

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

MARIA CAROLINA FANECO PEREIRA

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DIANTE DO REGISTRO DE NASCIMENTO DA
PESSOA NATURAL**

**CURITIBA
2009**

MARIA CAROLINA FANECO PEREIRA

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DIANTE DO REGISTRO DE NASCIMENTO DA
PESSOA NATURAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientadora: Prof.^a Joeci Machado Camargo

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA CAROLINA FANECO PEREIRA

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DIANTE DO REGISTRO DE NASCIMENTO DA PESSOA NATURAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Profª Orientadora: _____

Prof. Avaliador: _____

Prof. Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

RESUMO

O tema a ser abordado no presente trabalho monográfico é “A paternidade socioafetiva diante do registro de nascimento da pessoa natural”. Procurar-se-á desenvolver um esboço acerca da alteração de paradigmas havida no Direito de Família neste século XXI, perpassando pela análise da filiação a partir do seu conceito clássico e também moderno, bem ainda o tratamento jurídico conferido ao afeto, tudo para o fim de explorar quais as implicações da paternidade socioafetiva perante o registro de nascimento da pessoa natural e aquilo que deve atualmente nortear o julgamento das ações de estado de filiação. O objetivo geral da pesquisa será demonstrar a alteração do modelo da relação paterno-filial e as conseqüências para o registro de nascimento da pessoa natural. Buscar-se-á demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a possibilidade de o registro de nascimento expressar a verdade afetiva para além da verdade biológica, bem assim que o afeto hoje é formador do *status familiae*.

Palavras-chave: afeto – família – paternidade socioafetiva – registro de nascimento da pessoa natural – ações de estado de filiação – origem genética.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 CONSTITUIÇÃO, NOVO CÓDIGO CIVIL E AS ENTIDADES FAMILIARES DO SÉCULO XXI.....	7
2.1 FAMÍLIAS DO NOVO MILÊNIO.....	7
2.2 O NOVO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	13
3 PATERNIDADE E FILIAÇÃO.....	19
3.1 CONJUNTURA HISTÓRICA.....	19
3.2 FILIAÇÃO.....	25
3.2.1 Critério Jurídico.....	28
3.2.2 Critério Biológico.....	31
3.2.3 Critério Socioafetivo.....	32
3.3 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DOS FILHOS.....	37
4 ESTADO DE FILIAÇÃO E REGISTRO CIVIL.....	43
4.1 O REGISTRO DE NASCIMENTO DA PESSOA NATURAL.....	43
4.2 AS AÇÕES DE ESTADO FRENTE À PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	46
4.2.1 Ação de Oposição ao Reconhecimento Voluntário.....	50
4.2.2 Ação Negatória de Paternidade.....	53
4.2.3 Ação de Investigação de Paternidade.....	60
4.2.4 Ação Anulatória do Registro Civil decorrente de Reconhecimento Voluntário.....	63
5 CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

Neste estudo acerca da “Paternidade Socioafetiva diante do Registro de Nascimento da Pessoa Natural” buscaremos desenvolver um esboço da alteração de paradigmas havida no Direito de Família neste século XXI, hoje compreendido como o Direito das Famílias, perpassando pela análise da filiação a partir do seu conceito clássico e também moderno, bem ainda o tratamento conferido ao afeto, tudo para o fim de explorar quais as implicações da paternidade socioafetiva perante o registro de nascimento da pessoa natural e aquilo que deve atualmente nortear o julgamento das ações de estado de filiação.

A escolha do tema é fruto do especial interesse demonstrado durante toda a vida acadêmica pela área do Direito de Família, lugar em que, consideramos seja muito difícil dissociar os sentimentos e as experiências de vida da análise do caso concreto para se chegar a uma decisão o mais equânime possível. Ademais, entendemos que o tema ainda não recebeu o devido tratamento pelos operadores do Direito, muito pelo contrário, nos Tribunais pátrios a disparidade de juízos sobre o assunto ainda é enorme.

Para tanto, no primeiro capítulo analisaremos as características das novas famílias do século XXI, pautadas na afetividade entre os indivíduos que a compõe e que buscam incessantemente a tão almejada felicidade dentro desse núcleo fundamental, célula-base da sociedade. Buscar-se-á principalmente demonstrar a ocorrência da repersonalização das relações familiares, com a proteção do indivíduo em detrimento da instituição em si mesma considerada, e ainda a igualdade nessas

relações, notadamente entre os filhos de qualquer origem, que passou a receber tratamento constitucional a partir de 1988.

Também procuraremos demonstrar que o Código Civil deve ser hoje lido à luz da Constituição para que se possa chegar a uma não excludente interpretação do tema, pois aquilo que o Constituinte não limitou é defeso ao legislador infraconstitucional fazê-lo.

No segundo capítulo far-se-á o estudo acerca dos tipos de filiação acolhidos pelo Direito brasileiro, assim como a forma com que é feito o reconhecimento da filiação. O principal objetivo do capítulo será explicitar que atualmente a expressão pai encontra-se dissociada do elemento puramente genético, partindo-se do pressuposto de que o estado de filiação é formado na convivência contínua. Além disso, procurar-se-á demonstrar que o afeto foi recepcionado pelo nosso ordenamento como algo digno de tutela, podendo sim hoje ser formador da paternidade por meio daquilo a que se denomina de posse de estado de filiação.

Por fim, no terceiro capítulo será feita breve análise acerca da importância do registro de nascimento para a pessoa, apontando que a verdade da filiação espelhada por esse documento não é necessariamente a verdade biológica. Tratar-se-á ainda das ações de estado sobre a filiação sob o enfoque da descoberta e acesso ao código genético do ser humano e quais as implicações e o tratamento conferido pela doutrina e jurisprudência, nomeadamente no que tange ao registro civil.

2 CONSTITUIÇÃO, NOVO CÓDIGO CIVIL E AS ENTIDADES FAMILIARES DO SÉCULO XXI

2.1 FAMÍLIAS DO NOVO MILÊNIO

Vivemos numa era em que as relações afetivas sobressaem-se. E é na intimidade do lar que o sujeito encontra um espaço para o desenvolvimento da sua personalidade, pois é na família que possuímos um lugar privilegiado de auto-ajuda. A família representa o berço natural da pessoa, “o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda organização social”.¹

De fato, a família é a célula-base de toda a estrutura social. É possível afirmar que todas as pessoas encontram-se dependentes de um grupo familiar e assim, vinculadas ao Direito de Família. Todavia, difícil é apresentar uma concepção que represente verdadeiramente a família, porquanto se trata de uma realidade social em constante modificação. A sua história é “longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”², acentua a socióloga francesa Michelle Perrot.

A palavra família tem origem no vocábulo romano *famulus*, cujo significado é escravo. Essa terminologia fazia alusão ao grupo de escravos e dos parentes que estavam sob a autoridade do *pater familias*. A noção de família perpassava, assim, pelos conceitos de subordinação, poder e mando. Essas são as características que marcaram a família desde a idade antiga até a modernidade.³

¹ MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil**. 36. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2: Direito de Família. p. 1.

² PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**, Edição 1306, p. 74-81, Abril, 1993. p. 75.

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado, volume 5: Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 23.

O modelo pela nossa sociedade herdado, a família do século XIX, caracterizada por ser extremamente rígida, patriarcal e matrimonializada, encontra-se decadente. Ele cedeu espaço para um novo tipo de família, aquela que tem por escopo “conciliar a liberdade individual com os laços afetivos do velho lar”.⁴

O modelo familiar do século XIX aglomerava uma série de funções, tais como política, econômica, religiosa, cultural e procracional. Desempenhava também relevante papel tanto para o Estado quanto para os próprios indivíduos, em razão de que à família cabia a “gestação da sociedade civil e dos interesses particulares”.⁵ Os interesses da família eram sobrepostos aos dos seus membros, pois o seu bom funcionamento era garantidor da estabilidade e progresso da humanidade. Possuía um papel econômico importante, na medida em que era responsável pelo fornecimento de mão-de-obra e transmissão do patrimônio.

Esse grupo familiar também era extremamente hierarquizado e com uma divisão de papéis bem delineada. O marido ocupava posição hegemônica na sociedade conjugal, cabendo-lhe a chefia da família, sua representação legal e a administração dos bens, além da manutenção econômica do lar. Mulher e filhos lhe deviam inteira subordinação. A família era ao mesmo tempo, nas palavras de Michelle Perrot⁶, ninho e nó, porque refúgio, centro de trocas afetivas, mas também fechada e rígida.

Nesse viés, era ela tutelada enquanto entidade e não as pessoas que a compunham individualmente consideradas. Os filhos fora do casamento não eram reconhecidos justamente porque representavam turbação ao patrimônio.

⁴ PERROT, M. Op. cit. p. 75.

⁵ Ibidem. p. 77.

⁶ Idem.

O Direito brasileiro herdou esse conceito oitocentista de família, o que pode ser inferido pelo texto do Código Civil de 1916.

Afirma-se que a família passou por um “processo de desintegração”, acarretado por inúmeras mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais, como a Revolução Industrial, as grandes concentrações urbanas, seguida das duas guerras mundiais e posteriormente a emancipação feminina.⁷

Paulo Luiz Netto Lôbo⁸ aponta dentre as principais causas dessa transformação, inseridas na realidade brasileira, a concentração urbana e a emancipação feminina. O fenômeno da concentração urbana foi crucial para o acesso das mulheres à educação e ao mercado de trabalho. Somente em decorrência da necessidade de sustentar os filhos e da crise da economia doméstica que se reconheceu às mulheres o direito ao trabalho. A industrialização e a urbanização também propiciaram a passagem da grande família, característica presente até o início do século XX no Brasil, para a família nuclear. Aquelas funções aglutinadas pela família foram sendo transferidas gradativamente para outras instituições, notadamente o Estado.

Além disso, Michelle Perrot⁹ assevera que a reestruturação ocorrida é fruto do desenvolvimento do individualismo no século XIX. O desejo de ser autêntico, de não estar adstrito a padrões e fazer as próprias escolhas tomou conta das pessoas.

Vivenciamos no Brasil, a partir da década de 50 e 60, uma grande mudança de comportamentos sociais. Isso levou à passagem da família vista como instituição

⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2003. p. 12.

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun./jul., 2004. p. 105.

⁹ PERROT, M. Op. cit. p. 78.

para um conceito familiar eudemonista. Hoje, a família deve ser um núcleo para o bem-estar e desenvolvimento da personalidade daqueles que a integram.¹⁰

Como exemplo de concretização dessa mudança, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, § 6º, reconheceu a igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento e também aos adotados.¹¹ Além disso, previu expressamente no seu artigo 226, § 5º, que “os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, artigo 1º, inciso III).

A família atual encontra-se calcada na liberdade, igualdade, solidariedade e afetividade. De fato, “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada”.¹²

A perda daquelas antigas funções da família vem acompanhada do surgimento de uma nova: espaço para o desenvolvimento da afetividade e realização da dignidade humana de cada um dos seus integrantes.

Parafraseando Luiz Edson Fachin, que situa a família no campo do direito, dos fatos sociais e da cidadania a partir do valor jurídico do afeto, dos novos conceitos e da vigência do novo Código Civil:

(...) o ente familiar é um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. (...). Progressivamente, com o surgimento do desenho de afeto no plano dos fatos, ela se inscreve numa trajetória de direitos subjetivos: de espaço do poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar e como se quer ser ou estar.¹³

¹⁰ Constituição Federal, artigo 226, § 8º: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram”.

¹¹ “§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

¹² LÓBO, P. L. N. A repersonalização... p. 138.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-4 e 6.

O que as pessoas buscam atualmente é a harmonização da solidariedade familiar e da liberdade individual, surgindo novos modelos familiares, que são mais igualitários e maleáveis, diferentemente daquele modelo rígido e normativo da família tradicional do século XIX. Aquela família patriarcal, matrimonializada e hierarquizada, abre espaço para a união livre, a união estável e a monoparentalidade.

No direito brasileiro o Código Civil de 1916 reduzia a família ao matrimônio. Os novos paradigmas somente vieram a ser incorporados com a Constituição de 1988, no seu artigo 226, §§ 3º e 4º, que reconhece a união estável e a família monoparental como entidades familiares, ainda que aquela exclusividade tenha sido, ao menos expressamente, apenas abrandada. Da unidade, passa-se à pluralidade familiar, pois a família foi recepcionada não mais como um modelo único.

Para a Constituição família e casamento são “realidades distintas”, porque a família não fundada no casamento também contém “as condições de sentimento, de estabilidade, e de responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros (...)”.¹⁴ Assim, qualquer tratamento desigual resta proibido.

Com a Constituição de 1988 a família passou a ter especial proteção do Estado, proteção esta consubstanciada em verdadeiro direito público subjetivo.¹⁵ Por outro lado, necessário salientar que, considerando-se a elevação da dignidade humana a fundamento da República (CF/88, artigo 1º, inciso III), a tutela constitucional passou a ser funcionalizada, ou seja, somente é válida na medida em

¹⁴ MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do Direito brasileiro. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Direitos de Família e do Menor**: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 69-81. p. 77.

¹⁵ LÔBO, P. L. N. A repersonalização... p. 138.

que a família seja um centro de desenvolvimento da personalidade e dignidade humanas.¹⁶

Desapareceram as funções tradicionais da família ligadas ao mundo do ter liberal burguês, assim ela reencontrou o seu fundamento na afetividade, utilizada pelos juristas para explicar as relações familiares contemporâneas.¹⁷ Dessa feita, assevera Paulo Luiz Netto Lôbo:

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar. (...) **A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade.** Essa mudança de rumos é inevitável.¹⁸ (grifo nosso)

Nesse contexto, a família não possui atualmente tão só uma definição, pelo contrário, é plural. Sob o jugo do afeto, da solidariedade e da cooperação passa a ter feição eudemonista, isto é, “não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.¹⁹

A família deve ser, portanto, o centro privilegiado de desenvolvimento e proteção do ser humano e qualquer que seja a desigualdade atribuída aos seus membros é um ato atentatório à dignidade e barreira à realização da personalidade humana, uma vez que as relações familiares devem estar pautadas na afetividade, solidariedade, liberdade e igualdade.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 349-368. p. 352.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Filiação – Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção necessária. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 19, p. 133-156, ago./set., 2003. p. 141.

¹⁸ LÔBO, P. L. N. A repersonalização... p. 152.

¹⁹ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 31-32.

2.2 O NOVO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O advento da Constituição consubstancia-se em verdadeiro marco para o Direito de Família no Brasil, tendo em vista que, com ela, esvaiu-se de nosso sistema a enferrujada idéia de família estruturada em base patriarcal, hierárquica e com papéis previamente distribuídos. Esse rompimento de paradigma tem como principal agente a positivação dos princípios da igualdade de direitos e deveres entre o marido e a mulher (CF/88, art. 226, § 5º) e a igualdade entre os filhos, independentemente da origem (CF/88, art. 227, § 6º).

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo concepção diversa daquela consagrada pela codificação civil de 1916, reconhecendo a chamada entidade familiar como gênero no qual estão englobadas a união estável e a família monoparental para além da tradicional família constituída pelo casamento (CF/88, art. 226, §§ 3º e 4º).

Consoante texto constitucional, a família deve ser compreendida como “espaço em que cada membro na condição de sujeito de direito, dotado de dignidade, ocupa um lugar, ou seja, lugar de realização da dignidade das pessoas humanas”.²⁰

O novo Código Civil e o século XXI transparecem os problemas da sociedade contemporânea, bem como demonstram as novas situações sociais vivenciadas. Os impasses da contemporaneidade são refletidos no espaço familiar, em que cada vez

²⁰ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: **Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 347-366. p. 348.

mais presenciamos a valorização da mútua ajuda e afeto, dispensando-se os laços formais de união.²¹

O Código Civil de 2002 nasceu comprometido com a cidadania. Esse compromisso assumido reflete a identidade do Direito de Família com a Constituição de 1988, que além de dar espaço para a criação jurisprudencial, também possibilita a compreensão dos valores das novas comunhões, reconhecendo, assim, a dinâmica dos novos tempos. Aí se compreendem valores como amor e solidariedade, os quais adentram ao mundo da família para suplantar as uniões matrimonializadas como única fonte geradora de direitos.²²

Acompanhando as modificações do texto constitucional, o Código Civil de 2002 reconheceu outras formas de família para além daquela fundada exclusivamente no matrimônio (CC, art. 1.723). Ademais, os filhos, independentemente da origem, ganharam também pela legislação ordinária, igualdade de direitos com os então denominados “filhos legítimos”.

As mudanças sociais estão à frente do Direito, que deve acompanhá-las. Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite preleciona que a alteração da codificação civil, na qual se conferiu maior função ao julgador, foi primordial para que o Direito de Família possa estar em compasso com a dinâmica social, libertando-se do formalismo inútil. Aduz o autor que:

A linguagem que dominava o Código Civil de 1916 era a linguagem das normas com elementos definitórios plenos, sem espaço para uma atividade jurisdicional. Agora, a tendência se direciona em postura diametralmente oposta, valorizando os conceitos abertos, atribuindo ao julgado uma grande função jurisdicional. O julgador passa a ser um partícipe da atividade legal na medida em que as expressões abertas permitem larga exegese, com valorização das matérias éticas e evidente predominância do social sobre o individual.²³

²¹ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 1.

²² Ibidem. p. 2.

²³ LEITE, E. O. Op. cit. p. 32.

Conquanto tenha havido grande progresso legislativo, o Código Civil de 2002 já nasceu excludente porque não tratou de forma expressa sobre fatos sociais da modernidade, tal como a paternidade socioafetiva. É justamente nesse contexto que se insere o importante papel da jurisprudência, que deve estar sempre aberta para compreender e explorar novos desafios, sem conceitos ou posicionamentos predeterminados, mesmo porque “um Código não nasce pronto, a norma se faz Código em processo contínuo de construção”.²⁴

O Código Civil deve ser lido e, portanto, interpretado, à luz dos princípios constitucionais, local em que “(...) a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz”.²⁵ Trata-se, portanto, do chamado Direito Civil Constitucional.

Maria Berenice Dias também reconhece a constitucionalização do Direito de Família na medida em que:

Grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição.²⁶

As normas fundamentais de proteção à pessoa humana, nomeadamente as previstas nos artigos 1º a 6º, da Constituição, deverão incidir de forma direta e imediata nas relações entre os particulares. Outrossim, o Código Civil deve ser complementado pelos demais microssistemas jurídicos que compõe o Direito de Família, tal como a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).²⁷

²⁴ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 9 e 11.

²⁵ Ibidem. p. 39.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

²⁷ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família Brasileiro**. Artigo especialmente escrito para o seminário virtual *Temas atuais do Direito de Família*, do site *Âmbito Jurídico* (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc. Acessado em 28.09.2009. p. 1.

Nesse esteio, o Direito de Família deixa para trás seus velhos princípios, cedendo lugar para outros dentro dessa nova proposta jurídica. Rodrigo da Cunha Pereira²⁸ sistematiza esses novos princípios em número de dez, são eles: dignidade da pessoa humana; monogamia; melhor interesse da criança/adolescente; igualdade dos gêneros e o respeito às diferenças; autonomia e menor intervenção estatal; pluralidade das formas de família; afetividade.

Analisaremos aqui apenas a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança/adolescente e a afetividade por serem estes princípios os que mais de perto nos interessam.

O princípio da dignidade da pessoa humana, denominado por macroprincípio, está positivado no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, como fundamento do Estado Democrático de Direito. Consoante Rodrigo da Cunha Pereira, a dignidade da pessoa humana é o ponto de partida do novo Direito de Família brasileiro:

Funciona também como o vértice do Estado Democrático de Direito, pois é o pressuposto da idéia de justiça humana. (...) Ela funciona como um macroprincípio, ou superprincípio que dá a base de sustentação dos ordenamentos jurídicos. No Direito de Família, em particular, é o princípio que sustenta e paira sobre todos os outros princípios. É ele que permitiu incluir todas as categorias de filhos e famílias na ordem jurídica. (...) introduz e consolida as noções de sujeito, alteridade e desejo (...).²⁹

Exemplos da aplicação desse princípio ao Direito de Família pela jurisprudência estão na ampliação do conceito de bem de família como bem de

²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. In: **Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 843-851.

²⁹ Ibidem. p. 848.

residência da pessoa natural e também a indenização aos filhos por abandono afetivo.³⁰

O princípio do melhor interesse da criança/adolescente é reflexo da proteção integral prevista no artigo 227, *caput*, da Constituição da República.³¹ Associado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da afetividade, foi o nascedouro da guarda compartilhada (CC, artigo 1.583) e da parentalidade socioafetiva (CC, artigo 1.593).³²

Por fim, mas não de somenos importância, o princípio da afetividade, que traz uma concepção de família de acordo com o meio social. De conformidade com este princípio, o vínculo familiar é mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico.

A afetividade

(...) é, também, a base para todos os outros princípios, assim como o da dignidade da pessoa humana. O afeto torna-se um valor jurídico, a partir do momento que as relações de família deixam de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. De simples valor jurídico a princípio jurídico foi um outro passo, e historicamente, é recente. O princípio da afetividade nos faz entender e considerar que o afeto pressupõe também o seu avesso, já que o amor e o ódio são complementares ou são os dois lados de uma mesma moeda. Faltando o afeto, deve entrar a lei para colocar limites onde não foi possível pela via do afeto. O princípio da afetividade, associado aos outros princípios, fez surgir uma outra compreensão para o direito de família. Instalando novos paradigmas em nosso sistema jurídico.³³

³⁰ TARTUCE, F. Op. cit. p. 4.

³¹ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. E ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu “Art. 4º. “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

³² PEREIRA, R. C. Op. cit. p. 849.

³³ *Ibidem*. p. 850-851.

Em sendo assim, ressalta-se que todo e qualquer julgamento ou concepção de Direito de Família hoje deve necessariamente considerar ou estar orientado por pelo menos um desses princípios, os princípios fundamentais.

Deixamos consignado aqui ainda a existência do Projeto de Lei nº 2285/2007, denominado “Estatuto das Famílias”, o qual foi elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e apresentado ao Congresso Nacional, cujo principal tema é o reconhecimento das diversas formas de família hoje existentes na sociedade.

A principal finalidade do projeto é colmatar as lacunas deixadas pelo Código Civil, que criam diversas interpretações e dificultam a justa aplicação do Direito pelo julgador, isso porque a legislação civil não reuniu diversas situações extremamente importante que são vivenciadas por nossa sociedade atualmente. Dentre os temas de maior relevância estão ainda o afeto como formador de vínculo de parentesco e a mediação com fins ao incentivo de acordo em todas as questões de direito de família.³⁴

E é justamente dentro dessa perspectiva de família, como centro privilegiado para o desenvolvimento da personalidade e dignidade dos seus membros, que está inserida a relação paterno-filial socioafetiva, da qual nos deteremos na seqüência.

³⁴ AMARAL, Sylvia Mendonça Amaral. **O novo Direito de Família**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.com.br/?artigos&artigos=333>>. Acessado em 17 de agosto de 2009.

3 PATERNIDADE E FILIAÇÃO

3.1 CONJUNTURA HISTÓRICA

A nossa legislação codificada sempre se utilizou do sistema de presunções para a determinação da paternidade, regra esta emprestada do Direito Romano, que tinha no princípio *pater is est quem nuptiae demonstrant* (é pai aquele que o casamento demonstra) uma forma de garantir a legitimidade dos filhos.³⁵

Sob égide do Código Civil de 1916 os filhos eram classificados em legítimos, legitimados e ilegítimos. Os filhos ilegítimos eram subdivididos ainda em naturais ou espúrios, estes, por sua vez, em incestuosos ou adúlteros. O critério dessa classificação era o fato de o filho ter sido ou não gerado dentro do casamento. Durante a sua vigência imperava a presunção *pater is est*.

O filho era punido em virtude do comportamento do pai, isto é, punia-se quem não tinha culpa, considerando que “o nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai, fazendo prevalecer os interesses da instituição matrimônio”.³⁶

O desfazimento da presunção de paternidade sobre o filho adúltero de mulher casada somente poderia ocorrer com a contestação pelo próprio marido e dentro das hipóteses e prazos legais, que eram por sinal bastante reduzidos.³⁷

³⁵ LEITE, E. O. Op. cit. p. 211.

³⁶ DIAS, M. B. Op. cit. p. 318.

³⁷ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 11-12.

No Brasil, foi somente a partir da década de 40, com a Lei 4.737/1942, que se autorizou o reconhecimento de filho nascido fora do casamento, mas apenas depois da sua dissolução com o então chamado desquite. A finalidade era exclusivamente de alimentos e esses filhos eram registrados como filhos ilegítimos, tendo direito apenas à metade da herança eventualmente recebida pelo filho legítimo ou legitimado.³⁸

A Lei 883/1949 elasteceu um pouco mais o sistema ao prever a possibilidade de, também após a dissolução da sociedade conjugal, ambos os pais formalizarem o reconhecimento e ainda o direito do filho em intentar ação declaratória para tanto.³⁹

Por outro lado, a jurisprudência desempenhou papel muito importante na evolução histórica do instituto da filiação, estando sempre à frente para preencher lacunas e abrandar os rigores da lei.

A partir da década de sessenta o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a investigação de paternidade por filho adulterino de mulher casada concebido enquanto na separação de fato dos cônjuges. Esse posicionamento demonstra, desde então, a compreensão pelo Tribunal de que na separação de fato inexistia vínculo afetivo entre o marido da mãe e os filhos dela, mas sim uma relação afetiva com o terceiro, verdadeiramente pai. Aqui a posse de estado já exercia papel relevante, segundo aponta Luiz Edson Fachin.⁴⁰

Ademais, passou-se a aceitar o reconhecimento por homem solteiro de filho com mulher casada e ainda a desnecessidade de ação investigatória por filho adulterino de pai casado após a dissolução do matrimônio deste.⁴¹

O trabalho da jurisprudência foi, nessas linhas:

³⁸ DIAS, M. B. Op. cit. p. 319.

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 411.

⁴⁰ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 11-12.

⁴¹ *Ibidem*. p. 12.

(...) valorizando o estatuto da igualdade entre os filhos, bem como foi aproximando a verdade jurídica da verdade de sangue e, também, da verdade sociológica e afetiva da filiação. Tal transcurso revela que no desate das questões jurídicas a jurisprudência se inclinou para colocar no centro de suas considerações os melhores interesses da filiação. Com isso, visivelmente, rechaçou uma percepção calcada na exclusividade das atenções patrimoniais, para localizar, em torno da pessoa, o núcleo de seus afazeres.⁴²

Também a doutrina brasileira paulatinamente passou a valorizar a igualdade entre os filhos e reconhecer o valor da afetividade nas relações paterno-filiais.

Nessa longa caminhada, a Lei Nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio) possibilitou o reconhecimento por testamento cerrado de filho havido fora do casamento. Além disso, criou uma condição suspensiva para a sentença da ação de investigação de paternidade contra pessoa casada, uma vez que somente após a dissolução do vínculo conjugal seria possível o pai registrar o filho. Percebe-se que a finalidade do texto legal era a manutenção da paz familiar.

A igualdade absoluta entre os filhos, contudo, somente foi alcançada com a Constituição Federal de 1988, que proibiu quaisquer designações discriminatórias. Em consonância com a previsão constitucional vieram a Lei nº 7.841/1989 e a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a primeira revogando a proibição inserta no Código Civil de 1916 sobre o reconhecimento dos filhos ditos adulterinos e incestuosos, e a segunda possibilitando o reconhecimento a qualquer tempo sem a exigência da dissolução da sociedade conjugal. Ademais, a própria investigação de paternidade passou a ser legalmente possível após o casamento, já que não mais subsistiam proibições.⁴³

⁴² FACHIN, L. E. Op. cit. p. 16.

⁴³ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 412-413.

Parafrazeando Arnaldo Rizzardo, todo filho é simplesmente filho, independentemente da natureza do relacionamento dos seus pais, uma vez que:

Impera hoje a paridade de direitos, com total liberdade no reconhecimento e igualdade na sucessão hereditária. (...) perdeu todo e qualquer sentido a classificação em ordens distintas, em função do casamento dos pais e das relações de parentesco.⁴⁴

Com o novo texto constitucional desapareceu do Direito brasileiro a discriminação entre filhos legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos. Além disso, a evolução da medicina no campo da procriação artificial e a popularização do exame de DNA aplacaram a presunção *pater is est*.

Nesse contexto histórico, o Código Civil de 2002 previu como grande novidade os efeitos da reprodução artificial. A partir disso, o modelo clássico segundo o qual a paternidade era estabelecida unicamente pelo fato do matrimônio (e presumidamente pela consangüinidade) passou a dividir espaço com um novo modelo, por meio do qual a paternidade também é determinada pelo critério psicossocial e afetivo, a chamada paternidade de intenção.⁴⁵

Até a Constituição de 1988, filho era somente aquela pessoa nascida pelo menos 180 dias após o casamento ou 300 dias após o seu término. Essa presunção refletia a importância que se dava à família, ou seja, aquela constituída pelo matrimônio, já que a filiação somente era reconhecida caso fosse dela proveniente. Diferentemente, o Código Civil de 2002 presume a paternidade não somente a partir da filiação biológica, mas também daquela decorrente da reprodução heteróloga.⁴⁶

Embora o texto constitucional vede expressamente o tratamento discriminatório entre filhos havidos no casamento e os filhos havidos fora dele, o

⁴⁴ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 411 e 420.

⁴⁵ LEITE, E. O. Op. cit. p. 203-204.

⁴⁶ DIAS, M. B. Op. cit. p. 317-318.

Código Civil os disciplina em dois capítulos diferentes. Primeiramente cuida da filiação (CC, artigos 1.596 a 1.606) e, após, do reconhecimento dos filhos (CC, artigos 1.607 a 1.617). Tudo isso se deve ao fato de que o legislador ainda se utiliza do sistema de presunções de paternidade para os filhos nascidos da relação matrimonializada, o que “(...) decorre da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a alguém, não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para a manutenção da estrutura familiar”.⁴⁷

Desse modo, ao tratar da filiação o Código versa exclusivamente sobre os filhos nascidos dentro do casamento, criando, com isso, uma paternidade jurídica independentemente da verdade real porque para o Direito pai continua sendo em princípio o marido da mãe.⁴⁸

De conformidade com o artigo 1.593 do atual Código Civil⁴⁹, o parentesco, um dos modos pelos quais uma pessoa é inserida numa família, pode derivar da consangüinidade (natural) ou então de outra origem (civil).

No entanto, o legislador não quis aí fazer referência ao parentesco natural como o consangüíneo e ao civil como aquele resultante de “outra origem”, consoante ensinamento de Eduardo de Oliveira Leite. Para o autor, a melhor interpretação que se pode dar à parte final desse dispositivo é a que traz a base para a filiação socioafetiva no Direito brasileiro, representando “*a vitória do afeto sobre o mero elemento biológico*”, acrescentando que:

O ineditismo, e de certa forma, a força maior do artigo radica de seu *in fine*, que escancara as portas a uma nova forma de parentesco (...). Ou seja, pela primeira vez na história do Direito de Família reconhece-se, sem

⁴⁷ DIAS, M. B. Op. cit. p. 317.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

vacilar, assento ao afeto nas relações paterno-materno-filiais, capaz de gerar efeitos na ordem jurídica familiar.

(...)

Aí se incluem também as relações de parentesco oriundas das inseminações artificiais, dos filhos de criação, enfim, de todas as crianças que, sem laços de consangüinidade são tidos como filhos. Em última análise, é a aceitação ampla e irrestrita da noção de *posse de estado de filho*, que adentra com legitimidade total em ambiente, até então, reservado aos meros laços da consangüinidade.⁵⁰ (grifo do autor)

Paulo Luiz Netto Lôbo⁵¹ aponta que a tradição do Direito de Família brasileiro fazia com que num conflito entre filiação biológica e socioafetiva sempre houvesse o prevalectimento da primeira e que tão somente neste século a socioafetividade foi levada a sério pelos operadores do Direito, fazendo jus a uma categoria própria.

É possível concluir dessa forma que, modernamente, a estrutura patriarcal, hierarquizada e transpessoal das relações de família vem cedendo espaço para o afeto e a igualdade entre os seus membros. A idéia de filiação se desvinculou do matrimônio e, de conseguinte, das noções de legitimidade versus ilegitimidade. A igualdade impõe-se como decorrência da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto a verdade jurídica se associa à verdade fática, em que o aspecto biológico passa a caminhar ao lado do socioafetivo para o reconhecimento da filiação. As características desse, por assim dizer, novo modelo de filiação são a igualdade e o afeto.

⁵⁰ LEITE, E. O. Op. cit. p. 193.

⁵¹ LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 133.

3.2 FILIAÇÃO

A impossibilidade do ser humano sobreviver de forma independente faz com que ele se atrele a uma estrutura que lhe garanta o crescimento e desenvolvimento pleno, estrutura essa para a qual damos o nome de família, imprescindível ao ser humano e sua referência de identificação social.

A filiação sempre esteve atrelada às idéias de consangüinidade e legitimidade (matrimônio) porque isso permitia a transmissão do patrimônio além de garantir a paz doméstica. A mudança desse paradigma somente ocorreu a partir do momento em que o Direito passou a valorizar mais o ser humano em detrimento do ter:

A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.⁵²

A Constituição ampliou o conceito de entidade familiar, erigindo como direito fundamental a convivência com a família e abraçando a doutrina da proteção integral. Assim como na família, também a filiação passou a ser caracterizada pelo vínculo afetivo entre pais e filhos. O conceito de paternidade foi alargado para o fim de incluir o parentesco psicológico, passando assim por uma desbiologização.⁵³

O avanço das técnicas de engenharia genética, a mitigação da presunção *pater is est* e a proibição do tratamento discriminatório entre os chamados filhos legítimos e ilegítimos pela Constituição contribuíram decisivamente para o estabelecimento da paternidade. Ressalta-se que a filiação não é constituída apenas

⁵² LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 141.

⁵³ DIAS, M. B. Op. cit. p. 320.

pelo vínculo sangüíneo, mas também pelo elemento socioafetivo, conforme previsto no artigo 1.593 do Código Civil.⁵⁴

A dita verdade biológica (consangüínea) é certa a partir da sua perquirição por meio de técnicas de engenharia genética. Entretanto, o mesmo Direito que a admite, ao mesmo tempo aceita que ela seja posta de lado em razão de outra verdade, a verdade do afeto.

Ao criar presunções de paternidade, muito embora a origem do instituto também esteja na consangüinidade, a lei reconhece o que se denomina de posse de estado de filho, estado de filho afetivo ou filiação socioafetiva, afastando-se da procriação natural.

O ponto crucial do nosso sistema jurídico contemporâneo é que a filiação não mais se determina exclusivamente pelo liame biológico entre pais e filhos, de modo que toda paternidade é socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não. Sendo assim, hoje é possível dizer que a paternidade socioafetiva é o gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.⁵⁵

A filiação é definida por Paulo Luiz Netto Lôbo como um “conceito relacional”, porque:

(...) é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoa, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direito e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.⁵⁶

⁵⁴ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 20-21.

⁵⁵ DIAS, M. B. Op. cit. p. 320.

⁵⁶ LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 135.

Dessa forma, “(...) onde houver paternidade juridicamente considerada haverá estado de filiação”.⁵⁷

Consoante Maria Berenice Dias, a origem da filiação não tem mais importância, pois “a partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, por meio de técnicas, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se à vontade do homem”.⁵⁸ Além disso, complementa a autora, “a identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes”.⁵⁹

A verdade jurídica e a verdade biológica não se bastam para a determinação dos vínculos familiares, são necessárias novas referências: eis o norte a ser seguido pelo intérprete do Direito para a determinação da paternidade em nosso sistema.

A paternidade é muito mais do que um mero ato físico, é sim nomeadamente uma opção. E essa nova filiação não pode deixar de estar fundada sob três bases constitucionais, quais sejam, a igualdade entre filhos, a desvinculação do estado de filho com o estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral.⁶⁰

Numa interpretação sistemática entre Constituição e Código Civil é possível afirmar pela existência de três critérios para o estabelecimento do vínculo paterno-filial no Direito brasileiro, são eles: 1) critério jurídico (CC, artigo 1.597) - em que a paternidade é ditada por presunções correspondentes ou não com a realidade; 2) critério biológico - ditado pelo exame de DNA; e 3) critério socioafetivo – decorrente

⁵⁷ Segundo o autor, o estado de filiação decorre da consangüinidade, da adoção, da inseminação artificial heteróloga ou da posse de estado de filiação. Ver: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, IBDFAM, v. 5, p. 5-22, ago./set., 2008. p. 14.

⁵⁸ DIAS, M. B. Op. cit. p. 320-321.

⁵⁹ Ibidem. p. 321.

⁶⁰ Idem.

da posse de estado de filho e edificado sob o melhor interesse da criança e dignidade da pessoa humana.

É sobre a determinação da paternidade e filiação por mencionados critérios que se discorre na seqüência.

3.2.1 Critério jurídico.

Com o fito de dar proteção às crianças e adolescentes, o Estado engendra mecanismos para inserir os filhos em estruturas familiares, às quais se dota de estabilidade por meio do sistema de presunções, isto é, ilações de um fato certo para a prova de um fato não conhecido.⁶¹

Para a lei, a maternidade é sempre certa (*mater semper certa est*) e o cônjuge da mãe é o pai dos filhos dela (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Essa regra é originalmente provinda do dever de fidelidade da mulher para com o seu marido, ou melhor, da fidelidade que se julga tenha ela. Desse modo, a filiação advinda do matrimônio é uma ficção jurídica. Por esse critério, a paternidade decorre unicamente do fato do casamento, estando ligada ainda à consangüinidade, muito embora ela esteja em segundo plano, em virtude do dever de fidelidade entre os cônjuges.⁶²

⁶¹ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 421.

⁶² “Foi com base no dever de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade efetiva, que se formou a regra *pater is est quem nuptiae demonstrant*. (...) No processo de refinamento cultural do matrimônio constitui traço fundamental o encapsulamento da vida íntima na esfera interna da família. Assim, atribuir a paternidade ao marido da mulher não significa proclamar uma derivação biológica. (...) A família não tem deveres de exatidão biológica perante a sociedade, pelo que, se a mulher prevarica e pare um filho que não foi gerado pelo seu marido, isso, tendencialmente, é matéria de economia interna da família. Pode ser um grave problema para o casal. Como pode não ser problema algum.” VILLELA, João Baptista. O Modelo Constitucional da Filiação: verdade e superstições. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 2, p. 121-142, jul./set., 1999. p. 128.

Ambos os pais casados entre si podem promover o registro do filho ou então apenas um deles, desde que seja apresentada no ato a certidão de casamento. Todavia, em tema de união estável a mesma situação não se verifica, muito embora tenha ela por força constitucional a condição de entidade familiar. Não há na união estável presunção legal de paternidade, mas a doutrina defende que havendo prova pré-constituída da união ao tempo da concepção é possível que apenas o declarante promova o registro em nome do companheiro também.⁶³

O artigo 1.597 do Código Civil disciplina o chamado sistema de presunções de paternidade. Os seus incisos I e II refletem o modelo clássico de estabelecimento da filiação, no qual a paternidade decorre meramente do matrimônio associado à consangüinidade. Enquanto isso, nos incisos III, IV e V foram previstas a filiação por inseminação artificial homóloga, heteróloga e decorrente de embriões excedentários, todas elas baseadas no modelo contemporâneo de “*paternidade de intenção*”.⁶⁴

Mister se faz então fixar o momento da concepção para determinar a filiação, a paternidade e os direitos e deveres dali decorrentes. Os prazos são definidos em período anterior e posterior à constância do matrimônio, sem corresponder, todavia, aos limites estabelecidos pela ciência justamente com o objetivo de afastar quaisquer dúvidas.

Os incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil reconhecem como concebidas durante o casamento as crianças nascidas pelo menos 180 dias após a celebração do matrimônio e ainda 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal. A regra de presunção não é afastada sequer em caso de confissão do adultério praticado pela esposa (CC, artigos 1.600 e 1.602). Inexistindo impugnação do marido, a paternidade é estabelecida.

⁶³ DIAS, M. B. Op. cit. p. 339.

⁶⁴ LEITE, E. O. Op. cit. p. 204.

Salienta-se que esse sistema de presunções sempre teve como alicerce a consangüinidade, isso porque a lei gera uma ficção baseada na probabilidade de vínculo genético, eis que se presume filho do pai a criança fruto de uma relação matrimonializada. Entretanto essa justificativa fica afastada na inseminação artificial heteróloga, em que a presunção decorre somente da verdade afetiva.

Os avanços biotecnológicos propiciaram grandes mudanças na área da reprodução humana, em que a vontade resta sobressalente. Conquanto a paternidade decorra na reprodução assistida muito mais de um ato de vontade, o Código Civil presume como concebidos na constância do matrimônio os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” e os “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que exista prévia autorização do marido” (CC, art. 1.597, incisos III, IV e V).

Assim, confere a lei a condição de filho àquela pessoa fruto de reprodução assistida, seja ela homóloga ou heteróloga.

Os mencionados incisos III a V do artigo 1.597 do Código Civil abrangem todas as técnicas de reprodução assistida capazes de gerar vida humana. Diz-se concepção homóloga aquela que decorre do uso de material genético do próprio casal e concepção heteróloga aquela em que se utiliza apenas o material genético da mulher.

A concepção heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não pode ser impugnada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade socioafetiva e é ainda forma de paternidade responsável, mesmo porque se a impugnação fosse permitida,

ter-se-ia uma paternidade incerta diante do sigilo profissional e anonimato da doação.⁶⁵

Cumprido deixar aqui consignado que na eventualidade de o casamento vir a ser declarado nulo, a filiação permanece hígida, ainda que não estejam de boa-fé ambos os pais (CC, art. 1.617).

3.2.2 Critério biológico.

Desde os tempos mais remotos a relação de filiação é vista como “(...) o vínculo mais importante da união e aproximação das pessoas”, porquanto “(...) mais perene e profundo que qualquer outro relacionamento”.⁶⁶

Culturalmente, a filiação está atrelada à consangüinidade. Até hoje se faz referência à filiação como vínculo biológico. Também em Juízo a dita verdade real, interpretada como vínculo consangüíneo, sempre foi priorizada.

Isso se deve a “(...) fatores históricos, religiosos e ideológicos que estiveram no cerne da concepção hegemônica da família patriarcal e matrimonializada e da delimitação estabelecida pelo requisito da legitimidade”.⁶⁷

Hoje assistimos a um embate entre a filiação biológica e a chamada socioafetiva. São dois os grandes divisores de água apontados em matéria de valoração jurídica do afeto. O primeiro deles foi o desvencilhamento da família com o matrimônio a partir do momento em que se reconheceu o afeto como formador da família, dando azo à aceitação de outras entidades familiares que não as provenientes do casamento. Essa nova luz também se irradiou para as relações de

⁶⁵ DIAS, M. B. Op. cit. p. 331.

⁶⁶ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 410.

⁶⁷ LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 133-134.

filiação, pois o esvaziamento do conceito de legitimidade relativizou o papel do vínculo biológico. Em segundo lugar, o progresso científico no desenvolvimento de técnicas de identificação da seqüência genética ocasionou uma ida desenfreada ao Judiciário para se perquirir a dita verdade real.⁶⁸

No próximo capítulo exploraremos o tratamento que vem sendo conferido à matéria pela doutrina e Judiciário brasileiros.

3.2.3 Critério socioafetivo.

De um lado temos a verdade biológica, à qual se deu primazia durante séculos, enquanto de outro, a verdade socioafetiva, realidade esta que não pode mais ser desprezada pelo Direito.

É a afetividade que dá origem ao chamado e tão veiculado hoje pela doutrina estado de filiação, o qual “decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade”⁶⁹, isto é, constitui-se por meio da convivência familiar.

O instituto da adoção já era em nosso Direito, antes mesmo da Constituição de 1988 e do novo Código Civil, o reconhecimento da filiação baseada na vontade e no afeto acima dos laços de sangue.

A vedação ao tratamento desigual entre os filhos pela Constituição de 1988 consolidou em nosso ordenamento jurídico o afeto como fundamento mais importante para a determinação da paternidade. A Constituição nada mais fez do

⁶⁸ DIAS, M. B. Op. cit. p. 327.

⁶⁹ Ibidem. p. 326.

que reconhecer o que já vinha sendo paulatinamente o posicionamento da doutrina e jurisprudência pátrias.

Essa mudança de pensamento jurídico foi muito bem delineada por Luiz Edson Fachin:

Se não há dúvida acerca da relevância do reconhecimento dos laços biológicos da filiação, o vínculo que une pais e filhos e que lhes oferece tais qualificações é mais amplo que a carga genética de cada um: diz respeito às relações concretas entre eles, o carinho dispensado, o tratamento afetuoso, a vontade paterna em se projetar em outra pessoa, a quem reconhece como filho, não só em virtude do sangue, mas em virtude do afeto, construído nas relações intersubjetivas concretas.⁷⁰

Importante frisar que a verdade biológica não se confunde, tampouco vai de encontro com a verdade afetiva. Isso se deve ao fato de que a “filiação é um conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que atribui reciprocamente direito e deveres”, pois “(...) não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação”.⁷¹

A paternidade socioafetiva é fruto da própria mudança de paradigmas que cerca a família moderna, tema do qual se tratou no capítulo anterior. A esse respeito confira-se Luiz Edson Fachin, que não poderia ter tratado com mais propriedade acerca da família do século XXI:

Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade cuja existência do outro torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o ‘outro’ edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela

⁷⁰ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 22-23.

⁷¹ DIAS, M. B. Op. cit. p. 326.

substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consangüíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedia, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidades e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões.⁷²

O sistema jurídico brasileiro não prevê de forma expressa a idéia de posse de estado de filho. Essa idéia está ligada a um ato de vontade construído por meio do afeto. Trata-se da formação do parentesco psicológico que arruína com a verdade científica e jurídica no estabelecimento da filiação. Dessa forma, a partir do momento em que se reconhece ser a paternidade formada por um fato, no conflito entre o fato e a lei, o afeto deve vencer a presunção.⁷³

Maria Berenice DIAS defende que:

(...) nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura proteção e garante a sobrevivência. Imperioso encontrar novos referenciais, pois não mais se pode buscar na verdade jurídica ou na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares. A paternidade não é só um ato físico, mas, principalmente, um fato de opção, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva.⁷⁴

Quando as pessoas se utilizam de uma situação jurídica que não corresponde à realidade, diz-se que elas detêm a posse de estado ou ainda estado de filho afetivo, porque a proteção da aparência se presta a dar juridicidade a uma verdade que de fato não existe (paternidade biológica).⁷⁵

Nesse sentido, para se determinar a paternidade é necessário perquirir os aspectos fáticos envolvidos numa relação, concluindo-se, assim, pela existência ou não de uma hipótese na qual a filiação possa ser afirmada. E é justamente a posse

⁷² FACHIN, L. E. Op. cit. p. 318.

⁷³ DIAS, M. B. Op. cit. p. 333-334.

⁷⁴ Ibidem. p. 321.

⁷⁵ Ibidem. p. 333.

do estado de filho quem fornece as balizas necessárias para o reconhecimento da filiação, demonstrando ou não a verdade socioafetiva.

Para se reconhecer que a pessoa detém efetivamente a posse do estado de filho, a doutrina aponta três indicadores: a) *tractus* (quando a pessoa é tratada como filho e assim apresentado pelo pai e pela mãe); b) *nominatio* (quando a pessoa se utiliza e se apresenta com o nome da família); c) *reputatio* (quando a pessoa é conhecida pela sociedade como sendo membro da família dos seus pais).⁷⁶

A posse de estado de filho exige que a verdade exterior e objetiva coincida com a verdade interior e psicológica, contudo, essa aferição é feita de modo objetivo, mantendo-se com isso a segurança das relações jurídicas. Além disso, “a atribuição do nome, do tratamento de filho, bem como o reconhecimento social dessa relação devem ser notórios, estáveis e inequívocos”.⁷⁷

A posse do estado de filiação forma-se:

(...) quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, (...), devendo ser contínua.⁷⁸

A filiação socioafetiva decorre da posse do estado de filho e corresponde ao que o nosso Código denomina de parentesco civil de outra origem (CC, art. 1.593). Traz a lume a estabilidade da relação entre pais e filhos que se forma na convivência diuturna e afetiva.⁷⁹

A paternidade é definida numa perspectiva moderna por Paulo Luiz Netto Lôbo como:

⁷⁶ DIAS, M. B. Op. cit. p. 334.

⁷⁷ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 25 e 26.

⁷⁸ LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 138.

⁷⁹ DIAS, M. B. Op. cit. p. 334.

(...) muito mais que prover alimentos ou causa de partilha de bens hereditários; envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e adolescência. 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). É pai quem assumiu esses deveres, embora não seja o genitor.⁸⁰

Enquanto no Código Civil de 1916 a posse de estado servia-se apenas para provar a filiação legítima em caso de defeito ou falta do registro de nascimento, com o Código Civil de 2002 ela abrange todas as entidades familiares nas quais se verifique.⁸¹

Assim e tendo em vista ainda que a paternidade está hoje fundada no afeto e não mais exclusivamente na biologia, a posse de estado não mais se limita a provar a filiação, trata-se, sim, de verdadeiro elemento constitutivo do *status familiae*. Para tanto, necessária se faz uma leitura construtiva da lei, tendo como ponto de partida “(...) uma realidade social que não exige estar escrita nos códigos para ser tomada em consideração”.⁸²

A paternidade ou ato de ser pai, e não somente genitor, estabelece-se a partir de relações de afetividade, as quais, embora suplantem o vínculo biológico, ainda não possuem tratamento totalmente adequado pelo direito positivado. Por isso mesmo, mister o aplicador do Direito se utilizar dos princípios norteadores do intitulado Direito das Famílias.

⁸⁰ LÔBO, P. L. N. A Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real. In: **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 15-21, jul./set., 2006. p. 16.

⁸¹ LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 138.

⁸² VILLELA, J. B. Op. cit. p. 133.

Tudo isso considerado, a verdade real hoje não pode ser compreendida senão como ao que se denomina posse de estado, capaz sim de provar o vínculo parental.

3.3 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DOS FILHOS.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade entre os filhos e a possibilidade de registro daqueles havidos fora do matrimônio a qualquer momento, bem ainda a proibição de qualquer nomenclatura discriminatória no registro de nascimento (CF/88, art. 226, § 6º), o capítulo destinado pelo Código Civil de 1916 ao reconhecimento da filiação (diga-se, então filhos ilegítimos) perdeu em muito o seu significado.⁸³

Não obstante essas expressas previsões constitucionais, o novo Código Civil reproduziu institutos previstos no Código Civil de 1916 ao tratar no capítulo “Da filiação” (CC, artigos 1.596 a 1.606) sobre os filhos havidos na constância do casamento e no capítulo “Do reconhecimento dos filhos” (CC, artigos 1.607 a 1.617) acerca dos filhos gerados fora do matrimônio.⁸⁴

Sobre a importância do tema Arnaldo Rizzardo assinala que:

Apesar de toda a evolução verificada no direito de família, continua importante o reconhecimento, pois mediante este ato a pessoa alcança o *status* de filho, com todos os direitos daí decorrentes. Enquanto nada mais significa a legitimação, o reconhecimento permanece com sua importância

⁸³ LEITE, E. O. Op. cit. p. 227.

⁸⁴ Para Luiz Edson Fachin, contudo, “distinguir não significa discriminar”. Confira-se FACHIN, L. E. Op. cit. p. 225.

porque corresponde à confissão da paternidade ou maternidade em relação a determinada pessoa.⁸⁵

O Código Civil de 1916 dispunha em seu artigo 357 acerca da possibilidade do reconhecimento do “filho ilegítimo” no assento de nascimento, tanto por escritura pública quanto por testamento. A Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) substituiu aquela disposição ao prever no seu artigo 26 que “os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”. Por sua vez, entrou em vigor a Lei 8.560/1992, alterando o tratamento dado à matéria até então, cuja redação do seu artigo 1º foi repetida no artigo 1.609 do novo Código Civil. Eis a dinâmica das alterações legislativas.

Enquanto há uma presunção legal de serem filhos dos cônjuges aqueles nascidos no matrimônio, a paternidade dos filhos ditos extramatrimoniais pode ser determinada a partir de três meios, quais sejam, pelo reconhecimento espontâneo do pai, voluntariamente na averiguação oficiosa, ou de modo forçado na sentença judicial em ação investigatória.⁸⁶

O reconhecimento do filho pode ser definido como “(...) a declaração da paternidade ou maternidade, conforme procede do pai o da mãe, relativamente ao filho havido fora do casamento, em cujo registro não consta a filiação de um dos pais ou de ambos”.⁸⁷

Trata-se de ato voluntário, solene, público e incondicional, sendo ainda pessoal, irrevogável e de eficácia *erga omnes*. Diante das suas características, não

⁸⁵ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 441.

⁸⁶ Voluntário, porém não espontâneo porque o pai é notificado para dizer se assume ou não a paternidade. Ver: FACHIN, L. E. Op. cit. p. 227.

⁸⁷ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 442.

pode estar sujeito a termo, tampouco à condição (CC, art. 1.613), porque os seus efeitos estão previstos na lei. Não permite também a retratação, disponibilidade ou arrependimento, considerando que origina o estado de filiação e mormente porque o vínculo entre pais e filhos é eterno e indissolúvel.⁸⁸

Uma vez formalizado, o reconhecimento gera um novo estado familiar para o filho, produzindo-se todos os efeitos previstos no direito de família.⁸⁹

O reconhecimento voluntário da paternidade possui eficácia declaratória, motivo pelo qual os efeitos produzidos são *ex tunc*, eis que retroagem à data do nascimento. O genitor pode até mesmo reconhecer o filho já concebido antes do seu nascimento.⁹⁰ Por outro lado, o reconhecimento de filho já falecido somente pode ocorrer se ele deixar sucessores (CC, art. 1.609, parágrafo único).

A pessoa casada não necessita do consentimento do seu cônjuge para reconhecer filho nascido fora do casamento. Assim como a mãe que casada for não está sujeita a registrar o seu filho em nome do marido, nem mesmo a dizer quem é o genitor, consoante entendimento externado por Maria Berenice Dias. Naquele caso, indicando a mãe nome outro que não o do seu marido, é possível a instauração de procedimento oficioso, arremata a autora.⁹¹

De outro vértice, não é possível o reconhecimento de filho por outra pessoa caso ele já esteja registrado em nome dos dois pais. Necessário se faz o

⁸⁸ LEITE, E. O. Op. cit. p. 230-231 e 240.

⁸⁹ Tanto o reconhecimento voluntário, quanto o forçoso, por meio da investigação de paternidade. Esses efeitos podem ser exemplificados como o dever de sustento e assistência, guarda e direito ao nome de família. Nesse sentido ver: RIZZARDO, A. Op. cit. p. 443.

⁹⁰ “Esta forma de reconhecimento justifica-se mais quando evidente que o reconhecente não sobreviverá ao nascimento do presumido filho. Há de vir externada por meio de escritura pública ou testamento. Não é possível pensar em outra forma, porquanto o assento cartorário não pode preceder ao nascimento, e o escrito particular poderá ensejar dúvidas”. *Ibidem*. p. 449.

⁹¹ DIAS, M. B. Op. cit. p. 339-340.

ajuizamento de ação investigatória, cujo efeito da sentença em caso de procedência da demanda é a desconstituição do registro anterior.⁹²

As únicas hipóteses em que o reconhecimento pode ser impugnado são o erro ou falsidade do registro, porque o pai tem liberdade de expressar o seu querer, contudo os efeitos dessa mesma manifestação de vontade são fixados pela lei (CC, art. 1.604).⁹³

Consoante redação do artigo 1.609 do Código Civil, o reconhecimento voluntário dos filhos pode ser feito de quatro formas distintas: 1) no registro de nascimento (declaração feita perante o oficial de registro); 2) por escritura pública ou documento particular (que posteriormente deverão ser apresentados ao oficial de registro para fins de averbação); 3) por testamento (denominado ato de última vontade, sendo irrevogável apenas na parte em que reconheça a filiação); e 4) manifestação direta e expressa perante o juiz.

O reconhecimento pode ser realizado diretamente junto ao oficial do registro civil, contudo não pode haver a indicação do estado civil dos pais no assento (Lei 8.560/1992, art. 5º). É possível inclusive que um dos genitores reconheça como filho a pessoa já registrada em nome do outro, mas nesse caso é indispensável o consentimento da mãe em cujo nome já consta o termo. Se houver recusa da genitora, cabe ao juiz a análise do suprimento da manifestação de vontade e se autoriza ou não o registro.⁹⁴

Uma segunda forma para o reconhecimento do filho é mediante declaração por escrito. O documento pode ser público ou particular, com tanto que não haja dúvida acerca da autoria, tampouco da informação nele contida (CC, art. 1.609, II).

⁹² DIAS, M. B. Op. cit. p. 340.

⁹³ Ibidem. p. 338.

⁹⁴ Ibidem. p. 341.

Na hipótese de a declaração ter sido levada a cabo em documento com finalidade outra, o reconhecimento permanece hígido e eficaz ainda que esse documento não se preste para a sua finalidade primordial. Suficiente a apresentação do documento perante o oficial de registro para fins de averbação. Ainda que não se promova o registro por haver obscuridade no documento, ele se prestará a servir de meio de prova em eventual ação investigatória de paternidade.⁹⁵

Caso seja feito mediante escrito particular, a declaração de vontade deve ser exclusiva para tanto consoante Arnaldo Rizzardo.⁹⁶

É bastante comum que o reconhecimento seja feito por meio de escritura pública com esse fim específico e também pelo testamento, terceira forma de manifestação, em que o genitor mesmo após o seu falecimento não deixa de reconhecer o filho, mas também não compromete a dita paz familiar. Importante salientar, conforme já afirmado acima, que “o testamento é mero suporte instrumental do reconhecimento, não ficando sujeito às suas vicissitudes”.⁹⁷

Finalmente, o quarto modo pelo qual o reconhecimento pode ser levado a termo é por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que não seja o único ou principal conteúdo do ato (CC, art. 1.609, IV). Não é indispensável também que seja feito ao juiz da Vara de Registros Públicos, pois basta que se tome a declaração por escrito e a encaminhe para o juiz competente que determinará a averbação.

Há que se fazer referência aqui ainda ao reconhecimento na averiguação oficiosa de paternidade (Lei 8.560/1992). Efetuado o registro de nascimento apenas com o nome da genitora, o oficial do cartório encaminhará ao juiz competente a

⁹⁵ LEITE, E. O. Op. cit. p. 228-230.

⁹⁶ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 445.

⁹⁷ DIAS, M. B. Op. cit. p. 342.

certidão juntamente com o nome do suposto pai e outros dados relevantes caso a mãe os tenha fornecido. O juiz ouvirá a mãe, assim como o suposto pai. Reconhecendo este a paternidade, é lavrado termo e remetido ao oficial de registro para fins de averbação. Cuida-se, assim, também de mais uma forma de reconhecimento voluntário da paternidade, ainda que não seja de modo espontâneo, prevista somente na Lei 8.560/1992.

O artigo 1.614 do Código Civil estabelece, por outro lado, que o reconhecimento dos filhos menores de 18 anos independe do seu consentimento, enquanto dos maiores de 18 anos é indispensável a expressa concordância. Para Luiz Edson Fachin⁹⁸ trata-se de atribuir ao consentimento condição de eficácia do ato, isto é, o reconhecimento é ato unilateral, vale independentemente do consentimento, porém, para que surta os efeitos necessário é o consentimento.

Já Maria Berenice Dias⁹⁹ defende que sendo o filho adolescente (entre 12 e 18 anos), assim como sói ocorrer na adoção, é direito dele ser ouvido, pois “o ordenamento jurídico precisa ser interpretado com lógica, com coerência, com unidade constitucional, principalmente com base no superprincípio da proteção absoluta e integral da criança e do adolescente”. No que diz respeito aos maiores de idade, a mesma autora sustenta que a recusa pode ser imotivada, ainda que haja comprovação da paternidade por exame de DNA, não sendo cabível o suprimento judicial do consentimento.

⁹⁸ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 233.

⁹⁹ DIAS, M. B. Op. cit. p. 343.

4 ESTADO DE FILIAÇÃO E REGISTRO CIVIL

4.1 O REGISTRO DE NASCIMENTO DA PESSOA NATURAL

O registro de nascimento da pessoa natural confere publicidade e segurança ao estado da pessoa (Lei 6.015/1973). Tudo o que nele está contido é verdade jurídica até que se prove o contrário em ação judicial. Feito o registro, são consideradas certas a paternidade e a maternidade, ou seja, impõe certeza à filiação. É, assim, ato voluntário com presunção de veracidade e publicidade porque torna público o nascimento e consubstancia-se em meio de prova da filiação com eficácia *erga omnes*.¹⁰⁰

Trata-se, conforme regime legal, do meio de prova primordial à filiação (CC, art. 1.603), porém não é o único. Caso não haja certidão de nascimento ou sendo ela defeituosa, o artigo 1.605 do Código Civil disciplina que também faz prova documento escrito da autoria dos pais ou ainda “veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

Luiz Edson Fachin¹⁰¹ lembra que a posse de estado é indício veemente da filiação, não podendo ser relegada a plano secundário muito embora o Código não faça menção expressa a ela.

Para a lavratura do registro em nome de ambos os pais basta que um deles, de posse da certidão de casamento, compareça ao cartório em decorrência do sistema de presunções legais (CC, art. 1.597). Do contrário, isto é, se casados não

¹⁰⁰ DIAS, M. B. Op. cit. p. 327.

¹⁰¹ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 226.

forem, é necessário o comparecimento de ambos, em conjunto ou separadamente (CC, arts. 1.607 e 1.609).

João Baptista Villela pontua que o registro de nascimento nada mais é do que uma “memória” de fatos jurídicos e não um “prontuário” da biologia, de forma que ele sempre será verdadeiro se expressar o fato jurídico que lhe deu causa e sempre será falso caso contrário. Isso porque:

O cidadão que comparece espontaneamente a um cartório e registra, como seu filho, uma vida nova que veio ao mundo, não necessita qualquer comprovação genética para ter sua declaração admitida. (...) Explica-se: a atribuição do oficial não reside em recolher aos seus livros a descrição de um evento biológico, senão registrar uma declaração de vontade. (...). Tudo se determina e se esclarece, como se percebe, segundo o horizonte próprio do registro: em sede de filiação, ele não exprime, no direito brasileiro, um arco de ocorrências biológicas. Mais uma vez: ele exprime, antes e sempre, um acontecimento jurídico. A qualificação da paternidade ou a omissão dela dependerá, de um modo ou de outro, de um fato do direito: estar ou não casada a mãe, sentença que estabeleça ou desconstitua a paternidade, reconhecimento voluntário, etc. Ao registro não interessa a história natural das pessoas, senão sua história jurídica. Mesmo que a história jurídica tenha sido condicionada pela história natural, o que revela o registro é aquela e não esta.¹⁰²

Os artigos 1.603 a 1.606 do Código Civil teriam conferido alto valor ao registro como prova da filiação, num sentido totalmente oposto ao resgate da sociafetividade trazida por outros dispositivos, consoante aponta Eduardo de Oliveira Leite¹⁰³, o qual defende a interpretação conjunta com o artigo 1.609, que dispõe sobre outros meios de prova da filiação.

Inexistindo registro ou na hipótese de ser ele defeituoso é cabível a ação de prova da filiação, prevista no artigo 1.606 do Código Civil. A legitimidade para propositura dessa demanda é unicamente do filho, tendo em vista se tratar de direito personalíssimo. Os herdeiros do legitimado somente têm o direito de prosseguir na ação já iniciada (CC, art. 1.606, parágrafo único).

¹⁰² VILLELA, J. B. Op. cit. p. 139-140.

¹⁰³ LEITE, E. O. Op. cit. p. 215.

Acerca dessa ação Eduardo de Oliveira Leite¹⁰⁴ aduz que muito embora tenha o artigo 1.606 a mesma redação do seu correspondente no Código Civil de 1916, hoje o que a norma pretende é garantir o estado de filiação em virtude da paternidade responsável. Além disso, observa que a ação de prova de filiação se diferencia da investigação de paternidade na medida em que tem por escopo ajustar o registro de nascimento que não fora feito ou que seja discutível, enquanto na investigação de paternidade o objetivo é reconhecer forçosamente o filho no caso de omissão ou recusa.

Por outro lado, para que haja a invalidação ou mesmo a alteração do assento é imprescindível o ajuizamento de ação para tanto, na qual deverá ser provado o erro ou falsidade dos seus elementos, consoante artigo 1.604 do Código Civil, da qual nos deteremos mais pormenorizadamente na seqüência.

Necessário consignar ainda a promulgação no início deste ano da Lei nº 11.924, cujo projeto é de autoria do falecido Deputado Clodovil Hernandes, que acresceu o § 8º ao artigo 57 da Lei nº 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos).¹⁰⁵ Esse novo dispositivo permite que a pessoa requeira judicialmente seja acrescido ao seu nome os apelidos de família do padrasto ou madrasta, desde que haja a concordância destes. Evidencia-se aqui o que talvez seja a primeira oportunidade positivada no Direito brasileiro de uma pessoa contar com dois pais ou duas mães no registro de nascimento, um biológico e outro afetivo.

Por fim, ressalta-se que embora seja o vínculo registral inferior ao socioafetivo, porquanto nem sempre ele reflete a verdade consolidada no tempo, ainda é hoje o registro a principal fonte de direitos e deveres dos pais para com os

¹⁰⁴ LEITE, E. O. Op. cit. p. 215-216

¹⁰⁵ “§ 8º. O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.”

filhos, uma vez que por meio dele se forma o dever de alimentos, de mútua assistência, o direito sucessório e ainda as limitações dos atos jurídicos entre ascendentes e descendentes.¹⁰⁶

4.2 AS AÇÕES DE ESTADO FRENTE À PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Com o amplo acesso ao exame de DNA neste século as ações de estado de filiação ganharam extrema relevância. A popularização desse exame fez com que o Judiciário brasileiro passasse a se deparar com um grande problema longe, ao menos atualmente, de atingir uma interpretação uniforme. Trata-se da corrida em busca da verdade biológica muitas vezes em detrimento de situações de paternidade e filiação consolidadas no tempo.

Destaca-se que o avanço da técnica genética consubstanciado no exame de DNA facilitou a atividade do operador do Direito, dando caráter científico à prova, pois o que outrora se decidia com fundamento em aparências ou aproximações, hoje é solucionado com uma diminuta margem de erro.¹⁰⁷

Todavia, deve-se advertir que não é suficiente encontrar essa verdade genética, é preciso saber como lidar com ela em virtude das sérias implicações na vida das pessoas envolvidas. Eduardo Cambi assevera que:

(...) avanços tecnológicos, como o exame de DNA, devem ser assimilados pelo direito, mas desde que possam ser úteis à promoção dos valores que sejam mais caros à pessoa e à sua melhor inserção na sociedade. Esta postura crítica permitirá que as mudanças científicas sejam bem

¹⁰⁶ DIAS, M. B. Op. cit. p. 328.

¹⁰⁷ CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA na hipótese de “adoção à brasileira”. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 13, p. 85-89, jan./mar., 2003. p. 86.

recepcionadas pelo direito, sem prejuízo da justiça e da promoção do ser humano.¹⁰⁸

É bastante comum na sociedade atualmente que a figura do genitor esteja dissociada do papel de efetivo pai, aquele que cuida e educa, o que tem provocado inúmeras dúvidas acerca de quem seja verdadeiramente o pai, bem como os direitos e deveres dali decorrentes.

As ações judiciais são propostas por aqueles que negam a qualidade de pai ou mesmo a de filho e motivadas por inúmeros fundamentos, tais como sentimento de desamor e ressentimento ou mesmo imbuídas por interesses patrimoniais. Muitas vezes na própria disputa pela guarda do filho o pai se depara com a afirmação de que não é o verdadeiro pai biológico daquela criança ou adolescente.

Essa busca desenfreada da origem genética vem gerando situações de insegurança e também prejuízos à pessoa humana em virtude da não observância dos princípios da paternidade responsável, do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade. Os vínculos parentais devem ser preservados, porque toda pessoa tem o direito a uma filiação estabelecida e estável.¹⁰⁹

Com extrema propriedade, a psicóloga Leila Maria Torraca de Brito assinala os efeitos paradoxais trazidos pela má utilização da técnica científica, cito:

(...) constata-se que, se a nova tecnologia possibilita – por meio da investigação de paternidade – acrescentar o nome do pai em registros de crianças antes vistas como filhos de pais desconhecidos, o uso exclusivo do critério biológico para desconstituir paternidades facilita aqueles que sempre conheceram o pai a passarem, agora, a ser filhos de um pai que lhes é desconhecido.¹¹⁰

¹⁰⁸ CAMBI, E. Op. cit. p. 89.

¹⁰⁹ BRITO, Leila Maria Torraca de. Negatória de Paternidade e Anulação de Registro Civil: Certezas e Instabilidades. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 36, p. 5-16, jun./jul., 2006. p. 10.

¹¹⁰ Ibidem. p. 14.

Nesse sentido mesmo sentido Fabíola Santos Albuquerque adverte ser:

(...) imperioso a sensibilidade do julgador no sentido de identificar um pedido desfalcado de legítimo conteúdo moral e assim evitar uma decisão colidente com toda a moldura principiológica que preside o novel direito de família, sem contar com as conseqüências danosas à dignidade da pessoa.¹¹¹

Para melhor compreensão do assunto, faremos uma breve explanação acerca das ações relativas ao estado de filiação, abordando situações comuns na sociedade brasileira e que mais têm adentrado ao Judiciário, bem como o tratamento dado pelos Tribunais, expondo ao final o nosso posicionamento sobre o tema.

De início, cumpre registrar que o estado de família (*status familiae*) é um atributo da personalidade da pessoa natural, advindo do vínculo conjugal ou de parentesco. Dele decorrem diversos direitos e deveres regulados pelo Direito de Família. É, pelo menos em princípio, comprovado por meio do registro público, que tem oponibilidade *erga omnes*. Todavia, pode ser comprovado por outras formas, como a posse do estado de filho, cabendo também ação judicial para tanto.¹¹²

Por ações de estado compreendem-se:

(...) aquelas nas quais a pretensão é de obtenção de um pronunciamento judicial sobre o estado de família de uma pessoa. Podem ser positivas, para se obter um estado de família diverso do atual, ou negativas, para excluir determinado estado. Por exemplo, as ações de investigação de paternidade e negatória de filiação. Desse modo, as ações de estado são todas as que buscam proteger o estado de família de forma positiva ou negativa. Podem controverter a relação filial, conjugal ou de parentesco em geral.¹¹³

¹¹¹ ALBUQUERQUE, F. S. Op. cit. p. 363.

¹¹² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 35-36.

¹¹³ *Ibidem*. p. 37.

Tendo em vista que essas ações decorrem do estado de família, são elas personalíssimas, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

O estado de uma pessoa decorre de três elementos provenientes do Direito Romano, quais sejam, *tratactus*, *nomen* e *fama*. Conforme outrora afirmado, detém o estado de filho aquela pessoa que é tratada como filha por outrem, que se utiliza do nome de família dos pais e é conhecida na sociedade como sendo filha de determinadas pessoas.

Atualmente, os operadores do direito têm se deparado com altas “(...) indagações sobre como identificar a parentalidade e que critérios priorizar” e essas dúvidas decorrem justamente das “(...) transformações familiares e das múltiplas situações de filiação que se apresentam como fruto das mudanças científicas, sociais e culturais que atravessamos”.¹¹⁴

Compreendamos que no sistema atual o estado de filho deve sempre ser privilegiado (CF/88, art. 227, § 6º), porém, não mais depende da família matrimonializada, podendo ser fruto de outras espécies familiares, tal como a união estável e a família monoparental.

“O que garante o cumprimento das funções parentais não é a relação genética ou derivação sangüínea, mas sim o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos”, dessa forma, de suma importância que se interprete a paternidade por meio de princípios, nomeadamente o da afetividade, o qual é “o veículo propulsor do reconhecimento jurídico das novas relações de parentalidade”.¹¹⁵

Assim sendo, apregoamos no presente trabalho que a posse do estado de filiação, formado na convivência familiar diuturna, deve ser a verdade espelhada no

¹¹⁴ BRITO, L. M. T. Negatória... p. 5.

¹¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias ensambladas e parentalidade socioafetiva O propósito da sentença do Tribunal Constitucional, de 30.11.2007. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre-Belo Horizonte, v. 7, p. 88-94, dez./jan. 2009. p. 92-93.

registro de nascimento, não sendo admissível, de conseguinte, qualquer ação que tenha por objetivo desconstituir estado de filiação com fundamento exclusivo na origem biológica, desde que, evidentemente seja essa a melhor solução que tutele a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, encampamos a doutrina esposada por Maria Berenice DIAS segundo a qual:

“A partir do momento em que passou a se reconhecer que a filiação afetiva predomina sobre a filiação biológica, todas as demandas envolvendo os vínculos de filiação passaram necessariamente a dispor de causa de pedir complexa. Apesar de ações serem baseadas na realidade biológica, não é suficiente a prova da verdade genética – mister a comprovação da inexistência da filiação afetiva. Quer na ação em que é buscada a identificação do vínculo de filiação, quer sua desconstituição, prevalece a verdade afetiva. Ao autor não basta provar que o réu é seu pai biológico. Para poder ser reconhecido o estado de filiação, é necessário comprovar que não desfruta do estado de filiação, não entretém posse do estado de filho de alguém. Ou seja, é mister provar que não é filho não-biológico de ninguém. De outro lado, em sede de contestação, há mais uma causa extintiva do direito do autor, que pode ser alegada pelo réu: a existência do vínculo afetivo do autor com outrem a inviabilizar o reconhecimento da filiação biológica.”¹¹⁶

Passaremos na seqüência à apreciação individuada de cada uma das ações mais comuns relativas à matéria.

4.2.1 Ação de Oposição ao Reconhecimento Voluntário.

O artigo 1.614 do Código Civil estabelece ser necessário o consentimento do filho maior de idade para que haja o seu reconhecimento. Além disso, o reconhecimento de filho criança ou adolescente pode ser impugnado até quatro anos após o alcance da maioridade.

¹¹⁶ DIAS, M. B. Op. cit. p. 326-327.

O sentido da norma inserta no aludido artigo 1.614 nos é explicitado por Eduardo de Oliveira Leite, segundo o qual:

O consentimento – no caso de filho maior – reafirma a natureza de direito subjetivo ao estado de filiação, determinado pela soberana manifestação de vontade do perfilhado.

No caso de filho menor, a possibilidade de impugnação, depois da maioridade, também ressalta o invocado direito subjetivo ao estado de filiação, embora manifestável, anos após o reconhecimento. O que se impugna, certamente, não é a paternidade, mas o reconhecimento. Aquela existe desde o nascimento (paternidade biológica) ou se constrói pela convivência amorosa-afetiva (paternidade sócio-afetiva), independente de qualquer manifestação expressa, enquanto este, por ser formal, pode ser impugnado. Em outras palavras, o legislador evidencia é a bilateralidade da relação paterno-filial que não se deve estabelecer sob prisma unilateral, mas sempre de acordo com o interesse das partes envolvidas.¹¹⁷

Para Arnaldo Rizzardo a oposição ao reconhecimento por filho maior de idade ou a impugnação depois de alcançada a maioridade somente pode ser levada a cabo desde que existam fortes razões, tal como elementos técnicos ou argumentos que acarretem a realização de prova pericial. Ao mesmo tempo, afirma o autor que o direito de oposição ou impugnação não pode jamais ser cerceado, pois o filho pode tentar buscar a paternidade que entenda seja a real.¹¹⁸

Reza o artigo 1.614 do Código Civil, em sua parte final, ser possível o filho, no prazo decadencial de quatro anos contados a partir do alcance da sua maioridade, impugnar o reconhecimento realizado em seu favor. Trata-se de matéria em Direito de Família que gera entendimentos bastante diversificados.

É o chamado direito conferido à pessoa de não ter como genitor quem a reconheceu como filho. O prazo estabelecido pela legislação acarreta inúmeras controvérsias.

¹¹⁷ LEITE, E. O. Op. cit. p. 238.

¹¹⁸ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 448.

Maria Berenice Dias afirma que a limitação temporal imposta pelo Código vai de encontro com o Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível” (art. 27). Para a autora o reconhecimento voluntário da filiação não obsta o direito de investigação da ascendência genética e completa que:

Não há por que limitar o direito de investigar a paternidade ao exíguo prazo da impugnação da filiação. Modernamente, não se pode admitir prazo para uma ação que é tão imprescritível quanto o é a negatória de paternidade (CC 1.601). O lapso decadencial não se amolda ao novo direito de filiação e não pode subsistir. Como a pretensão investigatória é imprescritível, o eventual registro da paternidade não deve obstaculizar o seu exercício. Reconhecida a filiação, a desconstituição do registro é um singelo efeito anexo da sentença. (...). Somente na hipótese de se reconhecer a existência de um vínculo de filiação afetiva com o pai registral é que se declara a paternidade, mas não se procede a alteração do registro.¹¹⁹

Entretanto, Paulo Luiz Netto Lôbo¹²⁰ alerta ser necessário distinguir a norma inserta no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente do artigo 1.614 do Código Civil. Para o autor, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹²¹ trata do direito ao reconhecimento do estado de filiação por aquele que ainda não foi reconhecido e não por aquele que já está reconhecido. Já o artigo 1.614 do Código Civil¹²² disciplina a contestação ao reconhecimento da filiação, realizada em favor de pessoa menor de idade. O filho tem o direito de impugnar o reconhecimento após quatro anos contados da sua maioridade ou emancipação. O intuito dessa norma é preservar o estado de filiação daqueles que já foram reconhecidos.

¹¹⁹ DIAS, M. B. Op. cit. p. 344.

¹²⁰ LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 149.

¹²¹ “art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

¹²² “Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.”

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça o prazo de que cuida o artigo 1.614 diz apenas com a pessoa que objetiva tão somente a anulação do reconhecimento realizado em seu favor, veja-se:

Direito Civil. Investigação de paternidade e anulação de registro. Código Civil, art. 178, § 9.º, VI, e 362. Fluência antes do advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Prescrição e decadência. Não configuração. Jurisprudência atual do STJ. I - Ajuizada ação de investigação de paternidade, a anulação do registro constitui mera consequência da procedência do pedido investigatório. **II - A regra que impõe ao perfilhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento só é aplicável ao filho natural que visa a afastar a paternidade por mero ato de vontade, a fim de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem buscar constituir nova relação.** III - A decadência não atinge o direito do filho legítimo ou legitimado, nem do filho natural que pleiteie a investigação de paternidade e a anulação do registro, com base na falsidade deste. IV - Precedentes jurisprudenciais. V - Recurso especial não conhecido. (grifo nosso) (REsp 256.171/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2004, DJ 19/04/2004 p. 187)

Particularmente, comungamos do entendimento advogado por Maria Berenice Dias, consoante o qual ao filho é dado o direito de se opor ao reconhecimento ainda que não exista erro ou falsidade ou mesmo haja entre ele e o reconhecente vínculo biológico, uma vez que, numa interpretação normativa atual, pode ter se formado estado de filiação com outra pessoa que não o genitor.¹²³

4.2.2 Ação Negatória de Paternidade

A ação de impugnação ou contestação da paternidade disciplinada no artigo 1.601 do Código Civil¹²⁴ é uma ação de estado que visa ilidir a presunção *pater is est*. O direito nele inserido é personalíssimo, cabendo apenas ao marido da mãe a legitimidade ativa, contudo iniciada a demanda e falecendo o autor, possível que os

¹²³ DIAS, M. B. Op. cit. p. 343-344.

¹²⁴ “Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”

seus herdeiros se habilitem na ação e nela prossigam (CC, art. 1.601, parágrafo único). É também direito imprescritível, podendo ser exercido a qualquer momento, assim como as demais ações relativas ao estado da pessoa.¹²⁵

Nem mesmo à mãe é dado o direito de impugnar a paternidade. Além disso, considerando que a ação negatória tem por objeto o estado da pessoa, a tão só confissão pela mulher da prática de adultério, desacompanhada de outros elementos, não tem valia, é o que se extrai do artigo 1.602 do Código Civil.¹²⁶

Declarada a paternidade perante o oficial de registro, é possível que o autor do ato, nos termos do artigo 1.604 do Código Civil, proponha ação negatória de paternidade com o objetivo de sua desconstituição desde que o tenha feito com base em dolo, erro ou coação, ou ainda por pessoa absolutamente incapaz. Nela é permitida a produção de quaisquer provas.¹²⁷

Eduardo de Oliveira Leite afirma que o Código Civil de 1916, muito embora fundado na paternidade biológica, ainda que de forma indireta valorizava a paternidade socioafetiva no seu artigo 344 (correspondente ao artigo 1.601). Esse dispositivo, ao fazer remissão ao artigo 178, § 3º, do mesmo Código, estabelecia prazos prescricionais bem curtos para que o pai contestasse a paternidade do filho com o intuito justamente de proteger a criança que já estava inserida numa família de modo permanente. Consoante entendimento do autor, “mesmo que o filho não fosse daquele pai, o decurso do lapso temporal sacramentava situação que o legislador queria que durasse eternamente”.¹²⁸

Em contrapartida, o Código Civil de 2002, numa postura totalmente contrária à legislação anterior, conferiu imprescritibilidade ao direito de contestação da

¹²⁵ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 242.

¹²⁶ “Art. 1.602. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.”

¹²⁷ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 507-508.

¹²⁸ LEITE, E. O. Op. cit. p. 212.

paternidade (CC, art. 1.601), criando com isso uma situação de insegurança jurídica que poderá, inclusive, comprometer o melhor interesse da criança e do adolescente ou mesmo a dignidade da pessoa humana se for levado em consideração para a resolução da causa unicamente o fator genético, ou seja, se não for bem operada pelo intérprete do direito.

Essa nova postura é altamente criticada por Eduardo de Oliveira Leite, para quem:

Se (...) a Constituição rompeu com os fundamentos da filiação biológica priorizando a filiação sócio-afetiva, não é justificável uma guinada de tal monta capaz de comprometer todo um histórico de afeição tecida ao longo dos anos em projeto bilateral de relacionamento paterno-filial.¹²⁹

Antes mesmo da entrada em vigor do novo Código Civil, João Baptista Villela¹³⁰ já havia afirmado que a submissão da paternidade ao determinismo biológico não se coaduna com o compromisso assumido pela República Federativa do Brasil com a solidariedade, fraternidade e bem-estar. Está sim muito mais para a paternidade baseada no amor e no serviço. Pelas suas palavras, “a lógica da superstição científica, que reduz a paternidade a um determinismo biológico, rompe com a visão integrada da vida humana, cujos fins e sentido só se realizam segundo um projeto de liberdade”.¹³¹

De outra vertente, no artigo 1.602 do Código Civil a presunção *pater is est* é novamente reafirmada, já que é defeso à mãe impugnar a paternidade do seu cônjuge, o que somente pode ser deduzido pelo próprio pai. Nesse aspecto, a lei

¹²⁹ LEITE, E. O. Op. cit. p. 213.

¹³⁰ VILLELA, J. B. Op. cit. p. 139.

¹³¹ Idem. p. 138.

novamente reforçou a proteção da família socioafetiva, na medida em que exaltou os princípios da paternidade responsável e do melhor interesse do menor.¹³²

Para Arnaldo Rizzardo as presunções estabelecidas no artigo 1.597 não significam a impossibilidade de se contestar a paternidade, pois o marido da mulher pode por diversos fatores chegar à conclusão de que não é o pai da criança em cujo favor se deu a declaração. Sendo assim, a ação negatória de paternidade é plenamente possível para o referido autor ainda que o nome do marido tenha sido apostado no assento de registro com o seu consentimento.¹³³

Entretanto, necessário se faz distinguir aquilo que é diferente.

Em consonância com o Direito de Família moderno, a ação de impugnação de paternidade, compreendida como aquela decorrente da presunção *pater is est*, não pode ter por fundamento exclusivo a ausência de vínculo biológico em detrimento ao estado de filiação constituído.

Isso porque não se trata mais de uma questão de legitimidade do filho, então formada pelo matrimônio e pela genética (esta ao menos em tese), mas sim de paternidade e “hoje, presume-se pai o marido da mãe que age e se apresenta como pai, independentemente de ter sido ou não o procriador”.¹³⁴ Caso outro entendimento fosse adotado “estar-se-ia negando a norma constitucional de proteção da família, para atender impulsos, alterações de sentimentos ou decisões arbitrárias do pai”.¹³⁵

¹³² LEITE, E. O. Op. cit. p. 214.

¹³³ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 425.

¹³⁴ Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, “(...) 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”. LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 146 e 148.

¹³⁵ *ibidem*. p. 148.

Nesse sentido, a impugnação somente pode ocorrer se a descoberta da ausência do vínculo genético acarretar a quebra da relação de paternidade. Porém, ao Judiciário caberá ponderar no caso concreto ainda aquilo que melhor atenda o interesse da criança ou a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal em momento algum priorizou a verdade biológica. O seu papel nesse aspecto resumiu-se a eliminar a desigualdade havida até então, decorrente da perspectiva que enxergava no matrimônio o único legitimador dos filhos. Aliás, tanto é que o vínculo biológico não era tão a rigor assim o fato determinante para a paternidade, que o direito infraconstitucional pré 1988 diferenciava os filhos biológicos entre legítimos e ilegítimos, salienta Paulo Luiz Netto Lôbo.¹³⁶

O vínculo genético não tem exclusividade ou mesmo primazia sobre o vínculo socioafetivo para determinação da paternidade porque esta é “(...) mais que um dado da natureza, pois é um complexo de direitos e deveres que esse atribui a uma pessoa em razão do estado de filiação, seja ele consangüíneo ou não”.¹³⁷

Ressalta-se ainda que, muito embora de maneira não expressa conforme outrora asseverado, o Código Civil compreendeu o critério socioafetivo em diversos dispositivos seus, tais como os artigos 1.593, 1.596, 1597, 1.605 e 1.614.

A prevalência da paternidade socioafetiva sobre o vínculo biológico é, contudo, bastante controversa.

Nesse esteio, necessário se faz estabelecer critérios para uma correta interpretação do direito e com o intuito de alcançar a tão almejada justa medida. E esses critérios são justamente os princípios pelos quais toda interpretação do Direito das Famílias deve hoje perpassar.

¹³⁶ LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 143.

¹³⁷ LÔBO, P. L. N. A Paternidade... p. 17-18.

A doutrina aponta que no conflito entre a filiação biológica e a não biológica uma das balizas essenciais é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente positivado nos artigos 4º e 6º da Lei nº 8.069/1990 (ECA). Observe-se que esse princípio não cuida de mera recomendação, mas sim de verdadeira diretriz que regulamenta as relações do filho com seus pais, família, sociedade e Estado.¹³⁸

Para Paulo Luiz Netto Lôbo o princípio do melhor interesse do filho:

(...) inverte a ordem de prioridade: antes no conflito entre a filiação biológica e a não biológica ou socioafetiva, resultante de posse de estado de filiação, a prática do direito tendia para a primeira, enxergando o interesse dos pais biológicos como determinantes, e raramente contemplando os do filho. De certa forma, condizia com a idéia de poder dos pais sobre os filhos e da hegemonia da consangüinidade-legitimidade. Menos que sujeito, o filho era objeto da disputa. O princípio impõe a predominância do interesse do filho, que norteará o julgador, o qual, ante o caso concreto, decidirá se a realização pessoal do menor estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não biológicos. De toda forma, deve ser ponderada a convivência familiar, constitutiva da posse do estado de filiação, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227 da Constituição Federal).¹³⁹

Além disso, também a dignidade da pessoa humana deve nortear o julgador para que toda a dimensão ontológica do ser seja promovida com fins a sua realização pessoal.

Não é mesmo dado ao pai alegar tão somente que se declarou perante o oficial de registro como tal porque induzido a erro. E mais, hoje não basta ao pai provar o erro e, bem assim, não ser o genitor de quem o disse ser. Imprescindível é ainda que prove não ter sido constituído estado de filiação, tudo numa leitura atual do Direito das Famílias. Havendo dúvida, a posse de estado deve ser preservada.

Veja-se que:

¹³⁸ LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 144.

¹³⁹ LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 145.

A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no registro civil, determina o artigo 1.603 do Código Civil. O registro pode conter a filiação biológica ou a filiação não biológica. Não se exige que o declarante faça qualquer prova biológica; basta sua declaração. A declaração, como qualquer outra, poderá estar viciada por erro ou por falsidade. Mas não haverá erro ou falsidade da declaração para registro de filiação oriundo de posse de estado, consolidado na convivência familiar.¹⁴⁰

Conforme bem acentuado por Arnaldo Rizzardo¹⁴¹, a ação de que trata o artigo 1.601 do Código Civil não pode ser proposta por aquele que reconheceu filho como seu e posteriormente se arrependeu, porque o reconhecimento, assim como a declaração de paternidade, é ato irrevogável e o estado da pessoa não vige sob condição, tampouco é temporário.

No Código Civil de 1916 a norma correspondente à impugnação da paternidade jurídica, inserta no seu artigo 344, objetivava a proteção da família legítima, fundada no matrimônio.

Hoje, o disposto no artigo 1.601 do Código Civil deve ser interpretado como proteção do estado de filiação espelhado no registro civil. Também nesse mesmo sentido a norma do artigo 1.604 do Código Civil deve ser lida.

¹⁴⁰ LÔBO, P. L. N. Socioafetividade... p. 17.

¹⁴¹ Segundo o autor: "Ocorre que ninguém pode invocar a própria torpeza, ou beneficiar-se de uma ilegalidade praticada conscientemente. Seria absurdo admitir que o autor da falsidade, fazendo-se passar por pai, viesse depois desconstituir afirmação consubstanciada em documento público. A falsa declaração tipifica-se na figura do art. 242 do Código Penal. E da mesma forma como ocorreu uma afirmação sobre um fato inexistente, poderia surgir uma negação que não refletisse a verdade. A afirmação da paternidade constitui ato jurídico perfeito. Somente pela presença de uma causa da anulabilidade, nulidade ou ineficácia, é que vigoraria o pedido de se desconstituir o ato declaratório. Do contrário, poderia aparecer o reconhecimento condicional, ou a termo. Isto é, a pessoa manteria o reconhecimento enquanto viveria conjugalmente com outra. Tão logo cessada a união, desfazer-se-ia a paternidade. É que o reconhecimento determina o estado do filho e o estado da pessoa não pode ser condicional, ou temporário". RIZZARDO, A. Op. cit. p. 509.

4.2.3 Ação de investigação de paternidade.

A ação de investigação de paternidade é uma das mais importantes no tema filiação. Está assentada no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no artigo 2º, § 4º, da Lei nº 8.560/1992. A causa de pedir tem por objeto a declaração do estado de filho. Por ser uma ação de estado é ela imprescritível. Trata-se de direito pessoal indisponível, dessa forma a legitimidade para a propositura da ação é sempre do filho. Entretanto, tem o direito de contestá-la qualquer interessado, isto é, todo aquele que pode ser atingido pela decisão judicial, como o pai biológico, o pai registrado, o pai afetivo, o cônjuge ou companheiro ou ainda os herdeiros do suposto genitor (CC, art. 1.615).¹⁴²

Salienta-se que tem direito à investigação de paternidade aquela pessoa que não tenha pai, porque essa ação serve-se para formar o estado de filiação e não para desfazer o já existente.¹⁴³

Imprescindível ter em mente que as relações paterno-filiais já constituídas devem ser preservadas, enquanto, de outro lado, deve ser assegurado o direito fundamental a um pai apenas àquele que não o tem.¹⁴⁴

Na eventualidade de a ação ser julgada procedente, o reconhecimento dado pela sentença produzirá efeitos *ex tunc* após a averbação da filiação junto a registro da pessoa natural (CC, art. 1.616).

¹⁴² LEITE, E. O. Op. cit. p. 239.

¹⁴³ Acerca da permanência da regra *pater is est* João Baptista Villela faz severa crítica ao erro de interpretação no qual os juristas normalmente incorrem, confira-se: “Aqui se introduz um dos mais tenazes equívocos na leitura da Constituição. Houve quem lesse, em total subversão, o preceito constitucional dos filhos, guiado por acenos da lógica formal, deixando ao completo abandono o conjunto articulado de valores, tradições e princípios que formam o tecido conjuntivo do ordenamento jurídico. (...) O transparente e contínuo processo histórico de equalização dos direitos entre os filhos e, mais que tudo, o velho e freqüentemente esquecido bom-senso não deixam dúvida quanto às intenções da Constituição. Ela quis igualar elevando os menos favorecidos ao patamar dos mais favorecidos. E não percorrendo o caminho contrário, ou seja, rebaixando os mais favorecidos ao ponto em que estavam os menos favorecidos”. VILLELA, J. B. Op. cit. p. 130.

¹⁴⁴ ALBUQUERQUE, F. S. Op. cit. p. 359.

A doutrina moderna tem criticado severamente a distorção em que o Judiciário brasileiro vem incorrendo ao misturar os conceitos sobre a investigação de paternidade, que cuida do estado de filiação, relativo ao Direito de Família, com o chamado direito à origem genética, direito este da personalidade, porque atributo da pessoa humana.¹⁴⁵

A ação investigatória de paternidade, assim como o exame genético, somente têm razão de ser quando o autor da demanda não tem consignado em seu registro o nome de um pai, tampouco constituiu com outrem estado de filiação. A origem biológica não pode servir de fundamento para se constituir um novo estado de filiação, desprezando-se o já existente e consolidado no tempo, tendo em vista que no contexto atual a palavra pai deve ser interpretada como aquele que cria, enquanto genitor apenas aquele que gera. Assim, o estado de filiação pode ou não ser decorrente da origem genética.

O fator biológico definitivamente não é o único que importa, uma vez que:

O paradigma atual do Direito brasileiro é a paternidade de natureza socioafetiva, hipercomplexa e inclusiva, que pode ter origem biológica ou não. A partir desse paradigma deve-se pesquisar a verdade real, que pode ser diferente da indicada pela origem genética (adoção, inseminação artificial heteróloga e posse do estado de filiação).¹⁴⁶

Assim, os fatores biológicos não determinam a paternidade, que se constrói no dia a dia das relações humanas, seja ela pela adoção, pela inseminação artificial heteróloga, pela consangüinidade ou simplesmente pela posse de estado.

Em face da inexistência de primazia do vínculo biológico, bem como da mudança de paradigma no Direito de Família brasileiro acerca da determinação da

¹⁴⁵ VILLELA, J. B. Op. cit. p. 141.

¹⁴⁶ LÔBO, P. L. N. A Paternidade... p. 18.

paternidade, a ação de investigação de paternidade somente pode ser proposta para constituir uma relação paterno-filial, mas nunca o contrário.

Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁴⁷ assevera que reduzir a paternidade ao vínculo biológico pode ser a pior solução a ser tomada pelos Tribunais, porque ele não contempla toda a dimensão existencial da paternidade, que se constrói na convivência familiar duradoura.

A certeza estabelecida pelo avanço da técnica médica não basta por si mesma. A sua apreciação deve estar em consonância com o arcabouço axiológico do ordenamento jurídico.

Ao mesmo tempo, por outro turno, Maria Berenice Dias defende que se a pessoa estiver registrada como sendo filha de alguém não há impedimento para que ela ajuíze ação investigatória de paternidade com o fito de conhecer a sua ascendência biológica, já que se trata de direito fundamental e imprescritível. Para tanto, necessário que se faça a citação do pai em cujo nome esteja o registro.¹⁴⁸

Outrossim, a autora também defende a possibilidade de a pessoa fruto da reprodução heteróloga intentar ação investigatória de paternidade apenas para fins de identificar a sua identidade genética, mesmo que a procedência da demanda não tenha efeito registral.¹⁴⁹

Conclui-se, assim, que a verdade biológica não se confunde, tampouco vai de encontro com a verdade afetiva. O direito a ter conhecimento da origem genética, isto é, da sua ascendência, é um direito de personalidade e, portanto, fundamental, individual e personalíssimo. O conhecimento da própria ascendência não implica a inclusão numa família. Vindicar a origem genética é totalmente diferente da

¹⁴⁷ LÔBO, P. L. N. Socioafetividade... p. 9.

¹⁴⁸ DIAS, M. B. Op. cit. p. 328.

¹⁴⁹ DIAS, M. B. Op. cit. p. 332.

investigação de paternidade, já que esta decorre do estado de filiação que se origina independentemente daquela.¹⁵⁰

4.2.4 Ação anulatória do registro civil decorrente de reconhecimento voluntário

Dispõe o artigo 1.604 do Código Civil que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

O registro de nascimento produz presunção praticamente absoluta em matéria de filiação (CC, art. 1.603), somente podendo ser invalidado havendo prova de erro ou falsidade, de conformidade com expressa disposição legal (CC, art. 1.604).

A doutrina afirma que tem legitimidade ativa para anular o registro de nascimento todos aqueles que forem afetados direta, indireta, moral ou materialmente pelo reconhecimento, inclusive o autor do reconhecimento, desde que apresente fundadas razões, e também o Ministério Público, já que a ação diz respeito ao estado da pessoa. Já no pólo passivo deverá figurar o reconhecido e/ou o reconhecente, tudo a depender de quem propôs a demanda.¹⁵¹

Partindo-se do pressuposto de que o registro de nascimento possui presunção de veracidade e autenticidade, o autor da demanda deverá constituir prova cabal contra o conteúdo do registro a fim de desconstituí-lo. Os efeitos da

¹⁵⁰ DIAS, M. B. Op. cit. p. 326.

¹⁵¹ RIZZARDO, A. Op. cit. p. 451. Nesse mesmo sentido, veja-se: STJ, REsp 139.118/PB, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26/05/2003, DJ 25/08/2003 p. 309; e REsp 257.119/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 20/02/2001, DJ 02/04/2001 p. 298.

revelia não são aqui aplicáveis, pois a demanda cuida do estado da pessoa, ou seja, direito indisponível.¹⁵²

O aludido erro acontece quando “o perfilhante ignorava certos fatos (...) ou por força de circunstâncias decisivas para o convencimento da paternidade, e que não representavam, no entanto, a verdade”, enquanto a coação quando da existência de “(...) temor ou receio de um mal impingido ilicitamente no reconhecente, com vistas a conseguir declaração da paternidade”.¹⁵³

A nossa legislação não estabelece um prazo para a propositura da demanda e isso se deve ao fato de que essa ação anulatória também cuida do estado da pessoa.

Um dos casos mais corriqueiros relativos à matéria que adentram no Judiciário diz com a chamada adoção à brasileira, que é o ato de registrar filho de outra pessoa como se seu fosse sem se submeter ao procedimento legal da adoção.

Nessa hipótese o reconhecente tem de início um bom objetivo, o de ser pai de uma criança e de dar uma família a ela. Entretanto, muitas vezes após uma separação aquele que se disse pai, arrependido de tanto ou mesmo imbuído pelo espírito de vingança, ajuíza ação negatória de paternidade e anulatória do registro civil, na tentativa de desconstituir o seu ato sob a alegação de não ser ele o pai biológico ou mesmo ter incorrido em erro.

Surge, assim, um conflito entre o vínculo biológico e o vínculo socioafetivo e nesse embate o fato, consubstanciado pela posse de estado de filiação, deve prevalecer, pois a paternidade nada mais é do que algo construído no tempo.

Consoante entendimento de Maria Berenice Dias, aquilo que se nominou de “adoção à brasileira”, ou seja, registrar filho alheio como próprio, não configura erro

¹⁵² RIZZARDO, A. Op. cit. p. 452.

¹⁵³ Idem.

ou falsidade passível de anulação do registro. Segundo a autora, não é possível alegar erro quando a paternidade foi assumida de forma livre e voluntária, tendo em vista que a paternidade provém do estado de filiação. Ademais, conclui a autora, em tema de filiação o princípio da aparência deve ser prestigiado, pois inexistindo registro ou sendo ele defeituoso, a posse do estado de filho formada pela convivência familiar sobressai.¹⁵⁴

Nesse mesmo sentido se posiciona Fabíola Santos Albuquerque, que defende o valor jurídico do afeto eis que é ele o promovedor do ser humano e da sua vida em sociedade. Para a autora:

“No caso de adoção à brasileira defendemos o afastamento da hipótese do erro/da falsidade do registro, na medida em que quem declara como seu filho de outrem declara conscientemente a falsidade; por conseqüência, destrói aquele argumento, ademais o reconhecimento confere caráter de irrevogabilidade.

(...) uma vez configurada a posse de estado (filho/pais) há de se perfilhar ao entendimento favorável à preservação das relações familiares. Como visto a origem do vínculo é irrelevante, o que é determinante é a situação fática em si.

(...) O registro não revela nada mais do que aquilo que foi declarado; por conseguinte, corresponde à realidade do fato jurídico. Descabido falar em falsidade do registro se ele materializa uma relação em que a posse de estado (filho/pai) já ingressou na realidade social e jurídica.

(...) a desconstituição do registro civil de uma relação já consolidada no tempo acarretará muito mais danos que benefícios aos envolvidos. Importa na vitória da desconsideração e do desprezo à segurança jurídica das relações familiares. É o afeto perdendo espaço para critérios deterministas e descomprometidos com a tutela da dignidade da pessoa humana. Repise-se que a desconstituição do registro civil colide frontalmente com a tábua axiológica e principiológica do melhor interesse da criança, da convivência familiar, do direito a um ninho (lar) e da paternidade responsável.¹⁵⁵

¹⁵⁴ DIAS, M. B. Op. cit. p. 328. Em sentido contrário: “Não há, a propósito, nenhuma dúvida de que, provando-se falsidade ideológica do registro de reconhecimento de paternidade não presumida, pode ser-lhe alterado e retificado o conteúdo (...). Em contendo o ato uma proclamação de paternidade que não corresponde à realidade (o pai reconhece como seu um filho que o não é) o reconhecimento, embora formalmente perfeito, e até inspirado em pia causa, não pode produzir o efeito querido, e será anulado por falsidade ideológica. Juridicamente considerado, o reconhecimento é vinculado à veracidade da declaração. Esta vale como confissão ou declaração, no pressuposto de corresponder à verdade, e somente produzirá o efeito que a lei lhe atribui quando à manifestação formal corresponder o pressuposto fático da relação biológica paternal subjacente”. RIZZARDO, A. Op. cit. p. 510.

¹⁵⁵ ALBUQUERQUE, F. S. Op. cit. p. 361-362.

Também para Paulo Luiz Netto Lôbo “(...) a invalidade do registro assim obtido não pode ser considerada quando atingir o estado de filiação, por longos anos estabilizado na convivência familiar”.¹⁵⁶

A doutrina defende, assim, a necessidade de se estabelecer limites positivos para as ações de estado de filiação e esse limite está consubstanciado justamente na posse de estado. O limite é primordial para que “(...) a paternidade não seja alterada na mesma velocidade e circunstância com que são desfeitos os vínculos de conjugalidade”.¹⁵⁷

Para Luiz Edson Fachin, posicionamento do qual partilhamos, se o Direito reconhece ao afeto valor primordial para o estabelecimento da filiação, conclui-se que é verdadeiro o registro de nascimento que exprima aquilo que faticamente a posse de estado de filho torna inequívoco. Segundo o autor, “a declaração no registro dessa realidade sociológica e afetiva nada mais é que natural consequência do necessário reconhecimento dessa ordem de idéias”.¹⁵⁸

Em decisão pioneira no Judiciário paranaense, esposada no julgamento da Apelação Cível 108.417-9, de relatoria do Desembargador Accácio Cambi, privilegiou-se a paternidade fundada no afeto sobre o elemento puramente biológico, buscando com isso a solução que melhor atendesse a dignidade humana. Confira-se a ementa:

Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a sócio-afetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súm. 149 do STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com

¹⁵⁶ LÔBO, P. L. N. Filiação... p. 140.

¹⁵⁷ BRITO, L. M. T. Paternidade... p. 119.

¹⁵⁸ FACHIN, L. E. Op. cit. p. 28.

outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada numa tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerente à irregular “adoção ‘a brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.¹⁵⁹

No julgamento da Apelação Cível 1.0000.00.231621-4/00 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foram observadas as peculiaridades do caso concreto, admitindo a anulação do registro porque não havia se formado o vínculo afetivo e não apenas simplesmente pela ausência de vínculo biológico.¹⁶⁰

Por outro lado e apenas com fim exemplificativo acerca da divergência da matéria, mais recentemente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à Apelação Cível nº 1.0313.05.158855-3/001, determinando a anulação de registro civil por entender que ele não expressava a verdade real, compreendida como biológica, mas sim continha em sua substância uma falsidade.¹⁶¹

Já a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo que o reconhecimento voluntário somente pode ser anulado provando-se erro ou coação, ainda que em detrimento do estado de filiação. Nesse sentido cito:

¹⁵⁹ TJ/PR, AC 108.417-9, Relator Des. Accácio Cambi, 12.12.2001. Na referida decisão o Ministério Público do Estado do Paraná emitiu parecer no sentido de que a procedência da ação negatória de paternidade acarretaria sérios danos ao filho, porque “tudo que o apelante possui carrega o nome e a condição dada pelo autor/apelado. Constata-se, na verdade, que o recorrente é vítima das artimanhas do apelado para obtenção de vantagens ilícitas e contrárias ao direito por duas vezes. Num primeiro momento quando foi registrado falsamente e, num segundo, porque, agora, o responsável pela falsidade quer retirar-lhe o *status* que não pediu. Foi-lhe imposto e que constitui sua própria condição humana e social.” Citado por CAMBI, E. Op. cit. p. 88-89.

¹⁶⁰ TJ/MG. Negatória de Paternidade - Reconhecimento voluntário - Desconfiança do pai de que a genitora não lhe era fiel - Exame de DNA excludente da paternidade - Ausência de vínculo afetivo entre o requerente e o registrado - Procedência do pedido - Desconstituição do registro civil - Interpretação atual do § 3º, do art. 178, do Código Civil - Observância das peculiaridades da espécie - Precedentes jurisprudenciais do col. STJ. AC 1.0000.00.231621-4/00. Relator Abreu Leite. Julgado em 20.11.2001.

¹⁶¹ TJ/MG. Paternidade. Anulação de Registro Civil e Nascimento do Menor. Hipótese. Acolhimento. A anulação de registro civil por pessoa (que não é o pai biológico) merece exame pelo que se chama de ato consciente e livre. AC 1.0313.05.158855-3/001. Relator Francisco Figueiredo. Julgado em 18.09.2007. Citado por BRITO, L. M. T. Paternidade Op. cit. p. 110. Nesse mesmo sentido confira-se também: TJ/RJ, AC 2005.001.17670, Relator Des. Edson Vasconcelos, julgado em 08.09.2005.

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA.

- Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico.

- A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.

- A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade.

- Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.

- E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 878.954/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007 p. 339)

Entretanto, em recentíssima decisão, ainda não publicada, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em processo de relatoria do Ministro Massami Uyeda, entendeu que o vínculo socioafetivo deve prevalecer sobre o biológico.¹⁶²

Por meio desses julgados é possível inferir que o tratamento conferido à matéria no Brasil ainda é bastante dissonante.

Apesar disso, entendemos que a interpretação que o julgador deve fazer das normas não pode ser outra que não aquela socialmente mais útil. A compreensão deve ser sempre oxigenada pelas mudanças comportamentais da sociedade, senão a conseqüência será fatalmente o engessamento do Direito, a ser carcomido naturalmente pelo tempo. As transformações não podem ser ignoradas:

¹⁶² Notícia disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94259#. Acessado em 19.10.2009.

O fetichismo das normas há de ceder à justiça do caso concreto, quando o juiz tem que optar entre o formalismo das regras jurídicas e a realização humana e mais socialmente útil do direito. Na dúvida, há sempre que se escolher a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. [porque] da aplicação do direito, não deve resultar injustiças. (...) a certeza produzida pela prova científica do DNA não é suficiente para a produção de resultados satisfatórios no plano do direito de família. A interpretação deste ramo do direito exige muita compreensão do ser humano a fim de que o amor e o afeto possam ser considerados como os fundamentos mais importantes para a realização do homem em sua vida em sociedade.¹⁶³

A desconstituição do registro de nascimento realizado por declaração espontânea daquele que sabia não ser o genitor da criança deve ser proibida justamente pelo fundamento ético na consagração do liame afetivo. O Direito deve conferir efeitos jurídicos à adoção à brasileira para evitar a irresponsabilidade da pessoa que assim agiu. Dessa forma, “persistindo a certeza de quem é o pai, ou seja, mantida a posse de estado de filiação, não há como desconstituir o registro”.¹⁶⁴

Importante compreender que o registro de nascimento deve espelhar a verdade real e em matéria de filiação a verdade real surge na dimensão social e afetiva, com a constituição da posse do estado de filho.

¹⁶³ CAMBI, E. Op. cit. p. 87-88

¹⁶⁴ DIAS, M. B. Op. cit. p. 335.

5 CONCLUSÃO

No presente estudo verificamos as inúmeras e profundas transformações pelas quais a família passou no decorrer dos últimos séculos. O conceito oitocentista de família por nós herdado, marcado por funções muito rígidas, como o matrimônio, procriação, transmissão do patrimônio e patriarcalismo, encontra-se hoje decadente. Esse modelo cedeu espaço para outro, em que a família é compreendida como algo plural e espaço para o desenvolvimento da afetividade e realização da dignidade de cada um dos seus membros.

A Constituição Federal de 1988 foi efetivamente o divisor de águas no que diz respeito ao Direito de Família. A partir dela foram consolidados novos paradigmas em oposição à postura clássica, que estabelecia funções muito rígidas à família. Ela elevou a dignidade humana a fundamento da República, recolocando o ser humano no centro do Direito, bem como consagrou a absoluta igualdade entre as pessoas casadas, proibiu ainda a discriminação entre os filhos havidos no casamento e fora dele, além de trazer outros diversos princípios que refletem as mudanças havidas em nossa sociedade quanto às relações familiares, tais como o melhor interesse da criança e do adolescente e a paternidade responsável.

O Código Civil de 1916 prestigiava a filiação legítima, isto é, aquela oriunda do casamento, em razão do seu caráter patrimonialista, isso porque a filiação legítima propiciava a manutenção do patrimônio. Essa tradição somente foi alterada com a incidência de valores humanistas sobre o Direito, tendo a doutrina e jurisprudência papel fundamental nesse processo evolutivo.

O Direito de Família passou, dessa forma, por um processo de repersonalização, em que o ser foi privilegiado em detrimento do ter e onde a defesa da instituição deu lugar à realização dos indivíduos que a compõem. Interessa agora para o Direito garantir a felicidade e a realização pessoal e não mais tão simplesmente a manutenção da família em si mesma considerada.

As relações familiares devem estar baseadas nos valores fundamentais consagrados pela Constituição, assim como na proteção dos direitos da personalidade do ser humano. A família não pode ser hoje compreendida senão como lugar de realização da personalidade e dignidade humana dos seus membros individualmente apreciados. E é dentro dessa perspectiva de revalorização do ser humano, desse novo modelo de família, que se insere a paternidade socioafetiva.

O reconhecimento da igualdade entre os filhos independentemente da sua origem trouxe a lume a nova base das relações familiares, o afeto. À afetividade conferiu-se valor jurídico em detrimento das próprias relações de consangüinidade. Os papéis familiares passaram a ter uma nova dimensão e um novo lugar a ser ocupado por seus membros, nomeadamente a filiação.

O conceito de paternidade está atualmente desvincilhado do conceito de matrimônio e, por decorrência, da consangüinidade, porque ela passou a ser compreendida como um fato de opção. Trata-se ainda de um conceito relacional, uma vez que ela somente existe na medida em que uma pessoa detenha o estado de filho e outra seja titular do estado de paternidade. O estado de filiação não é um dado, mas sim um construído, estado esse que se forma na convivência familiar contínua e duradoura entre pai e filho.

A filiação socioafetiva é gênero, do qual a filiação biológica, a adoção, o filho de criação e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga são espécies. Até

a Constituição de 1988 a filiação socioafetiva somente era enxergada no caso de dúvida ou inexistência do registro, em que se utilizava a posse de estado de filiação para sua prova. Hoje, a sua inclusão na legislação positivada, conforme analisado, é ampla.

Com o avanço da engenharia genética e a popularização do exame de DNA assistimos no Judiciário brasileiro a uma corrida em busca da verdade biológica, com o intuito final de alteração do registro de nascimento, no mais das vezes em detrimento de estados de filiação consolidados no tempo. No entanto, é necessário estabelecer limites às chamadas ações de estado de filiação para que pessoas com interesses exclusivamente patrimoniais ou mesmo vingativos não sejam satisfeitas por descuido do operador do Direito.

O registro deve exprimir a verdade real, porém essa verdade não é necessariamente biológica. Nesse sentido, o afeto tem sim no direito brasileiro valor jurídico capaz de constituir estado de família e neste novo milênio ele se sobressai mais do que nunca. O registro de nascimento pode expressar o vínculo biológico entre pai e filho, mas antes de tudo ele deve expressar a verdade dos fatos e essa verdade é aquela que se verifica no cotidiano da pessoa humana.

Necessário se faz muito bem analisar o caso concreto porque as conseqüências podem ser extremamente danosas principalmente para os filhos. As relações de filiação devem ser estáveis, não podendo haver incertezas quanto aos seus critérios de estabelecimento.

No contexto atual o paradigma da paternidade não diz mais respeito ao vínculo biológico, mas sim com a posse do estado de filho como decorrência da repersonalização das relações familiares, em que o objetivo é a realização das pessoas e a afirmação das suas dignidades.

A afetividade é hoje um princípio jurídico e, portanto, tem força normativa. A norma constitucional que estabelece a igualdade entre os filhos de todas as origens é incompatível com o difundido predomínio do vínculo biológico.

Sendo assim, a verdade real da filiação nem sempre coincide com o simples resultado do exame de DNA. Essa verdade está consubstanciada na posse do estado de filho, formado na convivência familiar diuturna. Assim como nem toda paternidade é biológica, a verdade real não se cinge ao vínculo genético.

Partindo-se do pressuposto de que o registro de nascimento da pessoa natural deve exprimir a verdade real e que essa verdade não é necessariamente biológica, não há se falar em erro ou falsidade de registro que esteja consubstanciado na posse do estado de filiação.

O tema é ainda relativamente novidade para os Tribunais, contudo não é possível descurar que a origem genética diz respeito ao direito da personalidade, enquanto o estado de filiação com o direito de família, sendo coisas distintas.

Os vínculos parentais são definidos muito mais pela verdade social do que pela realidade biológica. Dessa feita, a solução mais adequada será sempre aquela que melhor tutelar a dignidade da pessoa humana ou estiver de acordo com o melhor interesse da criança e do adolescente. A verdade acerca da filiação não pode ser simplesmente equiparada à verdade científica. Isso significaria fatalmente a redução de algo que é muito mais amplo do que o mero liame biológico entre duas pessoas, não satisfazendo toda a dimensão ontológica do ser.

Fica, então, a aparente contradição: em tempos onde nunca outrora foi tão simples perquirir a seqüência genética humana, o vínculo biológico tem pouco valor perante a verdade socioafetiva.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: **Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 347-366.

AMARAL, Sylvia Mendonça Amaral. **O novo Direito de Família**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.com.br/?artigos&artigos=333>>. Acessado em 17 de agosto de 2009.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Lei n. 8.560, de 30 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Lei n. 11.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Negatória de Paternidade e Anulação de Registro Civil: Certezas e Instabilidades. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 36, p. 5-16, jun./jul., 2006.

_____, Leila Maria Torraca de. Paternidade Socioafetiva e Anulação do Registro Civil. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, IBDFAM, v. 4, p. 110-120, jun./jul., 2008.

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA na hipótese de “adoção à brasileira”. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 13, p. 85-89, jan./mar., 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado, volume 5: Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real. In: **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 15-21, jul./set., 2006.

_____. A Repersonalização das Famílias. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun./jul., 2004.

_____. Filiação – Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção necessária. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 19, p. 133-156, ago./set., 2003.

_____. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, IBDFAM, v. 5, p. 5-22, ago./set., 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil**. 36. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2: Direito de Família.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do Direito brasileiro. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 69-81.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias ensambladas e parentalidade socioafetiva O propósito da sentença do Tribunal Constitucional, de 30.11.2007. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre-Belo Horizonte, v. 7, p. 88-94, dez./jan. 2009.

_____. Uma principiologia para o Direito de Família. In: **Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 843-851.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**, Edição 1306, p. 74-81, Abril, 1993.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família Brasileiro**. Artigo especialmente escrito para o seminário virtual *Temas atuais do Direito de Família*, do site *Âmbito Jurídico* (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc>. Acessado em 28.09.2009.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 349-368.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VILLELA, João Baptista. O Modelo Constitucional da Filiação: verdade e superstições. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 2, p. 121-142, jul./set., 1999.