiu e muito para a concretização dessa monografia. A Joseane, minha orientadora, pelo apoio e carinho. Muito obrigada.

O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.

Pietro Perlingieri

RESUMO

O Direito de Família passa por transformações, pois tem que se adequar às mudanças que ocorrem na sociedade. Pode-se afirmar que as maiores conquistas nesta área se deram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se consagrou a igualdade de filiação e introduziu no ordenamento jurídico uma mudança de valores nas relações familiares, que influenciou na determinação de uma nova paternidade, fruto do afeto, cujas linhas fundamentais projetaram-se no Código Civil de 2002. A partir de então a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade passa a ser necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não. A paternidade é *múnus*, direito-dever, construída na relação afetiva, e assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação, isto é, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar (art. 227 da Constituição Federal). É pai quem assumiu esses deveres, embora nem sempre seja o genitor. Isto porque, o afeto não decorre da herança genética que se recebe dos pais biológicos. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. Embora tenha havido evolução significativa da paternidade socioafetiva na legislação brasileira, são recorrentes os desvios doutrinários e jurisprudenciais baseados na impressão de certeza conferida por exames genéticos (DNA). Assim, objetiva-se problematizar a paternidade socioafetiva, abordando sua repercussão na ordem jurídica nacional, seus efeitos, analisando a posição dos doutrinadores brasileiros e mencionando as decisões judiciais que formam o atual entendimento dos Tribunais Regionais, no caminho da consagração da paternidade socioafetiva.

Palavras-chave: Direito de Família. Filiação. Paternidade socioafetiva. Igualdade. Afeto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FILIAÇÃO.....	09
2 CLASSIFICAÇÃO DA PATERNIDADE OU FILIAÇÃO: BIOLÓGICA, JURÍDICA E SOCIOAFETIVA	13
3 RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: BREVE ANÁLISE DOUTRINÁRIA.....	17
4 ESPÉCIES DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	22
4.1 Adoção.....	23
4.1.1 Adoção judicial.....	23
4.1.2 Filho de criação	24
4.1.3 Adoção à brasileira.....	24
4.1.4 Reconhecimento voluntário e judicial da paternidade e da maternidade.....	25
4.2 Reprodução assistida	26
4.3 Paternidade homoafetiva.....	30
5 UMA POSSÍVEL AMEAÇA A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O DNA.....	33
6 EFEITOS DA FILIAÇÃO.....	37
7 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	40
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

INTRODUÇÃO

O Direito de Família apresentou profundas mudanças nos últimos tempos, diante do redirecionamento das relações políticas, econômicas, sociais e, conseqüentemente, familiares no sentido de se buscar o fundamento das relações pessoais contemporâneas nos ideais e valores de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo. Cuida-se de adotar posturas que sejam coerentes com o significado da própria existência humana e do meio que a circunda, tentando atingir o bem-estar social.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 provocou uma importante alteração no Direito de Família ao flexibilizar as normas referentes às entidades familiares, em seu art. 227 §6º, colocando em igualdade a condição de filho, sejam legítimos, sejam adotivos, fazendo assim, um grande avanço em matéria de relações familiares, cujas linhas fundamentais projetaram-se no Código Civil de 2002. Essa intensa renovação da disciplina das situações familiares introduziu no ordenamento jurídico uma mudança de valores, que influenciou na determinação de uma nova paternidade, fruto do afeto, a chamada paternidade socioafetiva.

A paternidade identifica-se em três tipos: a biológica, a jurídica e a afetiva (ou socioafetiva). O que sempre se espera é que elas estejam embutidas numa só. Entretanto, não raras vezes, as “paternidades” são dissociadas. Nestas hipóteses são que surgem os problemas jurídicos e morais, nas ações de paternidade, muitas vezes sustentadas em valores materiais, dissociadas do aspecto afetivo que originou a relação paternal.

A paternidade socioafetiva vive o amor e o respeito entre entes queridos e ligados por uma verdade da relação paterno-filial. Ela se externaliza através de algumas formas: adoção regular ou irregular (adoção judicial, filho de criação, adoção à brasileira, reconhecimento voluntário e judicial da paternidade e da maternidade); reprodução humana assistida e paternidade homoafetiva.

Apesar da evolução significativa da paternidade socioafetiva na legislação brasileira, com o implemento das avançadas técnicas de diagnóstico da compatibilidade sanguínea, os exames de DNA passaram a ser o principal parâmetro de julgamento de ações ligadas à paternidade, devido a impressão de certeza conferida pelo mesmo. Assim, são recorrentes os desvios doutrinários e jurisprudenciais por exames genéticos.

Ademais, na tradição do direito de família brasileiro, o conflito entre a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva sempre se resolveu em benefício da primeira, em decorrência de fatores históricos, religiosos e ideológicos que estiveram no cerne da concepção hegemônica da família patriarcal e matrimonializada, delimitada pelo requisito da legitimidade, que via a paternidade biológica como "verdade real".

Apenas recentemente a paternidade socioafetiva passou a ser cogitada seriamente pelos juristas, como categoria própria, merecedora de construção adequada. Embasados nos princípios constitucionais da igualdade, da proibição de discriminação entre a filiação, da supremacia dos interesses dos filhos, e da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário passou a negar pretensões anulatórias de certidão de registro de nascimento, com base apenas na falta do vínculo biológico.

O ordenamento jurídico deve estar vigilante para o desenvolvimento social e dar relevância a estas mudanças, a fim de sistematizar a nova conjuntura social, onde é cada vez mais freqüente, a existência de filhos que por inúmeros motivos se afastam de seus pais biológicos e passam a integrar uma nova família, abrindo assim caminho para uma nova forma de paternidade.

Desta forma, por meio de uma análise no cenário constitucional e jurisprudencial brasileiro acerca do estabelecimento do vínculo de filiação, objetiva-se problematizar a paternidade socioafetiva, em seus mais variados aspectos, analisando suas garantias legais, diante da moderna visão do Direito Civil e o atual entendimento dos Tribunais Regionais, no caminho da consagração da paternidade socioafetiva

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FILIAÇÃO

O Direito Romano conheceu a filiação biológica (*cognatio*), mas também uma filiação que, ligada ao critério do culto religioso, desvinculava-se do laço do biologismo (*agnatio*).

Na Idade Média, já sob influência da canonística, adota-se o critério da legitimidade, ou seja, legítimo é o filho nascido na constância do casamento, enquanto que os demais são considerados bastardos e sofrem uma série de limitações jurídicas.

O Direito de Família Pátrio e, por consequência, a acepção jurídica de entidade familiar passou, no período compreendido entre 1916 e 1988, por um grande processo de transformação. O Código Civil brasileiro de 1916 era de cunho patriarcal, contemplando a "família-instituição", diretamente ligada ao casamento. A noção de família estava muito atrelada à idéia de proteção do Estado à união selada entre homem e mulher pelo sacramento do matrimônio em que se vislumbrava, com clareza, objetivos de segurança patrimonial e procriação.

O matrimônio permanece determinante quanto à filiação, manifestado através da presunção *pater is est*, segundo a qual a prole é considerada legítima e digna de proteção legal, devido ao casamento dos genitores.

Logo, verifica-se também que a grande preocupação da lei no que dizia respeito à proteção da entidade familiar, através do aspecto da legitimidade da união e dos filhos dela havidos é também patrimonial, justificativo da função primordial de transmissão do nome paterno. Nas palavras de PERROT (apud SILVA, 2004, p. 01)¹: "A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei".

Porém, com a Revolução Industrial e a consequente passagem do modelo econômico

¹ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321>.

agrário ao industrial atingiu irremediavelmente a família, que se revelou não mais uma unidade de produção sob a autoridade de um chefe, e sim um grupo com divisão de funções definidas pelas aptidões individuais dos membros.

Verifica-se profunda transformação ao longo do século XX, com sensíveis efeitos no meio familiar. Como mostram OLIVEIRA e MUNIZ (1990, p. 11), “Acentuam-se as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais”. No modelo romano, patriarcal a noção de afeto era presumida e condicionada à existência de uma situação juridicamente reconhecida, como o casamento que trazia consigo a *affectio maritalis*, que justificava a necessidade de continuidade da relação. Agora, o afeto passa a representar a vontade de estar e permanecer junto a alguém. A *affectio maritalis* traduz-se hoje como valor sócio-afetivo que funda uma sociedade conjugal, matrimonializada ou não.

Diante disso o modelo legal codificado tornou-se insuficiente, tendo em vista a pluralidade social existente. Os fatos concretos opuseram-se ao Direito, por isso, desde o início da vigência do Código Civil de 1916 o sentido e o alcance do fenômeno jurídico da filiação sofreram profundas alterações, seja por conta de mudanças legislativas e constitucionais, seja pela construção doutrinária e jurisprudencial.

Partiu-se de uma situação em que imperava a discriminação entre os filhos – com distinções entre filhos ditos legítimos e ilegítimos, estes naturais ou espúrios – e a restrição ao reconhecimento da paternidade, a fim de preservar a família.

O Código Civil de 1916, no art. 337, estabeleceu os critérios para definição da filiação legítima, ou seja, aquela havida na constância do matrimônio eficaz. O estabelecimento da paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento se dava a partir de uma presunção, a *pater is est quem nuptiam demonstran*, ou seja, presume-se pai, o esposo da mulher casada, conforme o art. 338. Tal presunção poderia ser contestada pelo suposto pai, desde que a ação cabível fosse proposta no prazo de dois meses, entre presentes, ou de três meses, entre ausentes.

Desta forma, a lei civil relegava a "verdade biológica", bem como a afetiva, a um segundo plano, induzindo até mesmo que a "mentira jurídica" poderia ser essencial à paz familiar. Assim: "a paternidade jurídica distancia-se da sua base biológica para atender outros interesses em defesa da própria família, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica". (FACHIN, 2003, p.14) Dá, assim, preferência a um critério "nupcialista de paternidade", segundo o qual é reconhecido como pai aquele que

contraiu núpcias com a mãe, e não a um critério "biologista da paternidade", que atende à verdadeira filiação do ponto de vista biológico. (FACHIN, 1992, p.33)

Se, de um lado, se apresentava a filiação legítima, baseada em uma presunção que não leva em consideração, necessariamente, o vínculo de sangue, do outro havia a filiação ilegítima, bipartida em natural e espúria. Os filhos naturais poderiam ser legitimados com o casamento. Os filhos espúrios, por outro lado, não eram legitimáveis no início da vigência do Código Civil de 1916, uma vez que, naquela época, sequer poderiam ser reconhecidos, por força do art. 358. Em 1942, por força do Decreto nº 4.737, o reconhecimento dos espúrios adulterinos passou a ser possível depois do desquite e, a partir da Lei nº 883/49, sempre que, por qualquer motivo, se pusesse termo à sociedade conjugal. Esta lei teve, ainda, o mérito de proibir a referência à legitimidade ou ilegitimidade dos filhos no registro de nascimento, sendo importante passo rumo a não-discriminação.

Como lembra FACHIN

A Lei nº 6.515/77 introduziu um parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 883/49, permitindo o reconhecimento de filho adulterino ainda na constância do casamento, embora esse reconhecimento só produzisse efeitos *post mortem*. Previu, ainda, a plena igualdade entre filhos legítimos e adulterinos quanto ao direito e à extensão da herança, ao estabelecer em seu art. 51: "qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições". Desse modo, a sucessão hereditária se abriu após o advento dessa lei, o direito à herança passa a ser igual para filhos legítimos e para adulterinos.

A evolução legislativa continuou com a Lei nº 7.250/84, que permitiu expressamente que o filho adulterino fosse reconhecido, desde que o pai estivesse separado de fato há mais de cinco anos.

Os filhos incestuosos, entretanto, permaneceram discriminados pela legislação infraconstitucional até o advento da Lei nº 7.841/89, que afastou expressamente a proibição de reconhecimento dos filhos espúrios. No entanto, por força da Constituição Federal, desde 1988 essa proibição deixou de existir no ordenamento brasileiro, com o reconhecimento da completa igualdade entre os filhos, e a vedação ao tratamento discriminatório. (2003, p.15)

Esse evoluir legislativo revela a superação do critério nupcialista da paternidade. A família moderna nasce sob a concepção eudemonista², centrada nas relações de sentimento entre seus membros e baseada em uma comunhão de afeto recíproco. Enquanto a família ditada pelo Código Civil de 1916 se define como hierarquizada e de feição transpessoal, em outro momento e contexto político-econômico, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto definições que consagram a pluralidade familiar e a igualdade substancial.

² Esta expressão significa "doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral", o que a aproxima da afetividade.

A partir da Constituição de 1988, especialmente pelo que dispõe o art. 226, § 4º, à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes é conferido o status de família, base da sociedade.

A alteração constitucional deixou de proteger apenas a família matrimonializada para acolher também outras comunidades unidas por vínculo de afeto, do mesmo modo como deixou de distinguir filhos adotivos e biológicos. A comunhão de pessoas, matrimonializada ou não, optando ou não por filhos, é considerada família e atualmente tem a proteção legal que merece.

Por sua vez, os §§ 5º e 6º do art. 227 da CF e o art. 41, §§ 1º e 2º, do ECA tratam a adoção como uma escolha afetiva, sendo que os filhos assim havidos gozam de igualdade de direitos e obrigações em relação às outras formas de filiação, proibidas distinções de qualquer natureza.

O artigo 1.597, nos incisos III, IV e V do novo Código, cuida da presunção de paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, concepção artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga, o que constitui inovação em face ao direito anterior que, naturalmente, não previa tais situações. O objeto da proteção estatal é a pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade. A realização do indivíduo tem por objetivo a formação de uma família emocionalmente estruturada, a qual é a base da sociedade, promovendo seu equilíbrio.

Diante disso, é fácil concluir que as normas se vêm direcionando para o reconhecimento da inegável realidade de que a família é um núcleo fundado no afeto e não na consangüinidade. Nas palavras da desembargadora DIAS, M. (*apud* MAIDANA, 2004, p. 63): “A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inciso III do art. 1º, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.”

Sensível a essa mudança no paradigma das relações familiares, antes estabelecida sobre uma base estritamente patriarcal, na qual o pai tudo podia, a Jurisprudência também tem aderido à idéia da filiação afetiva independente da biológica.

2 CLASSIFICAÇÃO DA PATERNIDADE OU FILIAÇÃO: BIOLÓGICA, JURÍDICA E SOCIOAFETIVA

Hodiernamente, a questão da paternidade está sendo apresentada sob três enfoques distintos, a biológica (que envolve a vinculação genética entre pais e filhos), a registral ou jurídica (explicitada pela identificação no assento de nascimento de quem são os genitores da pessoa) e a socioafetiva (que envolve aspectos de afeto e representação para a sociedade).

A prevalência da paternidade como conceito biológico se explica pela precedência histórica da natureza sobre a cultura, que fez com que o critério natural da consangüinidade se sobrepusesse ao critério cultural espelhado na convivência e no afeto.

Assim, primeira paternidade que surge é a biológica, pois ela decorre diretamente da existência de vida. Nos primórdios da história humana, a paternidade era apenas biológica, até em razão da falta de sistema social e registral organizado. Esta paternidade teve como base a idéia de apropriação e do casamento monogâmico, trazida pelo cristianismo e que fez com que a sociedade ocidental passasse a se alicerçar na idéia de família, entendida esta como a união de um homem e uma mulher, perante a autoridade constituída, para o fim de procriação.

Parece claro que a formação da parentalidade biológica, em princípio, independeria da intervenção de pessoas outras que não o casal que, ao manter relação sexual, une seus gametas (voluntaria ou involuntariamente), formando o embrião que dará origem ao filho de ambos. Porém, hoje tal situação se modificou, ante as inúmeras possibilidades de reprodução assistida, em que a participação de terceiros mostra-se necessária para que ocorra a parentalidade biológica (como a fecundação *in vitro*). Embora tal participação não modifique o código genético final que é o que caracteriza a parentalidade biológica, ela serviu de base para alterar a percepção sobre a paternidade. (CHAVES, 2005, p. 147)

A parentalidade registral se consubstancia quando ocorre à lavratura do assento de nascimento de uma criança, possui presunção de veracidade e de publicidade. Aqueles que comparecem perante o Oficial de Registro Civil, declarando-se como pai e mãe do infante

recém-nascido, passam a ser considerados, para fins legais, como sendo os genitores daquela criança, assumindo todos os encargos decorrentes dessa condição, ficando imbuídos do poder familiar. A parentalidade registral é um ato voluntário, pois é necessário que ocorra o comparecimento perante o Ofício de Registro para se fazer a declaração.

Cabe ressaltar que a legislação pátria presume a paternidade dos filhos havidos durante o casamento, bastando, nestes casos, que um dos genitores compareça à serventia registral para proceder à lavratura do assento de nascimento.

Em caso de não serem os genitores casados, o ordenamento pátrio exige a presença de ambos para que o assento possa ser lavrado. Comparecendo apenas a mulher, ela poderá declinar o nome do genitor, dando início ao procedimento administrativo de Investigação Oficiosa de Paternidade, no qual o suposto pai será chamado para informar se reconhece ou não a paternidade que lhe foi imputada. (CHAVES, 2005, p.148)

Esta paternidade fornece uma base documental para toda a vida do ser humano. É esse documento que comprova que a pessoa existe juridicamente, pois aquele que não é registrado não tem existência no plano jurídico. Em razão disso é que os ordenamentos jurídicos, em regra, partem da presunção alicerçada na parentalidade registral, apenas adentrando nos outros aspectos da situação, a questão biológica e a socioafetiva, quando aquela é questionada ou inexistente.

Embora se possa afirmar que o valor da paternidade registral hoje é inferior ao valor da socioafetiva, aquela ainda é a principal geradora de deveres e direitos. Afinal, a identificação registral é a identificação da pessoa perante o ordenamento jurídico e com seu grupo social. Já a questão socioafetiva, em regra, demanda dilação probatória, não sendo pré-constituída, nem possuindo presunção de publicidade. Assim, o vínculo, ainda que meramente registral, pode gerar o dever alimentar e de mútua assistência, além de criar direito sucessório e as limitações legais que regulam atos jurídicos entre ascendente e descendente.

A paternidade socioafetiva envolve os vínculos afetivos e sociais. Envolve aquilo que a jurisprudência e a doutrina por vezes chamam de posse do estado de filho.

Ressalta FACHIN (*apud* CHAVES, 2005, p.149) que,

[...] a paternidade socioafetiva capta juridicamente na expressão posse do estado de filho. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento (quer em público, quer na intimidade do lar) revelam no comportamento a base da parentalidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética que deveria pressupor aquela e serem

coincidentes. Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, reside antes no serviço e amor que na procriação.

A paternidade socioafetiva envolve sentimento, atenção e cuidado que se fortalecem com o passar dos anos, aprofundando-se e dando o alicerce para a construção da personalidade dos filhos.

Na paternidade sócio-afetiva, pai não é apenas aquele ligado por um laço biológico, e sim aquele ligado pelos intensos e inesgotáveis laços de afeto, ou seja, pai é aquele que cuida, protege, educa, alimenta, que participa intensamente do crescimento físico, intelectual e moral da criança, dando-lhe o suporte necessário para que se desenvolva como ser humano, eis aqui o fundamento de validade da noção de posse de estado de filho, a valorização das relações calcadas no afeto. (ANDERLE *apud* CHAVES, 2005, 150)

Em tempos ainda mais recentes, principalmente em razão da evolução das técnicas periciais, os vínculos genéticos passaram a poder ser rastreados e identificados. Tal possibilidade, em princípio, deveria indicar um reforço da paternidade biológica, pois esta poderia finalmente ser identificada de forma clara e indiscutível. No entanto, o que se está constatando é que estão sendo reforçados os laços afetivos, demonstrando claramente que família é muito mais do que laços de sangue. Como afirma GRUNWALD (2003, p. 01)³,

As inovações tecnológicas criaram para o homem uma nova forma de perceber a humanidade e a si mesmo enquanto espécie. As inovações que há tempos atrás nos pareciam utópicas ou simples ficção científica hodiernamente são reais e problematizadas pelos seus aspectos éticos, sociais e jurídicos. (...) a bioética rompeu um liame na concepção de filiação em que bastam os genes para se declarar a filiação, alertou para a necessidade de uma análise de vida, a pesquisa de todo um histórico social para então se declarar os direitos de pai-filho, reconhecendo-se a posse de estado não apenas como meio probatório, mas como instrumento efetivo da determinação da filiação, resguardando-se efetivamente os interesses das crianças e adolescentes.

O ideal é a coincidência dessas três vertentes em uma dada situação fática em que os fornecedores do material genético exerçam a parentalidade de forma consciente, afetivamente envolvidos, conscientes de seus deveres de sustento, alimentação, educação, instrução, apoio à prole, constando no respectivo registro civil como pai e mãe, respectivamente. Contudo nem sempre é o que ocorre e o modelo puramente genético para a identificação da paternidade é

³<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362&p=1>.

insuficiente, tendo em vista que o paradigma do biologismo passou a ser contestado a partir do momento em que a doutrina se ateve para a existência de um outro fundamento para a filiação, verdadeiramente de ordem cultural e desde sempre radicalmente presente: a socioafetividade.

Nas palavras de MAIDANA (2004, p. 69),

Analisar a questão da paternidade apenas sob o prisma biológico é o mesmo que negar toda a evolução da espécie humana no que se refere aos condicionamentos morais, sociais e culturais da sociedade, bem como ignorar o afeto como um dos mais nobres valores presentes na construção dos relacionamentos.

3 RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: BREVE ANÁLISE DOUTRINÁRIA

O estado de filho afetivo já era conhecido antes mesmo que os países civilizados organizassem o sistema de registro de nascimentos, que, inicialmente, era oficializado nas paróquias, sob o comando do Direito Canônico.

Segundo WELTER (2002, p.139),

Bem mais tarde, com as primeiras codificações, a contar de 1800, e a institucionalização do matrimônio, “surgiu a discriminação dos filhos nascidos de relações não formalizadas, sendo que a incidência da presunção de paternidade legal desconsiderou o elemento fático da filiação, estabelecendo somente o critério legal para determinação da filiação”. O reconhecimento da filiação “passou a ser um ato formal, e a simples posse de estado de filho não servia para demonstrar a filiação e, muito menos, para criar o vínculo legal entre pai e filho.

A evolução da doutrina brasileira foi gradual, passando da estrita exegese do Código Civil de 1916, que pregava valores informativos da desigualdade na filiação, para uma postura de valorização da igualdade entre os filhos e do reconhecimento do valor socioafetivo da relação paterno-filial.

A Constituição Federal de 1988 representou importante marco na trajetória do Direito Civil pátrio, provocando um verdadeiro abalo estrutural do sistema jurídico, estabelecendo uma nova ordem, promovendo a denominada “constitucionalização do Direito Civil”, trazendo profundas mudanças em especial ao Direito de Família.

Os valores que embasaram a elaboração do Código Civil de 1916, como a legitimidade da família e dos filhos fundada no casamento, vão cedendo espaço a um novo modelo igualitário e fundado no afeto. Nas palavras de CARBONERA (*apud* FACHIN, 2003, p.19), “os operadores do direito, com os olhos voltados para o sujeito, começam a agregar outros elementos àqueles já relacionados à clássica noção jurídica de família, indicando que,

em alguns casos, somente a formalidade do vínculo é insuficiente”.

Nessa esteira, a noção de filiação vai abandonando a relação outrora necessária com o matrimônio, desvinculando-se, conseqüentemente, das noções de legitimidade e ilegitimidade.

A nova ordem constitucional destacou valores que implicam na “repersonalização” das relações de família e objetivam a realização sentimental da pessoa no grupo familiar. Além disso, vieram a determinar três premissas a caracterizar a matéria da filiação: a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros; a despatrimonialização das relações entre pais e filhos, que passaram a ser subordinadas a outros valores, sobretudo ao fundamento da dignidade da pessoa humana, e a desvinculação entre os relacionamentos dos genitores e a proteção conferida aos filhos.

Assim a Constituição lançou dois princípios estruturais daquilo que se denomina de “nova filiação”: o primeiro, da plena igualdade entre os filhos (insculpido no art. 227, § 6º); e o segundo, da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CF), que reconhecendo e garantindo direitos próprios a essas pessoas.

Não basta ser genitor, nem educador, nem capaz de transmitir nome e bens, mas e sobretudo, o pai é aquele que estabelece um profundo vínculo amoroso com o filho. Nesse sentido, o autor historia que há duas verdades em matéria de perfilhação: a verdade biológica – a dos laços de sangue – e a verdade do coração – dos sentimentos –, esta é “a que corresponde à filiação querida, desejada, vivenciada no dia-a-dia de uma existência. A inserção da noção de paternidade responsável (art. 226, § 7º) pôs um fim, ao menos formalmente, à insustentável supremacia da paternidade biológica”. Em momento seguinte, conclui que “o direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação vivida”, ou, como bem asseverou GERARD CORNU, “direito da filiação não é somente um direito da verdade. É também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz, das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa”. (LEITE *apud* WELTER, 2002, p.145)

A Carta Federal proíbe qualquer discriminação entre filhos, não afastando, a toda evidência, o filho de direito ou de fato. Determina o cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, elevados à categoria de fundamento da República - art. 1º, incisos II e III - e do princípio da prevalência dos interesses do menor, concretizados no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, quando dispõe:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Neste diapasão, quando se prioriza os interesses do menor e rompe-se com as definições biológicas e formais de família, concebe-se esta como uma comunidade de afeto. Conforme aduz VILLELA (*apud* FACHIN, 2003, p.20), o aspecto biológico cede espaço ao comportamento, de modo que a paternidade passa a ser reconhecida pelo amor que se dedica ao bem da criança.

Nessa mesma perspectiva, observa PEREIRA, S. (*apud* FACHIN, 2003, p.20):

[...] a paternidade é conceito não só genético ou biológico, mas psicológico, moral e sociocultural. Em grande número de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico fracasso da relação de paternidade sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva, em nível de paternidade saudável, produtiva, responsável. E os milhões de casos de paternidade biológica não desejada? Por outro lado, a paternidade oriunda da adoção é plenamente consciente e desejada.

WELTER (2002, p.140) aponta três requisitos para caracterizar o estado de filho afetivo:

Três são os requisitos do estado de filho afetivo: a *nominatio*, a *tractatus* e a *reputatio*, ou seja, "que a pessoa tenha sido tratada como filho do indigitado pai e que tenha, como tal, atendido à manutenção, à educação e à colocação dela; que a pessoa tenha sido constantemente considerada como filho nas relações sociais". A *nominatio*, que é o nome, é ter o filho o apelido do pai; a *tractatus* é ser tratado e educado como filho; a *reputatio* é ser tido e havido por filho na família e na sociedade em que vive. Isso significa que o nome é o uso constante do apelido (sobrenome) da família do pai afetivo; o tratamento decorre do filho ser criado, educado, tido e apresentado à sociedade como filho; a fama ou reputação é a circunstância de ser sempre considerado, na família e na sociedade, como filho. Porém, a doutrina, em sua maioria, dispensa o requisito do nome, bastando a comprovação dos requisitos do tratamento e da reputação, visto que, no caso de uma criança, é ela quase sempre identificada pelo seu prenome, pelo que "até mesmo a posição social e o grau de educação das pessoas envolvidas são fatores que se deve considerar para a configuração e tipificação desses dois elementos essenciais". O tratamento é o elemento clássico de maior valor, certifica JACQUELINE FILGUERAS NOGUEIRA, porquanto reflete a conduta que é dispensada ao filho, garantindo-lhe o indispensável à sobrevivência, como a manutenção, a educação, a instrução, a formação dele como ser humano. Já o terceiro elemento, a fama, "é a situação de uma criança ter sempre sido considerada pela sociedade como filho 'legítimo' daqueles que a criam; é a notoriedade ou reputação social desta situação".

Esses requisitos, revelados pela convivência, constituem os elementos do que se denominou posse de estado de filho. Não há hierarquia entre os requisitos, pois são várias as qualidades que devem revestir a aparência de filho. Busca-se a publicidade, a continuidade e a ausência de equívoco na relação entre pai e filho.

A paternidade socioafetiva garante a estabilidade social, fundada no relacionamento diário e afetivo, formando uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano, porque “ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética”. (BOEIRA *apud* WELTER, 2002, p.144)

Destaca WELTER (2002, p.144) que “na Constituição Federal de 1988 não reside sequer um dispositivo legal que privilegie a paternidade genética em detrimento da socioafetiva, ou que tenha cobrado do registro de pessoas naturais qualquer fidelidade aos fatos da biologia”.

A função de protetor, de pai social não depende, a princípio, da de genitor, de pai biológico. Nesse ponto, cabe ressaltar a informação de MAX MÜLLER (*apud* WELTER, 2002, p. 146):

Pai é derivado da raiz PA, que não significa gerar, mas proteger, amparar, nutrir. O pai como procriador era chamado, em sânscrito, ganitar, mas como proteger e amparo do filho era chamado pitar. Eis porque as duas expressões são empregadas juntas, nos Vedas, para exprimir a idéia completa de pai. A seguir, o articulista atesta que, primitivamente, no conceito social de paternidade não se incluía, necessariamente, o elemento biológico, o que somente veio a ocorrer mais tarde, por dois motivos psicológicos: "a) o ciúme, passando-se a exigir a exclusividade; b) o narcisismo, para rever-se no produto, levando o homem a exigir, como condição para tornar-se pai social, a convicção da paternidade biológica".

O elemento socioafetivo da filiação está presente timidamente no art. 1.593 do Código Civil de 2002 e reflete a verdade jurídica desvinculada do biologismo, essencial para o estabelecimento da filiação.

ORLANDO GOMES (*apud* FACHIN, 2003, p. 21) definiu essa realidade jurídica como composta de dois elementos: o formal e o material, sendo este “a matéria-prima do produto jurídico, constituindo-se de fatos sociais”.

A filiação socioafetiva se constrói no comportamento de quem revela cuidados, carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade.

O reconhecimento da filiação socioafetiva se impôs a partir do desenvolvimento da mesma engenharia genética que tornou inegável a verdade biológica. Se, de um lado, a ciência permite a certeza sobre os laços de sangue, ela permite, sob outro aspecto, que tais laços

sejam postos à margem diante de uma realidade socioafetiva.

“A verdadeira filiação, na mais moderna tendência do Direito Internacional, só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética”. (WELTER, 2002, p. 147) No entanto, ainda há doutrinadores e julgados tradicionais que não aceitam a igualdade entre a filiação biológica e sociológica, os quais profetizam que os direitos somente podem ser outorgados ao filho aprisionado pelo sangue, esquecendo-se de que a família afetiva transcende os mares do sangue, pois se funda no ideal da paternidade e maternidade responsável edificada no amor e no afeto, dificultando, assim, o reconhecimento do estado de filho afetivo.

Nas palavras de WELTER (2002, p.148) "o afeto, como demonstram a experiência e as ciências psicológicas, não é fruto da origem biológica. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência, e não do sangue".

4 ESPÉCIES DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Os princípios e garantias insertos na Constituição Federal brasileira, em matéria de paternidade, maternidade e filiação, revelam evidente preocupação com os interesses da criança e do adolescente, assegurando-lhe direito à vida, à dignidade, ao respeito, à liberdade, ao convívio familiar e, principalmente, a ter família.

O instituto da adoção, tal como regido no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e pela Nova Lei de Adoção (Lei nº 12.010/09), é espécie do que o legislador denominou de "família substituta", pressupondo, assim, uma família substituída.

Diversamente do modelo tradicional, o vínculo familiar moderno é formado por laços socioafetivos, restando superado o dogma da unicidade da paternidade e da maternidade. Mesmo no caso da monoparentalidade resultante de técnica de reprodução assistida, necessariamente há mais de um genitor (ainda que um deles seja oculto diante do pretendido anonimato), sem que haja direitos ou deveres em relação aos doadores. Ademais, tem-se ainda a existência de novos modelos de agrupamentos familiares (como os homossexuais). O pluralismo familiar é uma realidade, não apenas percebida no mundo das coisas, como também reconhecida constitucionalmente.

A natureza jurídica da paternidade, maternidade e filiação resultantes da adoção de técnicas de reprodução assistida, sob a modalidade heteróloga, ou mesmo sem vínculo genético entre os envolvidos, deve ter em conta sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade.

4.1 Adoção

Segundo WELTER (2005, p. 46):

Quando do surgimento da família primitiva, já se falava em adoção, que tinha a finalidade de eternizar o culto doméstico, direito concedido somente a alguém que não tivesse filhos, para que não cessassem as cerimônias fúnebres. O novo vínculo do culto substituía o parentesco, mas o gesto de adotar não estava ligado à afetividade. Atualmente, adoção é um ato de afeto, de vontade, de amor e de solidariedade, sendo essa família tão real como a que une o pai ao seu filho de sangue.

A Nova Lei de Adoção vem exaltar a paternidade socioafetiva, já que prioriza o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar, ampliando o conceito de família (formada por parentes próximos com os quais convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade) e agilizando o processo de adoção, a fim de permitir que essas crianças possam ter o afeto e o cuidado de uma família.

São quatro as espécies de filiação socioafetiva na forma de adoção: a adoção judicial, o filho de criação, a adoção à brasileira e o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade e/ou da maternidade. Em todos esses casos é demonstrado o estado de filho afetivo, na forma do art. 227, caput e § 6º, da CF, e arts. 1.584, parágrafo único, 1.593, 1.596, 1.597, caput, 1.597, V, 1.603 e 1.605, II, 1.610, 1.638, 1.683 do Código Civil, cuja declaração de vontade torna-se irrevogável, salvo erro ou falsidade do registro de nascimento (art. 1.604 do CC).

4.1.1 Adoção Judicial

A adoção judicial é o instituto conhecido por filiação civil, sendo um ato jurídico, formal, de vontade, de amor e de solidariedade, “[...] que se prova e se estabelece por meio de um contrato ou de um julgamento (ato de vontade do juiz, mas que supõe previamente a vontade do(s) interessado (s)).” (WELTER, 2002, p. 133)

Por se tratar de um ato solene, alguns requisitos legais são exigidos, como a diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado, a efetivação por maior de 18 anos, dentre outros.

Ademais, conforme se extrai da leitura do art. 1626 CC/02, é atribuída a situação de

filho ao adotado, desligando o mesmo de qualquer vínculo com seus parentes consangüíneos, excetuando-se os impedimentos para casamento. Por isso, CHAVES (apud WELTER, 2002, p. 133) afirma que na adoção “a verdade socioafetiva é tão real como o que une o pai ao seu filho de sangue, e os efeitos que do primeiro emergem são tão reais como os que decorrem do segundo”.

4.1.2 Filho de criação

Corporifica-se naqueles casos em que, mesmo não havendo vínculo biológico, alguém educa uma criança ou adolescente por mera opção e tem como único vínculo probatório o afeto.

Dessa forma, “quando uma pessoa, constante e publicamente, tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu sempre suas necessidades, sua manutenção e sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu”. (WELTER 2005, p. 47)

Porém, antes do Código Civil de 2002 não havia convergência na doutrina e na jurisprudência no que tange a essa filiação, o que se observa em dois julgamentos do Tribunal de Justiça sul-rio-grandense:

a) "No sistema jurídico brasileiro não existe a adoção de fato, e o filho de criação não pode ser tido como adotado ou equiparado aos filhos biológicos para fins legais, tais como direito à herança"⁴; b) "A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção, consagrada na Lei nº 8.069/90 (especialmente arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, relevada pela posse do estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação"⁵. (WELTER 2002, p. 133)

4.1.3 Adoção à brasileira

A adoção à brasileira é aquela em que ocorre a declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de outra mulher, casada ou não, sem

⁴ Ac. 596038091, da 8ª C. Cível do TJRS, em 15/04/1996, rel. Sérgio Gischkow Pereira.

⁵ AI 599 296 654, da 7ª C. Cível do TJRS, em 18/08/1999, rel. Luiz F. Brasil Santos

observância das exigências legais para adoção. A criança, ao nascer, é registrada diretamente em nome dos pais afetivos, como se fossem biológicos. O declarante ou declarantes são movidos por intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família, como se a tivessem gerado. Contrariamente à lei, uma vez que tal conduta é tipificada como crime (art. 299, parágrafo único, do Código Penal), a sociedade não repele tal conduta; exalta.

Afirma LÔBO (2003, p.139) que,

Nessas hipóteses, ainda que de forma ilegal, atende-se ao mandamento contido no art. 227 da Constituição, de ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito "à convivência familiar", com "absoluta prioridade", devendo tal circunstância ser levada em conta pelo aplicador, ante o conflito entre valores normativos (de um lado o atendimento à regra matriz de prioridade da convivência familiar, de outro lado os procedimentos legais para que tal se dê, que não foram atendidos).

Desta forma, a invalidade do registro assim obtido não pode ser considerada quando atingir o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), na forma dos arts. 226, §§ 4º e 7º, e 227, § 6º, da Constituição Federal, pelo que "a declaração de vontade, tendente ao reconhecimento voluntário da filiação, admitindo alguém ser pai ou mãe de outra pessoa, uma vez aperfeiçoada, torna-se irretratável". (WELTER, 2005, p. 47)

Também é esse o entendimento jurisprudencial, de que a adoção "à brasileira" torna-se irrevogável quando edificado o estado de filho afetivo, pois, nesse caso, nasce a filiação socioafetiva, reconhecida constitucionalmente.⁶

4.1.4 Reconhecimento voluntário e judicial da paternidade e da maternidade

Ocorre quando alguém comparece no cartório de registro civil, de forma livre e

⁶ 01) "Ação de anulação de escritura pública de reconhecimento da paternidade. Adoção à brasileira. O reconhecimento espontâneo da paternidade daquele que, mesmo sabendo não ser o pai biológico, registra como sua a filha da sua companheira, tipifica verdadeira adoção, irrevogável, descabendo posteriormente a pretensão anulatória do registro de nascimento. Extinção do feito, sem julgamento do mérito (art. 267, inciso VI, do CPC)" (TJRS - Ac.70001177088/RS - 8ª C. Cível - Rel. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE - J. 17/08/2000); 02) "Registro de nascimento. Reconhecimento espontâneo da paternidade. Adoção simulada ou à brasileira. Descabe a pretensão anulatória do registro de nascimento do filho da companheira, lavrado durante a vigência da união estável, já que o ato tipifica verdadeira adoção, que é irrevogável" (TJRS - Ac.598300028/RS - 7ª C. Cível - Rel. Berenice Dias - J. 18/11/1998). (WELTER, 2002, p. 135)

espontânea, solicitando o registro de alguém como seu filho, já que não necessita de qualquer comprovação genética. Assim, “aquele que toma o lugar dos pais pratica, por assim dizer, uma ‘adoção de fato’. Nesse caso, quando da aceitação voluntária ou judicial da paternidade ou da maternidade, é estabelecido o estado de filho afetivo, com a atribuição de todos os direitos e deveres do filho biológico”. (WELTER, 2005, p. 47)

Lembra JOÃO BAPTISTA VILLELA, mas, em decorrência, somente “poderá amanhã invalidá-la se demonstrar, por exemplo, que sua manifestação não foi livre, senão coacta ou produzida por erro, ainda que não seja, efetivamente, o procriador genético”. Esses termos são afiançados por LUIZ EDSON FACHIN ao certificar que, “aquele que toma o lugar dos pais, pratica, por assim dizer, uma 'adoção de fato'. O 'pai jurídico' tem o seu lugar ocupado pelo 'pai de fato'”. (*apud* WELTER, 2002, p. 134)

O reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade atribui direitos que provocam efeitos, sobretudo morais, como o estado de filiação, o direito ao nome, a relações de parentesco, e patrimoniais, como o direito à prestação alimentar e o direito à sucessão, entre outros.

Discute-se na jurisprudência se o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade e maternidade é revogável, ou não, nos seguintes termos:

01) "Por mais que se afigure deplorável a atitude de um homem que, por treze anos, acalenta o fato de ser o pai de alguém, para depois destruir essa verdade socioafetiva, não pode prevalecer um registro de nascimento falso, pois, no nosso País, vige o critério da verdade biológica da filiação"; (TJRS Ac. 597236298 7ª Cam. Cív., Rel. Des. Eliseu Gomes Torres.J.02 Set.1998) 02) "Quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu o filho de companheira durante a vigência de união estável, estabelece uma filiação socioafetiva, que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável. O pai registral não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição". (TJRS - Embargos Infringentes nº 599277365 - 4º Grupo. Cível - Relator Desª. Maria Berenice Dias. J. 10/09/99) (WELTER, 2002, p. 134)

4.2 Reprodução assistida

Os avanços científicos que permitiram a manipulação biológica popularizaram a

utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homóloga ou heteróloga⁷, a cessão temporária do útero, a comercialização de óvulos ou espermatozoides, a locação de útero e isso sem falar na clonagem. Contudo, a complexidade dessas circunstâncias fáticas emergem como muitos desdobramentos da problemática do estabelecimento da filiação frente às novas possibilidades biológicas e alteração nos costumes.

MAIDANA (2004, p. 52/53) aponta e discute de forma bastante elucidativa os problemas que poderão surgir:

Como exemplo, a cessão temporária de útero, em que o casal recorre aos “serviços gestacionais” de uma terceira pessoa, que apenas gestará o óvulo fecundado pelo espermatozoide do marido da outra. É permitido questionar qual das mulheres envolvidas deve ser considerada a verdadeira mãe: seria a cedente do óvulo ou a cedente do útero? Vez que sem qualquer dos dois a vida seria inviável. E, no caso inverso, em que houvesse a doação do gameta feminino para a mulher infértil, quem gestaria o feto em seu próprio útero? A solução seria a mesma do caso anterior?

Aqui já se percebe que a solução pela via puramente genética comporta contradições, mostrando-se insatisfatória e injusta, especialmente porque está demonstrado cientificamente que mesmo entre a mera acolhedora do óvulo há troca de material genético com o feto. Mais ainda pelos evidentes desdobramentos de uma gestação na vida das pessoas, que está diretamente ligada aos projetos e à perspectiva sobre a gravidez.

Numa maior abstração, chega-se a uma terceira hipótese, que descarta ainda mais a aplicação do método puramente genético: é possível que uma mulher infértil recorra, concomitantemente, a um banco de gametas e a uma locação de útero. Teríamos, assim, três possíveis mães.

A questão não se esgota na maternidade, havendo idêntica ou até maior problemática no que se refere à paternidade. Assim como nos casos acima discutidos, muitas vezes aquele que figura ou assume a condição de pai sequer fornece o material genético usado na fecundação e sequer está envolvido no processo reprodutivo. É o que ocorre nas chamadas adoções à brasileira, ou adoções de fato, nas quais o marido ou companheiro da mãe assume formal e voluntariamente a prole de outro homem.

O mesmo ocorre quanto à doação de gameta masculino, em que a resposta genética apontaria um doador anônimo do gameta masculino como o pai da criança gerada. A criança seria, então, o filho de um pai anônimo? Mesmo tendo um pai afetivo?

Não parece justo dizer que não é pai aquele que, embora não contribuindo com material genético necessário à formação do zigoto, acompanhou todo o desenvolvimento do feto, o nascimento e que providenciou o conforto, a escola, o alimento da criança e, depois, a orientação do adolescente e a formação do caráter do adulto gerado nessas condições.

Aliás, em um só ato, é possível a um doador para bancos de sêmen fornecer material genético para inúmeras fecundações, e isso geneticamente o coloca como possível pai de milhares de crianças.

O art. 1.597 do Código Civil de 2002 aparentemente privilegia o vínculo genético com as inovadoras disposições constantes em seus incisos III e IV, ao reconhecer a presunção de paternidade quando a fecundação decorrer do material genético do marido, ainda que falecido e, veja-se nova problemática, do ex-marido divorciado. Isso porque o inciso IV do mencionado artigo possibilita que a mulher separada ou

⁷ Na concepção artificial homóloga, o material genético é oferecido pelo pai e pela mãe. Enquanto na concepção artificial heteróloga, recorre-se ao banco de sêmen. Geralmente é a mulher que é fecundada por material genético que não é do seu consorte. Neste caso, tem que ter autorização do marido.

mesmo divorciada recorra aos gametas excedentários de uma fecundação anterior para gerar outro filho, depois de extinto o vínculo matrimonial, presumindo-se essa concepção como ocorrida na constância do casamento.

Já o inciso V solucionou outra questão delicada, que é a da inseminação heteróloga havida com autorização do marido. Mas deixou em aberto aquela havida ao largo dessa autorização.

Ocorre também que o Código apenas estabelece a “presunção” da paternidade nesses casos, e, portanto, ainda que haja autorização paterna, sempre será possível ao cônjuge varão, mesmo que tenha autorizado a fecundação heteróloga, impugnar o vínculo parental em vista da falta de identidade genética com a criança.⁸

Diante de tais situações, não é possível estabelecer os vínculos de parentalidade exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozóide e nem a mãe como a que doa o óvulo, a que aluga o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho sem fazer parte do processo procriativo.

Diante dessa nova realidade, não se pode mais buscar apenas na verdade jurídica ou apenas na realidade biológica para identificação os vínculos familiares, pois a coincidência genética deixou de ser o ponto fundamental nessa análise.

A respeito do tema, DIAS, J. (*apud*, GAMA, 2000, p. 14) reflete:

Em qualquer caso, a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida tem de ater-se ao respeito dos princípios jurídicos fundamentais em matéria de *protecção* da família, filiação e direitos do nascituro a uma *correcta* inserção familiar e bem assim dos direitos invioláveis do homem, sendo de repudiar toda a operação de engenharia genética que não seja benéfica para aquele que vai nascer.

No Direito brasileiro existe norma constitucional (§ 7º do art. 226 da CF) que expressamente cuida do planejamento familiar, estabelecendo liberdade de decisão do casal acerca deste assunto, desde que respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Segundo GAMA (2000, p.16):

⁸ Há um tempo atrás, a humanidade viu-se perplexa diante do caso de uma “mãe de aluguel” norte-americana que, tendo sido contratada para gerar o filho de um casal que não podia tê-lo, acabou por abrigar em seu ventre dois fetos. O casal exigiu a eliminação seletiva de um dos óvulos fecundados (aborto), ao que se negou a “locadora do ventre”. Baseado na “quebra de contrato”, o casal exigiu reparação moral e patrimonial, sob o pálio de que a dupla gestação impingiria prejuízos ao desenvolvimento do feto desejado e que, ainda, ver-se-iam obrigados, ao final, a optar por apenas uma das crianças. Mas qual o destino da outra criança, que também leva a identidade genética dos “locatários” do útero?

As únicas limitações quanto à liberdade no planejamento familiar são a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, o que implica a assertiva de que o direito à reprodução assistida não pode ser considerado senão dentro do contexto acentuadamente solidarista e humanista do Direito de Família, devendo ser avaliado previamente. Assim, no sistema jurídico-constitucional, interesses meramente pessoais da pessoa que pretende obter o auxílio de técnica de procriação artificial, como, por exemplo, escolher o sexo do filho, ter gêmeos ou escolher o tipo físico da criança, não podem autorizar tal prática.

E conclui TEPEDINO (2004, p. 472):

[...] as técnicas de procriação assistida, para serem compatíveis com a ordem constitucional, devem se desassociar de motivações voluntaristas ou especulativas, prevalecendo sempre, ao contrário, quer como critério interpretativo – na refrega de interesses contrapostos –, quer como premissa de política legislativa, o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar.

A Lei nº 9.263/96 cuida das atividades de assistência à concepção, prevê a utilização dos métodos e técnicas cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, impedindo que sejam usados para experimentos ou pesquisas.

Ressalta GAMA (2000, p. 17) que,

Técnicas de reprodução humana medicamente assistida, como a inseminação artificial, a *fivete* (fecundação *in vitro*), *gift* (gametes intra *Fallopian Transfert*), *zift* (transferência intratubária de embriões) e subespécies como a CAI (*Confused Artificial Insemination*), por exemplo, somente são legítimas e constitucionais desde que haja efetiva necessidade da adoção de qualquer uma das técnicas, combinada com o elemento anímico para o estabelecimento do vínculo paterno-materno-filial.

Atualmente, até a maternidade deixou de ser certa, diante dos episódios já cientificamente comprovados da substituição da mãe genética pela mãe meramente portadora.

Assim, "diante das técnicas de reprodução humana, estamos conhecendo um novo tipo de paternidade e de maternidade, que revoluciona os princípios até então assentados pela tradição jurídica, a exigir um novo conceito ou a ampliação do já existente. (...) houve, pelo menos em parte, uma desbiologização da paternidade". (BARBOZA, 1993, p.107)

Tendo em vista os casos envolvendo as técnicas de reprodução medicamente assistida, a fonte geradora do vínculo de parentalidade deixou de ser um fato natural (o ato sexual), passando a consistir na vontade.

Ainda, segundo GAMA (2000, p. 26),

Nos países que adotam o sistema anglo-saxão, o consentimento do marido para que sua esposa receba o sêmen de outro homem é equiparado a uma adoção antenatal do filho resultante do emprego da inseminação artificial e, assim, tal consentimento contém o elemento anímico que é o desejo de vir a constituir e manter vínculo de paternidade com a criança, associado à renúncia quanto à possibilidade de se retratar acerca da vontade declarada, ainda que tenha ocorrido vício de consentimento – diante da responsabilidade que passa a ter sobre o nascituro.

No Direito brasileiro, a reprodução assistida heteróloga se equipara à situação da adoção, pois "em ambos os casos, ao menos um dos pais não é progenitor biológico da criança, o que justifica a similaridade estabelecida". (GAMA, 2000, p. 27)

E conclui BARBOZA (1993, p.108),

O conceito de paternidade não é, historicamente, imutável, devendo a autonomia da vontade e a responsabilidade nortear os novos vínculos parterno-materno-filiais, no caso de adoção de técnica de reprodução medicamente assistida: pai ou mãe se é por ato de amor, de vontade, não por decisão judicial [...] e deve ter como pressuposto o bem do filho.

4.3 Paternidade Homoafetiva

Se a família, como diz deixou de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, o que imprimiu considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade, imperioso questionar os vínculos parentais nas estruturas familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. (VILLELA, 1979, p. 404)

No atual estágio da sociedade, em que não mais se questiona a origem da filiação, e tendo em vista as facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram, hoje é possível que qualquer pessoa realize o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um parceiro(a) e nem mesmo manter uma relação sexual.

Hoje as famílias homoparentais fazem parte da realidade social e o fato de não disporem de capacidade reprodutiva, não significa que estas não possuem filhos, pois, já existem crianças e adolescentes que vivem em lares homossexuais. Gays e lésbicas buscam a

realização do sonho de estruturarem uma família com a presença de filhos. Negar isso é assumir uma postura discriminatória com nítido caráter punitivo, que só gera injustiças.

Esses vínculos que passaram a ser chamados de “uniões homoafetivas” se constituem da mesma forma que as uniões heteroafetivas. A presença de um vínculo de afeto leva a um comprometimento mútuo, e o enlaçamento de vidas de forma assumida configura uma entidade familiar. Muitas vezes um ou ambos são egressos de relacionamentos heterossexuais de que adveio prole. Quando, após a separação, o genitor que fica com os filhos em sua companhia resolve assumir sua orientação sexual passando a viver com alguém do mesmo sexo, imperioso questionar a posição do companheiro frente ao filho do guardião. À evidência, ele não é nem o pai nem a mãe do menor, mas não se pode negar que a convivência gera um vínculo de afinidade e afetividade. Afora isso, o parceiro do genitor muitas vezes participa da formação e criação da criança, zelando por seu desenvolvimento e educação, podendo até assumir o seu sustento. (DIAS, M., 2002, p.10)

Do convívio do pai e seu companheiro com os filhos surge um forte vínculo de afetividade, passando os dois primeiros a assumir conjuntamente a função parental, configurando a filiação socioafetiva. Como lembra BARROS (2002, p. 09): “O afeto é que conjuga. Apesar de a ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe”.

Nas palavras de DIAS, M. (2002, p.10): “Vetar a possibilidade de juridicizar dito envolvimento só traz prejuízo à própria criança, pois ela não vai conseguir cobrar qualquer responsabilidade nem fazer valer qualquer direito com relação a quem de fato também exercita o “pátrio poder”, isto é, desempenha função paternal”.

Outra possibilidade cada vez mais comum é o uso de bancos de material reprodutivo, que permite que um dos parceiros seja o pai ou a mãe biológica enquanto o outro genitor fica garantido pelo anonimato.

A respeito desta possibilidade DIAS, M. (2002, p.11) afirma:

Utilizando o par homossexual os mesmos métodos reprodutivos, impedir que o parceiro do pai biológico tenha um vínculo jurídico com o filho gestado por mútuo consenso é olvidar tudo o que vem a Justiça construindo com relação aos vínculos familiares a partir de uma visão ampliativa que melhor atende à realidade social.

Maria Berenice Dias ainda traz um exemplo para embasar sua opinião,

O procedimento levado a efeito por um par inglês, que utilizou o sêmen de ambos para fecundar uma mulher, a qual veio a dar à luz um casal de gêmeos bivitelinos. Por designio mútuo, não foi investigada a filiação biológica dos filhos. As mulheres

que resolvem ter um filho extraem o óvulo de uma, que, fertilizado *in vitro*, é implantado no útero da outra, que vem dar à luz. Em ambos os casos, imperioso perguntar: afinal, quem são os pais dessas crianças? Qualquer resposta que não reconheça que têm os bebês dois pais ou duas mães está se deixando levar pelo preconceito.

Diante de situações já estabelecidas, impõe-se, para a identificação do vínculo parental, questionar se goza a criança da posse de estado de filho. Reconhecida a existência de uma filiação socioafetiva, com relação aos dois parceiros, imperativo afirmar a possibilidade – ou melhor, a necessidade – de ambos, ainda que sejam do mesmo sexo, estabelecerem um vínculo jurídico, visando principalmente à proteção de quem, afinal, é filho dos dois.

O que cabe é tão-só perquirir o modo de "legalizar" essa situação dentro do sistema jurídico pátrio. (DIAS, M., 2002, p.11)

E ressalta que é perfeitamente cabível a adoção por um casal homoafetivo, uma vez que o ECA não especifica o conceito de família substituta, não havendo, por isso, nenhum impedimento legal para a adoção e nem mesmo no registro civil.

Cabe perquirir se há algum obstáculo legal para que seja concedida a adoção de uma criança a um casal homossexual ou, sendo ela filha biológica de um deles, a adoção ao outro. A resposta só pode ser negativa. A única exigência para o deferimento da adoção é a constante do art. 43 do ECA, ou seja, que apresente reais vantagens para o adotado e se funde em motivos legítimos. Vivendo a criança com quem mantém um vínculo familiar, de forma sadia e segura, excluir a possibilidade de adoção para, por exemplo, institucionalizá-la só virá em seu prejuízo, comprometendo seu normal desenvolvimento. Cabe lembrar que não nega a lei a possibilidade de duas pessoas adotarem, mesmo que elas não sejam casadas nem vivam em união estável. O ECA permite que, mesmo divorciado e separado judicialmente, o par possa adotar. Ora, pelo divórcio, dissolve-se o vínculo do casamento (parágrafo único do art. 2º da Lei do Divórcio), e a permissão da adoção conjunta resta por autorizar, afinal, que duas pessoas, sem qualquer liame entre si, adotem uma mesma criança.

De outro lado, o simples fato de se tratar de uma relação homoafetiva não impede que o filho de um possa ser adotado pelo seu companheiro do mesmo sexo, pois modo expresso é permitido que um dos cônjuges ou companheiros adote o filho do outro (parágrafo único do art. 41).

Assim, diante do conceito aberto de família substituta, e em face da possibilidade de duas pessoas, ainda que sem qualquer vinculação, adotar, nada obsta a que duas pessoas, independentemente do seu sexo, adotem uma criança.

Nem na Lei dos Registros Públicos se encontra óbice a que se proceda ao registro indicando como genitores duas pessoas do mesmo sexo. (DIAS, M., 2002, p. 14)

No entanto, a nova Lei de Adoção não admite a adoção por um casal homossexual, permitindo que apenas um dos parceiros adote a criança, conforme já havia sendo julgado.

5 UMA POSSÍVEL AMEAÇA A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O DNA

A paternidade socioafetiva teve seu marco inicial em 1988, com a nova Constituição, bem identificada como o novo estatuto da filiação. Entretanto, logo após seu surgimento esse paradigma da parentalidade sofreu um forte abalo devido à evolução dos meios de averiguação da origem genética, sob a forma dos testes de DNA e sua probabilidade quase ínfima de erro.

O exame pericial em DNA, sem sombra de dúvida, foi uma descoberta brilhante da ciência, constituindo uma das maiores conquistas da Engenharia Genética nos últimos tempos, tendo sido amplamente usado pelo Judiciário nas ações em que é buscada a certeza da paternidade.

A difícil decisão sobre paternidade e as incertezas advindas das Ações de Investigação de Paternidade, enfrentada pelos juízes de todo país, parecia ter sido resolvida, pois os operadores do Direito de Família agarraram-se ao exame de DNA como verdade única. Isto porque, o DNA trouxe um elevado grau de cientificidade ao juízo probatório. Aquilo que, “antes, se julgava com base em aparências, que era deduzido por força de lei (*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*), ou por sentença judicial baseada em provas indiciárias (oitiva de testemunhas e exames de sangue, nem sempre confiáveis) e na convicção do juiz”, passou a ser baseado em um dado concreto fornecido pela ciência e com baixíssima margem de incerteza e erro. (FURTADO, 2002, p. 15)

Nestes termos ensina RASKIN (*apud* FURTADO, 2002, p. 16):

Até o advento do Teste em DNA, não era possível garantir com absoluta certeza se um indivíduo era ou não filho biológico de um determinado casal. No entanto, com o advento das técnicas que analisam o DNA, este problema ficou definitivamente resolvido, já que agora é possível não só excluir os indivíduos falsamente acusados, mas também obter probabilidade de inclusão extremamente próximas de 100%. Ou seja, é possível, através do Teste em DNA, afirmar que um indivíduo é, com certeza,

o progenitor de determinada pessoa, inclusive naqueles casos em que membros da família já faleceram.

Também ALMEIDA (2001, p. 142): “A era DNA provocou uma alteração de rota das lides que orbitam em torno da descoberta do vínculo genético, até então revestidas pelo véu do impenetrável e munidas somente de provas indiretas a formar o convencimento do juiz, declarando ou não o vínculo paterno-filial”.

No entanto, se com o DNA a paternidade é reconhecida sem que restem dúvidas, há que se indagar a respeito dos efeitos decorrentes desta, das conseqüências que podem surgir para as partes envolvidas advindas dessa situação.

A filiação estabelecida por esta via, por vezes, não significará nada mais do que a menção, na certidão de nascimento, da paternidade, e a conseqüente possibilidade de reivindicação de direitos patrimoniais. “Ora, não se pode negar que o vínculo relacional entre pai e filho não se cria através de um documento, é preciso querer ser pai ou ser mãe e, de parte da criança, é necessário se sentir como filho”. (BRAUNER *apud* SILVA, 2003)

Em que pese não haja referência explícita, é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, no Capítulo VII, traduz sua ampla preocupação com a valorização do afeto como objeto fundamental dos núcleos de convivência interpessoal, estimulando a mútua assistência no parentesco e na conjugalidade, pois, nas palavras de OLIVEIRA FILHO: “[...] suporte emocional do indivíduo através da ambiência familiar não se exterioriza mais, nos dias que correm, apenas na tutela formal dos integrantes aglutinados, posto exigir doravante a afirmação da importância jurídica do afeto como expressão da dignidade da pessoa humana.” (2002, p. 32)

Devido à constitucionalização no Direito de Família contemporâneo vive-se um momento em que há duas vertentes: a do sangue (DNA) e a do coração (AFETO). Isto demonstra a existência de vários modelos de paternidade, sem que prevaleça a biológica. Pois, o elo que une pais e filhos é, acima de tudo, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o elo biológico. (ALMEIDA, 2002, p. 04)

Como afirma MADALENO (2000, p. 40):

[...] a paternidade tem um significado mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, uma paternidade que vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em interação paterno-filial, formando verdadeiros laços de afeto que nem sempre estão

presentes na filiação biológica, até porque, a paternidade real não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento que vão sendo cultivados durante a convivência com a criança.

Contudo, a mesma técnica que desvendou o vínculo biológico entre duas pessoas em função de sua identidade genética desencadeou novos problemas jurídicos acerca dos laços de parentesco.

Surgiram acirradas discussões sobre a chamada “sacralização do DNA”. Entretanto, atualmente, os doutrinadores do Direito de Família têm sustentado quase unanimemente que não se pode declarar ou desconstituir judicialmente a paternidade, apenas com base no exame em DNA, levando-se em conta apenas a prova pericial, dissociada de todo o conjunto probatório produzido pelas partes.

Sobre o tema, assim nos leciona MADALENO (*apud* FURTADO, 2002, p. 16): “Já é momento de evitar o endeusamento do resultado pericial, convertido o julgador num agente homologador da perícia genética, certo de ela possuir peso infinitamente superior a de qualquer outra modalidade de prova judicial”.

A certeza trazida pelo DNA reflete uma confusão pouco desejável entre paternidade e vínculo genético, que se revela nociva à construção da filiação por ligação afetiva. Pois, em muitos casos, a busca pelo pai verdadeiro parte da investigação da paternidade biológica, num primeiro momento. Mas nem jurisprudência, nem a vida se satisfazem com essa explicação.

Por certo que o vínculo genético é apenas um dos muitos elementos das relações de paternidade. PEREIRA, S. (1992, p. 65) destaca que:

[...] a paternidade é conceito não só genético ou biológico, mas psicológico, moral e sociocultural. Em grande número de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico o fracasso da relação de paternidade, sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva, em nível de paternidade, saudável, produtiva, responsável.

O caráter do indivíduo é construído, sobretudo, com a convivência familiar, convergindo para isso todos os seus referenciais de vida e mesmo a percepção de si próprio como sujeito individual. Assim, é fácil imaginar o problema psíquico que um filho pode sofrer ao se ver despedido de uma realidade que nutriu durante toda sua vida no que diz respeito às suas origens. Como ensina MAIDANA (2004, p. 63): “A perda do referencial paterno ou materno destruirá diretamente o núcleo a partir do qual o indivíduo construiu toda a sua identidade, e perdê-la seria perder a referência sobre si mesmo, com efeitos provavelmente

desastrosos em sua personalidade”.

Em síntese, a origem genética deve ser buscada apenas quando em prol do princípio-chave do melhor interesse da criança e deve ser sacrificada quando não o favorecer. (TEPEDINO, 2004, p. 474)

O exame pericial de DNA é, sem sombra de dúvida, uma grande contribuição da ciência para o Direito, sendo um grande aliado da Justiça na busca da verdade real. O que não se pode conceber é que ele seja considerado como prova única e indiscutível. A precisão dos testes genéticos deve ser vista, portanto, de forma relativa e sem exageros, como uma ferramenta útil, mas que não se deve sobrepor ao parentesco constituído com base na afetividade.

6 EFEITOS DA FILIAÇÃO

A filiação afetiva estabelece-se naqueles casos em que, existindo ou não o vínculo biológico, os pais, por uma opção de amor, criam a criança, dedicando-lhe afeto e suprimindo suas necessidades materiais e emocionais. Tem por base o princípio constitucional de proteção à criança e ao adolescente, e manifesta-se pela posse do estado de filho, que, muitas vezes, gera efeitos jurídicos capazes de definir a filiação.

A Constituição Federal de 1988 igualou os filhos e estabeleceu os mesmos direitos e deveres para estes e para os pais. Assim, para os filhos desapareceram as diferenças antes existentes nos regimes diferentes de direitos e as dissonâncias na sucessão. Na mesma base, os pais têm direitos com relação aos filhos, como aqueles advindos do pátrio poder.

A paternidade socioafetiva foi tratada igualmente à adoção, pois nos dois casos apresentou-se “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo” (PEREIRA, C., 2007, 392). O parentesco civil decorrente da adoção hoje em quase nada difere daquele oriundo da consangüinidade, vedando a Constituição qualquer discriminação relativa à natureza da filiação, e nessa igualdade deve ser incluída a paternidade afetiva.

Cabe ressaltar que uma vez julgada procedente a ação de investigação de paternidade e/ou maternidade socioafetiva decorrem os mesmos efeitos jurídicos dos arts. 39 a 52 do ECA, que são aplicados à adoção, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; c) a adoção do nome (sobrenome) dos pais sociológicos; d) as relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos; e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológica; f) a herança entre pais, filho e parentes sociológicos; g) o poder familiar; h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas etc.

Ocorrendo o estado de filho socioafetivo não deve prosperar a investigação da paternidade biológica, em todos os seus efeitos, mas, tão-somente, na hipótese de preservação

dos impedimentos matrimoniais, e da saúde dos parentes, em se tratando de doença genética. Pois, há casos em que estabelecida uma relação afetiva durante anos, o próprio filho busca a desconstituição do registro, visando a fins patrimoniais, e, para tanto, relega uma paternidade em que foram exercidos os deveres de pai em sua plenitude, a fim de obter vantagem de seu pai biológico.

Não há como impedir uma pessoa de conhecer sua paternidade biológica, visto tratar-se de um direito personalíssimo, que diz com a própria imagem e identidade do ser humano e que se configura como direito fundamental. Entretanto, ainda que permitido, não é reconhecido pela jurisprudência o direito ao patrimônio correspondente a essa relação biológica, eis que prevalece a verdade social.

O estado de filho é irrenunciável, imprescritível e não admite transação. Não pode ser reconhecido nas ações declaratórias por serem exclusivas do direito público. Uma vez declarado o estado de filiação jurídica, suas conseqüências são o nome e a indivisibilidade, posto que tal declaração torna-se *erga omnes* por integrar a personalidade jurídica e definir sua classificação social.

Ademais, a impugnação da paternidade não biológica só pode ter lugar, se ainda não presente a condição de filho socioafetivo, o que irá possibilitar ao pai biológico o direito de ajuizar ação de anulação ou nulidade de registro de nascimento, com fundamento em vício de manifestação de vontade, mas somente se comprovados dolo, fraude, coação, erro ou simulação.

É indiscutível que o dever de alimentos reclama uma relação de parentesco. A obrigação de alimentos dos pais com relação aos filhos pode decorrer do poder familiar, consubstanciada na obrigação de sustento durante a menoridade (art. 1566, IV, do CC/ 02) ou ser a de caráter geral, vinculada à relação de parentesco em linha reta (art. 1696, do mesmo diploma legal). Estabelecida a paternidade e a maternidade sociológica, não há mais qualquer vínculo de parentesco com os pais biológicos, mas apenas entre os parentes socioafetivos, nos termos do art. 41 do ECA e do art. 1626 do Código Civil de 2002, que atribuem a situação de filho ao adotado e desligam-no de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos.

Como decorrência do exercício do poder familiar, vem à tona o direito dos pais quanto à companhia e guarda dos filhos menores. Além de um direito é um dever porque a quem incumbe criar, incumbe igualmente guardar. Assim, o pai afetivo e não-biológico, após o rompimento - conjugal ou não - da relação com seu parceiro, fará jus ao direito de visitaçao aos filhos deste, mesmo que não possuísse qualquer vinculação formal de paternidade com aquela prole.

Também se tem admitido a possibilidade de estabelecer-se o direito de visitação do pai considerado afetivo, em relação ao filho da mulher com quem havia convivido, particularmente nas hipóteses em que a ruptura deste contrato implicaria, inevitavelmente, no surgimento de sérios transtornos à formação da personalidade da criança.

Por fim, no que diz respeito aos prazos prescricionais ensina LÔBO (2003, p. 147):

O Código Civil de 1916 estabelecia prazos prescricíveis curtos para que o marido da mãe pudesse contestar a paternidade, sendo de dois meses a partir do parto, se estivesse presente, e de três meses, se esteve ausente, adotando a presunção *pater is est*, no sentido de tutelar a família legítima, pois apenas admitia essa exceção para impugná-la, desde que a pretensão se exercesse em prazo curto. O Código Civil de 2002 adotou orientação totalmente oposta, optando pela imprescritibilidade. O marido da mãe, e somente ele, poderá a qualquer tempo impugnar a paternidade derivada da presunção *pater is est*. Provavelmente, o que motivou o legislador foi a orientação adotada no direito brasileiro de serem imprescritíveis as pretensões relativas ao estado das pessoas. Todavia, ainda que imprescritível, a pretensão de impugnação não poderá ser exercida se fundada apenas na origem genética, pois, para que possa ser impugnada a paternidade, independentemente do tempo de seu exercício, terá o marido da mãe que provar não ser o genitor, no sentido biológico (por exemplo, com resultado de exame de DNA) e, por esta razão, não ter sido constituído o estado de filiação, de natureza socioafetiva e, se foi o próprio declarante, perante o registro de nascimento, comprovar que teria agido induzido em erro ou em razão de dolo ou coação.

O Código Civil de 2002 permitiu a impugnação do estado de filiação dos que já se encontravam reconhecidos, contra o qual só pode haver impugnação do próprio pai (art. 1.601) ou do filho, no prazo de quatro anos após a maioridade (art. 1.614).

Assim sendo, em decorrência dos princípios constitucionais da igualdade, da proibição de discriminação entre a filiação, da supremacia dos interesses dos filhos, e da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário não pode amparar, discricionariamente, pretensões anulatórias de certidão de registro de nascimento, já que, em muitos casos, num conflito existente entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva, prevalecerá a última, que estampa a vitória do amor incondicional nas relações entre pais e filhos sobre o mero vínculo genético.

7 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A paternidade é muito mais que o provimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários. Envolve a constituição de valores, da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor. Assim têm se posicionado os Tribunais

Apelação. Adoção. Estando a criança no convívio do casal adotante há mais de nove anos, já tendo com eles desenvolvido vínculos afetivos e sociais, é inconcebível retirá-la da guarda daqueles que reconhece como pais, mormente quando os pais biológicos demonstraram por ela total desinteresse. Evidenciado que o vínculo afetivo da criança, a esta altura da vida, encontra-se bem definido na pessoa dos apelados, deve-se prestigiar a paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica, sempre que, no conflito entre ambas, assim apontar o superior interesse da criança. Desproveram o apelo. Unânime. (APC 70003110574, 7ª câmara cível, TJRS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos - J. 14.11.2001).

APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. Companheiro da genitora que registra filho como seu, mesmo havendo indícios de que não era o pai biológico, não tem a prerrogativa de anular este registro após a separação. Ademais, a confissão materna é insuficiente para excluir a paternidade. Negaram provimento à apelação. Unânime. (TJRS, Apelação Cível Nº 70010854644, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 29/06/2005)

APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE SE SOBREPÕE AO VÍNCULO BIOLÓGICO. É absolutamente certo e inquestionável, até admitido pelo autor desde o início da ação, que o pai registral é o verdadeiro pai há quase vinte anos. A paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica. NEGARAM PROVIMENTO. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70018836130, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 03/05/2007)

A filiação reconhecida pela sociedade e pelo próprio direito cada vez mais deixa de ser algo que se herda geneticamente para ser algo que se constrói diariamente ao longo da vida, com a participação plena do grupo familiar.

Em consonância com esse entendimento está a decisão da 8ª Câmara Cível do TJRS que em ação na qual os avós paternos e maternos pretendiam a guarda de filho menor tido pelo de cujus e sua mulher legítima, deu-lhe a tutela à companheira do pai falecido, não obstante a ausência de qualquer vínculo genético com a criança.

Ações de tutela e guarda de menor – nomeação de tutor – art. 409 do cc – desnecessidade da observância da regra contida no mencionado dispositivo – A aplicação da regra contida no art. 409 do Código Civil cede aos superiores interesses do menor, nada obstando que pessoa não contemplada no mencionado dispositivo, especialmente se companheira do genitor do menor seja nomeada sua tutora. A consangüinidade entre o tutor e o tutelado não confere certeza de ter este os seus interesses atendidos. Por isso, aconselhando-o os mais altos interesses do menor, deve ser nomeado terceiro, sem qualquer laço de sangue, mas com laços afetivos, para o encargo de tutor. Recurso não provido. (APC 598192532, 8ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, J. 18.03.1999)

Com a popularização dos exames de DNA, em princípio, pareceu que as demandas para identificação da paternidade iriam tornar-se meramente técnicas, pois bastaria o exame sangüíneo para que se aclarasse onde havia ou não vínculo parental; os vínculos se tornariam precipuamente biológicos, desconsiderando-se todo o resto. No entanto, o que se constata é uma evidente valorização do aspecto afetivo-emocional dos relacionamentos, permitindo-se por vezes que este, inclusive, venha a suplantar o liame biológico. Neste sentido:

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DO EXAME DE DNA. PROVA TESTEMUNHAL. DEMONSTRAÇÃO SUFICIENTE. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. I - Em termos gerais, o exame pericial pelo método do DNA não é obrigatório, nem absoluto; mas útil ao descobrimento da verdade. Se por um lado não se deva apoiar o não-comparecimento do investigante ao exame de DNA, a fim de se propiciarem esclarecimentos científicos quanto às questões relativas à alegada paternidade, por outro lado, é inegável que ele não está obrigado a submeter-se a tal análise, ante as garantias individuais constitucionais. II - A jurisprudência pátria admite o reconhecimento da paternidade, ainda que não se realize o exame de DNA, quando existem elementos probatórios que bastem à formação do convencimento do juiz. Por isto, a sentença deve ser confirmada quando o exame de DNA demonstra-se desnecessário porque restou incontroverso que a mãe da investigante manteve exclusivo relacionamento sexual com o investigado ao tempo da concepção. (Apelação Cível Nº 1.0514.01.001759-8/001, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator: BRANDÃO TEIXEIRA, Julgado em 08/06/2004).

Outra questão de grande repercussão nos tribunais é a prática ilegal conhecida como "adoção à brasileira", pela qual, muitas pessoas não conseguindo suportar os trâmites procedimentais para adotar uma criança, acabam registrando o menor, como se seu filho fosse, dando-lhe um prenome e colocando nele o seu patronímico. Tempos depois, vêm a juízo querendo anular o ato, como no caso dos seguintes acórdãos:

DIREITO DE FAMÍLIA - IMPUGNAÇÃO DE FILIAÇÃO - ANULAÇÃO DE DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE EM REGISTRO DE NASCIMENTO OCORRIDO HÁ MAIS DE 50 (CINQUENTA) ANOS - PEDIDO DESFALCADO DE CONTEÚDO MORAL - AÇÃO DE ESTADO - IMPRESCRITIBILIDADE - Se a autora e seu companheiro resolveram criar a ré como filha, desde alguns meses de nascida, e o varão a registrou, depois de 12 anos, atribuindo a paternidade a si mesmo e a maternidade à autora, no tipo de procedimento conhecido como 'adoção à brasileira', não é admissível que, passados mais de 50 (cinquenta) anos, venha a autora propor esta ação de anulação do ato ao argumento de que não anuiu com o mesmo, tanto que o desconhecia. (Apelação Cível nº 8518/1999, 14ª Câmara Cível do TJRJ, Rio de Janeiro, Rel. Des. MAURO NOGGUEIRA, J. 13.10.1999).

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. CARACTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Entre a data do nascimento da criança e o ajuizamento da ação transcorreu mais de seis anos. 2. Narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. 3. Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico e sim o do pai afetivo. 4. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível. 5. Hipótese do que a doutrina e jurisprudência nomeiam de adoção à brasileira. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70012250528, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 14/09/2005).

Apelação civil. negatória de paternidade cumulada com anulação de assento civil e exoneração de alimentos. Ainda que o ato registral não tenha observado o caminho legal, o acolhimento da criança como se filho biológico fosse configura verdadeira adoção, 'à brasileira', irrevogável nos termos do art. 48 do ECA. Descabe aos avós postularem anulação de tal ato ao efeito de afastar obrigação alimentar que lhes foi imposta. (APC 70017427402, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, J. 11.04.2007)

Em razão da evolução das técnicas de reprodução assistida, bem como de uma disseminação de métodos como o da fecundação artificial, a legislação pátria já se preocupou em regulamentar, ainda que parcialmente, tais hipóteses. No caso da fecundação artificial heteróloga, na qual, desde que consentida pelo marido, este não poderá contestar a legitimidade da prole daí resultante; ou seja, ainda que biologicamente os rebentos não guardem qualquer liame com o marido da mãe, este será considerado para todos os fins legais como sendo pai. Ainda que esse liame sofra uma interrupção ao longo do crescimento da

prole, tal vínculo persiste a ponto de impedir que venha a ser discutida a paternidade assumida voluntariamente.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. NULIDADE DO REGISTRO DE NASCIMENTO. ALEGAÇÃO DE INDUÇÃO EM ERRO. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA. LEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS COLATERAIS. Legitimidade ad causam de quem tenha legítimo interesse moral ou material na declaração da nulidade do registro de nascimento. Ação que tem por base erro em que o pai foi induzido ao registrar o filho que pensava ser fruto de inseminação artificial heteróloga. Necessidade de se permitir o prosseguimento do feito, para eventual produção de prova do vínculo afetivo. Inexistência de prescrição. Sentença cassada. APELO PROVIDO PARA DETERMINAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO⁹. (Apelação Cível Nº 70011878899, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 14/09/2005)

Apesar de se ter uma legislação omissa, fruto dessa postura discriminatória, a prática forense tem procurado fazer justiça, ainda que de forma tímida no que tange a filiação homoafetiva.

Filiação homoparental. Direito de visitas. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (AgIn 70018249631, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. DES.ª MARIA BERENICE DIAS, J. 11.04.2007)

Outro caso, que ganhou destaque na mídia, e, pela notoriedade, prescinde de maiores comentários, é do menino “Chicão”, filho da cantora Cássia Eller, que teve sua guarda deferida à companheira homossexual da artista, em detrimento do vínculo genético dos avós maternos. Em ambas as decisões venceu o forte laço afetivo existente entre a criança e o

⁹ 1. Ação negatória de paternidade. - declaração falsa de filiação. registro civil. desconstituição. - registro civil. nulidade. distinção. 2. Legitimação ativa. herdeiro colateral. irmão. 3. Inseminação artificial heteróloga. 4. Processo. extinção. Ação personalíssima. morte da parte. efeitos. 5. Prescrição inoccorrência. 6. Investigação de paternidade negativa. 7. Registro civil. anulação. legitimidade ativa. 8. Clínica particular de fertilidade. concepção artificial heteróloga. 9. Fato ocorrido na vigência do código civil de 1916. 10. De cujus. portador de doença grave. diabetes tipo I. 11. Separação de corpos. efeitos patrimoniais. 12. Sentença. cassação. prosseguimento do feito. determinação. 13. Imprescritibilidade da ação. 14. Irmãos. substituição. *** obs: Julgadora de 1º grau: Rosana Broglio Garbin ** Notícias espaço vital: impossibilidade de manter relações sexuais marido consente que esposa se submeta à inseminação mas depois azuiza ação de paternidade negativa.

vencedor da causa ou, na denominação retirada do corpo deste último acórdão, a “mãe afetiva”, cujo vínculo psíquico e sentimental se sobrepôs à perquirição de uma ligação apenas genética, que no caso inquestionavelmente favoreceria aos progenitores de ambas crianças.

Outra questão é que a impugnação da paternidade somente pode ser efetivada enquanto não presente o estado de filho socioafetivo, podendo o pai ajuizar ação de anulação ou nulidade de registro por vício de manifestação de vontade ou por falsidade, em caso de dolo, fraude, coação, erro ou simulação. Esse pensamento tem repercussão no campo da prescritibilidade da ação de investigação de paternidade, isto é, enquanto o filho não ostentar o estado de filho afetivo, a paternidade biológica poderá ser investigada, a qualquer tempo, e de forma ampla, para todos os efeitos jurídicos. Contudo, verificado o estado de filho socioafetivo, não mais será possível a investigação da paternidade biológica em todos os seus efeitos jurídicos, e sim apenas para preservar os impedimentos matrimoniais e a vida e a saúde do filho e dos pais biológicos, em caso de grave doença genética, pois não podem coexistir a paternidade afetiva e biológica, ao mesmo tempo, salvo se o pai biológico também for o social.

Apelação cível. Investigatória de paternidade cumulada com petição de herança. Sentença desconstituída. O direito à apuração do verdadeiro estado de filiação biológico torna imprescritível a investigatória de paternidade, permitindo o conhecimento da real origem da pessoa, sem que isso guarde relação com sua idade. Todavia, a comprovação da filiação sócio-afetiva entre o investigante e seu pai registral afasta a possibilidade de alteração do assento de nascimento do apelante, bem como qualquer pretensão de cunho patrimonial. Sentença desconstituída para que prossiga a instrução. Deram provimento à apelação, por maioria. (APC 70010323996, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis - J. 27.04.2005.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE. O ato jurídico de reconhecimento da paternidade apenas poderá ser anulado se comprovado ser resultado de vício como coação, erro, dolo, simulação ou fraude. VÍNCULO BIOLÓGICO E VÍNCULO SOCIOAFETIVO. O primeiro não se sobrepõe ao segundo, se comprovada sua existência. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INDISSOLUBILIDADE. A consolidação livre e espontânea de uma relação pai e filha, não fica à disposição de interesses outros que possam destituir a criança da condição de filha do pai que a ela se apresentou. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS, Apelação Cível Nº 70018812214, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: RICARDO RAUPP RUSCHEL, Julgado em 29 de agosto de 2007)

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. EFEITOS. O filho tem o direito de impugnar o reconhecimento da sua maternidade, a qualquer tempo, sem prazo decadencial. Todavia, verificada a filiação socioafetiva com os pais registrais, esta prevalecerá sobre a biológica. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS, Apelação Cível Nº 70022450381, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 20/03/2008)

DIREITO DE FAMÍLIA - DESCONSTITUIÇÃO DE RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILIAÇÃO C/C CONSTITUIÇÃO DE NOVA FILIAÇÃO - DNA - PROVA PERICIAL QUE ATESTA PATERNIDADE BIOLÓGICA DO INVESTIGADO - REQUISIÇÃO A PEDIDO DO FILHO - POSSIBILIDADE. Nos termos do Art. 1.614 do CC, o filho menor pode impugnar o reconhecimento da paternidade, nos quatro anos que se seguirem à maioridade. Em regra, a paternidade sócioafetiva de quem, de forma abnegada cedeu o seu nome e o seu coração àquele que viria ao mundo sem o reconhecimento de um pai, deve obstar a impugnação à filiação, por se tratar de ato de boa-fé, ato de amor que transcende os interesses materiais do filho assumido. Não há sequer que se falar em falsidade do registro, pois o pai registral que o assume com amor pai é e pai se sente. No entanto, se o próprio pai registral consente com o pedido e corrobora o pleito de investigação de paternidade para que outro seja reconhecido como pai biológico e assim averbado no registro de nascimento, não há como negar o pedido, que encontra respaldo legal. V.V. A configuração da paternidade socioafetiva construída a partir da declaração feita pelo pai registral ao tempo do nascimento, elimina a possibilidade de o filho, em ocasião posterior, pretender desfazê-la e ver afirmada a nova paternidade em face do falecido pai biológico. - As relações afetivas não podem ser patrimonializadas a ponto de se permitir que, criado e cuidado pelo pai registral, possa o filho desprezar todo este histórico de vida a fim de obter possível vantagem econômica derivada do reconhecimento da paternidade biológica. DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL. (Apelação Cível Nº 1.0137.07.006104-9/001(1), Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, Julgado em 30/06/2009).

CONCLUSÃO

Cada vez mais a idéia de família se afasta da estrutura do casamento. A possibilidade do divórcio e de novo casamento, o reconhecimento da existência de outras entidades familiares e a faculdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação no conceito de família.

A mudança dos paradigmas da família reflete-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação socioafetiva ou posse do estado de filho.

A justiça brasileira teve base legal para amparar as pretensões de declaração da paternidade biológica. No entanto, esta via não se revelou apta a assegurar uma paternidade que correspondesse à idealizada pela Magna Carta, com solidariedade, dedicação e assistência amplas. Na medida em que a verdade consangüínea mostrava-se insuficiente para garantir seu exercício com responsabilidade, surgiu a necessidade de valorizar-se elementos outros que definissem uma verdadeira relação paterno-filial.

Ao mesmo tempo, o direito reforça, numa crescente humanização de seus dogmas, o respeito à individualidade e o reconhecimento de valores pertencentes ao patrimônio incorpóreo do indivíduo, tais como o amor próprio, o afeto e a paz de espírito.

Sendo, contemporaneamente, entendida a família como uma relação de valorização entre seus membros, o Direito de Família reconheceu que os melhores pais nem sempre são aqueles que geram, mas as pessoas que exercem tal função, porque o afeto é o único em muitos casos capaz de permitir a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial da criança. Portanto, consagrou a paternidade socioafetiva, sobrepondo-a à biológica.

Surge daí uma nova percepção quanto ao instituto da filiação, na qual a existência de um vínculo biológico passa a ser apenas mais um dos muitos elementos que compõem o importante e complexo vínculo paterno-filial. O reconhecimento da paternidade socioafetiva

leva em conta que o usufruto do afeto gera direitos e deveres recíprocos, que merecem a tutela jurisdicional.

A adoção dessa importante perspectiva vem para solucionar, inclusive, situações conflitantes com as quais a jurisprudência se depara. Questões como as relativas à adoção, inseminação heteróloga, adoção à brasileira estabelecem, entre os pais e seus filhos, verdadeiras filiações socioafetivas tendo em vista que, em tais casos, não há liame biológico entre os envolvidos.

Portanto, a filiação se estabelece não apenas em face do vínculo biológico, mas principalmente em face do vínculo socioafetivo que atende mais ao princípio do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e também da paternidade responsável.

Uma vez formado o vínculo de filiação não mais será objeto de contestação ou de impugnação e imporá, aos que externarem de forma livre e esclarecida o seu consentimento, os direitos e obrigações relativos à filiação. Tal vínculo só poderá ser contestado ou repellido, quando não mais se observe o interesse da criança, pela perda do pátrio poder, quando não haja consentimento livre em face da inseminação heteróloga feita, ou quando o mesmo for externado sob fraude, erro ou coação.

O liame socioafetivo é extremamente importante, mas isto não significa negar validade aos vínculos biológicos e registraes, os quais também apresentam relevância evidente em nosso sistema jurídico. Apenas da análise conjunta dos três aspectos da parentalidade é que se pode identificar corretamente a origem da pessoa e identificá-la adequadamente, a fim de que seja reconhecida pelo grupamento social que frequenta. Cada parentalidade tem uma importância evidente, que permite aclarar uma situação obscura. No conflito entre elas, impõe-se fazer uma análise de valores, na qual, sem sobra de dúvida, a questão socioafetiva prepondera.

Conclui-se do exposto que o interesse da criança deverá ser o fundamento de toda decisão que disser respeito a sua vida familiar e poderá permiti-la, eventualmente, escolher entre uma filiação jurídica e uma filiação biológica, desde que para assegurar seu bem-estar. Por certo que as duas verdades - biológica e afetiva - são meios para se buscarem o respeito aos interesses da criança, portanto, não podem ser tomadas como critérios absolutos. Em certas situações, uma delas poderá ser desconsiderada em favor da outra, no intuito de protegê-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 39, p. 52-78, dez./jan. 2006/07.

ALDROVANDI, Andréa. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *O Direito de Família no Contexto de Organizações Socioafetivas: Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: SÍNTESE/IBDFAM, v. 1, n. 34, p.05-30, fev./mar, 2006.

ALMEIDA, Maria Christina. *Investigação de paternidade e DNA – Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. A Paternidade Sócioafetiva e a Formação da Personalidade. In: _____. *O Estado e os Estados de Filiação*. Revista Jurídica Del Rey, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, 2002, n. 8, p. 24, maio 2002. (Número especial).

ANDERLE, Elisabeth Nass. *A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>>. Acesso em: 10 out. 2009.

BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita – direito de família: a família na travessia do milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio Barbosa. *Ao Encontro do Pai*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, nº 16, p. 56-65, jan./mar. 2003.

BARBOZA, HeLoísa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993.

BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 14, p. 9, jul/set. 2002.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de

dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, 04 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../2009/Lei/L12010.htm>> Acesso em: 10 out. 2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Jurisprudências. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Jurisprudências. Disponível em: <<http://www.tjrj.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. Jurisprudências. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2009.

BRITO, Leila M. T. e AYRES, Lygia S. M. *Destituição do poder familiar e dúvidas sobre a filiação*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 26, p.129-143, out/nov. 2004.

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Negatória de paternidade e anulação de registro civil: Certezas e instabilidades*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, ano 8, n. 36, p. 5-16, jun/jul. 2006.

BRUNO, Denise Duarte. *Guarda Compartilhada*. Revista Brasileira de Direito de Família, v.3, n.12, p.27-39, jan./mar. 2003.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. *Parentalidade: A tripla Parentalidade (Biológica, Registral e Socioafetiva)*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.7, n. 31, p. 143 -160, ago./set. 2005.

COSTA, Larissa Toledo. *Paternidade socioafetiva*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, v. 4, n. 162. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1036>> Acesso em: 05 set. 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Paternidade homoparental*. 2003. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Berenice_paternidade.doc> Acesso em: 05 set. 2009.

_____. *Quem é o seu pai?* Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese, n. 15, p. 05-14, out./dez. 2002.

DOMINGOS, Carla Hecht. *O processo de adoção: Brasil (1988-2006)*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, ano 8, n. 38, p. 38-63, out./nov. 2006

FACHIN, Luiz Edson. *Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5, n. 17, Abr./Maio, p. 7-35, 2003.

_____. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 33.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação*. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/y704dd.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2009.

FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza. *Paternidade Biológica X Paternidade Declarada: quando a verdade vem à tona*. Revista Brasileira de Direito de Família, v.4, n. 13, p.13-23, abr./jun. 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e Reprodução Assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 5, p. 7-28, abr/jun, 2000.

_____. *Função social da família*. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 39, p. 154-170, dez./jan. 2006/07.

GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, vol.VI, 2007.

GRUNWALD, Astried Brettas. *Laços de família: critérios identificadores da filiação*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362&p=1>>. Acesso em: 05 set. 2009.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 11, p. 142-143, out/dez.2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 19, p. 134-156, ago./set. 2003.

LOTUFO, Renan . *Questões Pertinentes à Investigação e à Negação de Paternidade*. Revista Brasileira de Direito de Família- IBDFAM, v. 11, p. 46-58, out/dez. 2001.

MADALENO, Rolf Hanssen. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Os filhos do coração*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.6, n.23, p. 22-36, abr./maio 2004.

_____. *Paternidade alimentar*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 37, p. 133-164, ago./set. 2006.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. *O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: a filiação e a revolução genética*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 24, jun./jul. 2004.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em: 10 out. 2009.

NEVES, Nayara Magalhães. *A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade*. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.24288>>. Acesso em: 10 out. 2009.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Relacionamento Interfamiliar. In: ____ *Interfaces e Conexões do Direito de Família*. Revista Jurídica Del Rey, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 8, p. 32, maio 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família: Direito Matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

PAULILLO, Sérgio Luiz. *A desbiologização das relações familiares*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4228>>. Acesso em: 05 set. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil: direito de família*. v.5, 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Sergio Gischkow. *Algumas considerações sobre a nova adoção*. Revista dos Tribunais nº 682, 1992.

REZENDE, Joubert R. *Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 150-160, fev./mar. 2005.

SANTOS, Silas Silva; NEGRÃO, Sonia Regina; GUIMARÃES, Angélica Bezerra M. *Paternidade x Paternidade Socioafetiva*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Silas_Silva_Santos/Paternidade.pdf>. Acesso em 25 jul. 2009.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. *A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321>>. Acesso em: 25 jul. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: _____ *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: _____ *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3.ed. São Paulo : Atlas, v. 6. 2003.

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº 21, 1979, p.404.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Editora Síntese, v. 14, p. 128-163, jul/set. 2002.

_____. *Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial*. Revista Brasileira do Direito de Família, Porto Alegre-RS, v. 27, p. 40-71, 2005.

_____. *Investigação da paternidade socioafetiva*. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre-RS, v. 6, p. 50-52, 2000.

_____. *Relativização do princípio da dignidade da pessoa humana na condução coercitiva na produção do exame genético em DNA*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre-RS, v. 12, p. 05-26, jan./mar. 2002.