

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

*Adauto de Almeida Tomaszewski¹
Manuela Nishida Leitão²*

RESUMO

O presente artigo analisa a posse de estado de filho como instrumento hábil para indicar a filiação socioafetiva e os efeitos jurídicos de sua aplicação, uma vez que a família estabelecida exclusivamente no casamento, cedeu espaço para a família estabelecida nos laços de afeto. Reflete sobre os progressos científicos no âmbito da reprodução assistida e da determinação da origem genética.

Palavras-Chave: Paternidade Socioafetiva. Maternidade Socioafetiva. Filiação Socioafetiva. Posse de Estado de Filho. Reprodução Assistida.

FILIATION SOCIOAFETIVA: THE OWNERSHIP OF SON STATE AS INDICATING CRITERION OF RELATION PATERNO-FILIAL AND THE RIGHT TO THE GENETIC ORIGIN

ABSTRACT

The present article analyses the descendent's possession state as a capable instrument to indicate the socioaffective filiations and the juridical effects an it's application, in occasion that family exclusively stabilished on marriage opened space to the family stabilished on affect's lace. It reflects about the cientifics progresses in the reproduction assistance compass and the determination of the genetic origin.

11

Keywords: Socioaffective Paternity. Socioaffective Maternity. Socioaffective Filiation. Descendent's Possession State. Reproducion Assistance.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano se relaciona com outras pessoas, em diferentes graus de união, como pai e filho, marido e mulher, irmãos, amigos, etc. O ordenamento jurídico, através de suas regras e princípios, busca tutelar a pessoa humana e seus relacionamentos de forma compatível com a realidade.

Com o passar dos anos, devido a grandes mudanças sociais, políticas e culturais, houve uma reformulação do conceito de família. O modelo tradicional de família, baseado no matrimônio, perde cada vez mais espaço para a nova família que vem surgindo, firmada no afeto.

Tal superação de valores foi feita de forma gradativa, sendo que a Constituição Federal, ao admitir que a família possa surgir tanto do casamento, como da união estável e da monoparentalidade, desvincula a filiação como decorrência exclusiva da existência de núpcias entre os pais. Isto foi a principal responsável por essa transformação.

1 Orientador: Mestre em Direito pela UEL e Doutor pela Pontifícia Universidade de São Paulo – PUC/SP.

2 Graduanda em Direito pela UEL.



Rose Melo Venceslau (2004, p. 45) afirma que:

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

A família passou a ser fruto de uma comunhão de afeto recíproco, independente de imposição legal ou vínculo genético, tendo por fim o desenvolvimento e a felicidade de seus membros.

Para José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 23) “sob a concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais – como apoio indispensável para sua formação e estabilidade na vida em sociedade”.

A Constituição Federal de 1988, ao inaugurar um rol de princípios constitucionais de Direito de Família, como a proteção de todas as espécies de família (art. 226, *caput*, § 3º e § 4º), igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento (art. 227, § 6º) e proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*), estabeleceu linhas mestras de interpretação e validade de qualquer norma jurídica desse campo. Assim, o Direito Civil não é apenas aquilo que está previsto no Código Civil, é também formado pela Carta Magna que impõe os seus preceitos em todo o ordenamento jurídico.

2 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

12

A filiação é uma qualificação jurídica atribuída a alguém e que representa uma relação existente entre um filho e seus pais, do qual se originam efeitos e conseqüências jurídicas por compreender um complexo de direitos e deveres recíprocos. Essa relação de parentesco pode ser estabelecida por um critério biológico (existência de vínculo sanguíneo) ou não. Assim como o filho é titular do estado de filiação, o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade respectivamente.

Até algum tempo atrás, a maternidade era considerada como certa, diante da visibilidade da gravidez e do parto, mas teve o seu estabelecimento abalado com o avanço da ciência, principalmente no que se refere à reprodução assistida. Além disso, com o advento dos exames de DNA, que indicam a origem genética de uma pessoa com um percentual de probabilidade próximo a 100% (cem por cento), tornou-se possível a identificação do pai biológico e a atribuição de suas responsabilidades. Porém, ser pai ou mãe não significa ser a pessoa que gerou, mas ser a pessoa que desempenha tal função.

Para Pedro Belmiro Welter (2004, p. 285) “os pais são aqueles que amam e dedicam a sua vida a uma criança ou adolescente, que recebe afeto, atenção, conforto, enfim, um porto seguro, cujo vínculo nem a lei e nem o sangue garantem”.

Por isso o critério biológico tornou-se insuficiente, sendo necessário o reconhecimento da chamada paternidade socioafetiva, que não implica no desprezo do liame genético (presente na maior parte das relações familiares), mas demonstra a necessidade de se inserir a filiação socioafetiva.

A paternidade socioafetiva satisfaz o princípio constitucional da paternidade responsável almejado pela Carta Magna, em seu art. 226, § 6º. Ademais, a presença de posse de estado de filho serve como critério indicador da paternidade socioafetiva, obedecendo, assim, à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da Constituição Federal). É importante ter em mente que tal princípio não é uma recomendação, mas uma regra que deve ser observada nas relações da criança e do adolescente com sua família, sociedade e Estado.



Rose Melo Venceslau (2002, p. 391) entende que:

pai, ou pais, para a Constituição Federal é aquele que assume a paternidade responsável, que, juntamente com a sociedade e o Estado, tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com a 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. Tudo isso pode ser oferecido por quem não é biologicamente o pai.

Antigamente o filho era tido como um objeto que estava sob o poder dos pais e não como um sujeito de direitos, por isso, no conflito entre a filiação biológica e a não-biológica, predominava o interesse dos pais biológicos em detrimento da conveniência do filho. Contudo, diante do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, impõe-se que, diante do caso concreto, predomine o interesse do filho e não dos pais biológicos ou dos pais socioafetivos.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 457) entende que “como pessoas humanas em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadores de condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas”.

O ideal seria que a paternidade socioafetiva coincidissem com a paternidade biológica, pois verificar-se-ia a paternidade responsável exigida pelo ordenamento. Todavia deve-se salientar que nem sempre o genitor se interessa pela sua prole. Entretanto a convivência familiar é prioridade absoluta do filho.

3 AS VERDADES JURÍDICA, BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA

Existem três verdades referentes ao estudo da filiação: a verdade jurídica, a biológica e a socioafetiva.

Pela verdade jurídica, pais são aqueles que a lei considera como tais, sendo de grande relevância o sistema de presunções que foi acolhido pelo Código Civil de 1916.

Como a maternidade é, normalmente, demonstrada por sinais exteriores (gravidez e parto) e o mesmo não ocorre com a paternidade, diante da carência de prova direta e aos óbices fundados em preconceitos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrimonial, a lei elevou as probabilidades à categoria de presunção, surgindo assim: a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant* (o pai é aquele que as núpcias demonstram, ou seja, o pai é o marido da mãe), a presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa, o que resultava em impedimento à investigação de maternidade contra mulher casada de prole considerada ilegítima), a presunção de paternidade atribuída a quem, provavelmente, teve relações sexuais com a mãe da criança na época da concepção, e a presunção *exceptio plurium concumbentium* (a mãe da criança manteve relações sexuais com homens diferentes na época da concepção, e, por causa dessa incerteza de paternidade, esta não era reconhecida).

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

Os benefícios advindos com o aparecimento do exame de DNA foram de grande importância no estabelecimento da filiação, mas não podemos nos esquecer que essa técnica pericial não leva em consideração o fato da relação paterno-filial ser baseada também no afeto e na história pessoal de cada um. Surge assim a verdade socioafetiva, porque a filiação não é um determinismo biológico, ela surge com a convivência diária, o carinho e os cuidados dispensados pelo pai ao seu filho.

Apesar de tal observação, toda criança tem o direito de ter um pai e uma mãe, sendo que seu bem-estar pode ficar prejudicado quando um dos pólos não está estabelecido, tornando-se necessário, nesses casos, ao menos, o estabelecimento da paternidade biológica. Por isso,



apesar da investigação de paternidade priorizar o vínculo biológico, não se deve retirar a importância da paternidade biológica, principalmente, porque, a partir dela, pode surgir uma relação de afeto com alguém antes desconhecido. E se isso não ocorrer, pelo menos serão conferidos ao pai os deveres de assistência material inerentes à paternidade, como a pensão alimentícia e herança.

A verdade socioafetiva se apresenta como um critério tão relevante ao estabelecimento da paternidade quanto as verdades jurídica e biológica, pois o filho que recebe tal tratamento terá uma base emocional capaz de garantir-lhe um desenvolvimento pleno e diferenciado. A criança necessita de amor e não apenas de um elo biológico.

Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 282) observa:

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

A falta de coincidência entre as verdades jurídica, biológica e socioafetiva pode provocar dúvidas sobre a prevalência da consangüinidade, da afetividade ou da definição legal diante de um eventual conflito de paternidade, pois todas elas servem para garantir o respeito ao melhor interesse da criança. Entretanto, como critérios orientadores não podem ser tomados como absolutos. Podem, em determinadas situações, ser desconsiderada uma delas em favor de outra.

Vale a pena ressaltar que não contemplar as dimensões existenciais e estabelecer a filiação somente nos laços sanguíneos, sem se importar com todo e qualquer laço do coração, faz com que as relações paterno-filiais se transformem num determinismo biológico, podendo ser a pior solução dada ao caso concreto. Se o afeto foi capaz de superar a ausência de vínculo biológico, não seria justo desconstituir tal união, pois a criança que convive com uma família afetiva, tendo sido abandonada pelos pais biológicos, terá encontrado o amor que precisa em outra família. Seria insensato retirar essa criança da família que a criou para entregá-la a totais desconhecidos.

14

4 POSSE DE ESTADO DE FILHO

Pelo fato da posse de estado de filho revelar a paternidade socioafetiva, a relevância do seu estudo recai mais sobre o fim pretendido do que ao instrumento em si. A maior parte da doutrina sugere a presença de três elementos que caracterizam a posse de estado de filho: nome (*nomem*), trato (*tractatus*) e fama (*fama*).

No entanto, Luiz Edson Fachin (1992, p. 161) alerta que:

não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam. [...] a tradicional trilogia que a constitui (nomen, tractatus e fama), se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos.

Apesar de não ser um rol exaustivo, é inegável a importância desses três elementos clássicos, por apontarem as circunstâncias que normalmente sugerem a presença da posse de estado de filho, sendo revelados pela convivência existente entre pai e filho.



O nome sugere a utilização do nome da família, porém, o fato do filho nunca tê-lo usado não implica na descaracterização da posse de estado de filho, desde que sejam observados os outros elementos. O trato é o tratamento dispensado pelo suposto pai em relação ao suposto filho, criando-o e educando-o como tal.

A reputação e o tratamento de filho, segundo Eduardo dos Santos: (2003, p. 157-158)

dependem da personalidade de cada pessoa, do seu temperamento e caráter, da sua categoria e condição social, situação econômica e familiar, grau de educação e instrução e hábitos, isso porque se pode chamar alguém de filho sem lhe dar, entretanto, o tratamento de filho. Para o jurista, o tratamento de filho é (des)velado através de duas condutas: a primeira, pelos atos de proteção e amparo econômico (sustento, vestuário, educação ou colocação); a segunda, pela afetividade por parte dos pretensos pais (carinho, ternura, desvelo, amor, respeito). [...] Não basta a prática de um ato isolado, com sentido incerto, isto é, não são suficientes meros fatos episódicos, sem relevância. Exige-se reiteração, regularidade e seqüência. Os atos equívocos, clandestinos, esporádicos, avulsos e isolados não revelam tratamento.

Por fim, a fama é a exteriorização dessa realidade para o público, diante de atitudes do hipotético pai para com o hipotético filho, levando terceiros a acreditar que exista uma relação paterno-filial entre eles. Ressalva-se que é necessária a convicção dessa relação paterno-filial. Não basta que a pessoa ache, é preciso que ela acredite nisso. Também não é suficiente o fato de alguém ter ouvido falar, ela precisa ter vivenciado algum momento de afeto e preocupação entre o pai e o filho, pois os boatos e a má língua não servem para comprovar a reputação.

Pedro Belmiro Welter (2004, p. 288) alerta que a doutrina é contra a fixação de um prazo mínimo para a configuração da posse de estado de filho, pois é necessário que sejam examinadas as singularidades de cada caso. O legislador pode estabelecer vários prazos para esse estabelecimento, mas

15

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

Assim sendo, esse mínimo de duração deve ficar sob o domínio da atuação discricionária do juiz, que decidirá sobre a pertinência das provas e apreciará os fatos que lhe foram apresentados. E no que se refere ao exame das circunstâncias fáticas, devem ser sopesados: o amor e a preocupação dispensados ao filho; um ambiente tranquilo e saudável que propicie à criança uma boa formação moral e a sua integridade física; a habitualidade no oferecimento de alimentação, vestuário, assistência médica e odontológica, educação e abrigo; relacionamento baseado no respeito; a idade da criança; o bem estar do menor; as condições materiais e pessoais dos pais; e qualquer outro fato que demonstre qual é o melhor interesse da criança.

A despeito de não estar expressamente previsto na legislação brasileira, a doutrina e a jurisprudência tentam inserir a posse de estado de filho no ordenamento jurídico.

O Código Civil de 1916 admitia a posse de estado de filiação, de forma implícita, apenas para fins de prova e suprimento do termo de nascimento se os pais fossem casados. Portanto, só beneficiava a filiação considerada legítima.

Ainda que o atual Código Civil não consagre expressamente a posse de estado de filho, o seu art. 1.605, II, manteve praticamente a mesma redação do art. 349, II, do Código Civil anterior, só que o seu enunciado é mais genérico, podendo abranger todas as hipóteses que apre-



sentem a posse de estado de filho, ante a falta ou defeito da certidão de nascimento.

A jurisprudência vem conferindo maior valor probatório à posse de estado de filho de maneira, às vezes, acanhada, como prova subsidiária, ou seja, vem sendo utilizada apenas como elemento de convicção do julgador a respeito de certa paternidade, e não como prova suficiente para determinar a paternidade de alguém. Portanto a posse de estado de filho vem exercendo um papel valioso e indispensável na solução de conflitos, informando positiva ou negativamente uma paternidade, pelo fato do afeto indicar a relação paterno-filial que mais atende aos preceitos constitucionais da paternidade responsável e à proteção integral da criança e do adolescente.

O Código Civil de 2002 não reproduziu a regra do Código Civil de 1916 (art. 363) que enumerava taxativamente os casos que permitiam a investigação de paternidade, levando à interpretação de que a ação de investigação de paternidade é livre e tornando possível sustentar que a posse de estado de filho pode dar ensejo a um reconhecimento judicial forçado. Ademais, o art. 227 da Constituição Federal e o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente não permitem qualquer restrição quanto ao reconhecimento da paternidade.

Embora o Código Civil de 2002 não reconheça explicitamente o estado de filho afetivo como causa suficiente para demandar a investigação de paternidade, o seu texto legal possibilita uma interpretação que acolha a filiação socioafetiva, como pode ser observado nos seguintes artigos: a) art. 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”; art. 1.596, pois que reafirmada a igualdade entre a filiação (art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988); art. 1.597, V, pois o reconhecimento voluntário da paternidade na inseminação artificial heteróloga não é de filho biológico, e sim socioafetivo, já que o material genético não é do(s) pai(s), mas, sim, de terceiro(s); d) art. 1.603, visto que, enquanto a família biológica navega na cavidade sangüínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e maternidade responsável; e) art. 1.605, II, em que filiação é provada por presunções – posse de estado de filho (estado de filho afetivo).

Todavia, isto não é uma opinião unânime, visto que parte da doutrina declara que acolher a posse de estado de filho, sem previsão legal expressa, seria atribuir poder legiferante ao juiz, o que não pode ser aceito, diante da teoria da tripartição dos poderes.

Apesar da grande importância que deve ser dada a noção de posse de estado de filho e, conseqüentemente, a filiação socioafetiva, não se pode esquecer que, às vezes, é necessária a inquirição do vínculo biológico, seja por necessidade psicológica, médica ou jurídica (impedimentos matrimoniais).

16

5 DIREITO À ORIGEM GENÉTICA X DIREITO À INTIMIDADE

Pelo fato do vínculo biológico ter deixado de ser fator predominante no estabelecimento da filiação devido aos avanços científicos, surge o chamado “direito à origem genética”, que decorre da necessidade de alguém conhecer suas origens genéticas com o intuito de satisfazer os seus anseios de se conhecer melhor e obter respostas a eventuais dúvidas existenciais que tenha. O problema surge quando o pai socioafetivo não é o genitor, como é o caso do doador de sêmen. Nessa hipótese, torna-se necessário o envolvimento de uma terceira pessoa, que tem o seu direito à intimidade garantido pela Constituição (art. 5º, X), surgindo, deste modo, um conflito de direitos.

Paulo Luiz Netto Lobo (2004, p. 340) expõe que a pessoa que já desfruta do estado de filiação tem o direito ao conhecimento de sua origem genética, e com isso, identificar sua ascendência genética, sendo que:

o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. [...] O objeto da tutela do direito ao conhecimento



da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Não há regra expressa, no ordenamento jurídico, que permita a uma pessoa exigir de outra o seu reconhecimento genético, no entanto, a doutrina vem sugerindo o uso da ação investigatória de paternidade (que com a descoberta do exame de DNA, geralmente, busca o vínculo biológico entre o investigante e o investigado) e o remédio constitucional do *habeas data* (previsto no art. 5º, LXXII, “a”, da Carta Magna, e que visa assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público), pois,

ainda que se considere que o vínculo de paternidade não possa se estabelecer com o genitor, há legítimo interesse em conhecer a origem biológica. Com efeito, qualquer um, independentemente de ter seu status de filho estabelecido, que não conheça sua origem genética, em respeito à tutela da dignidade da pessoa humana, faz jus a ver reconhecida tal proteção. (ROSE MELO VENCESLAU, 2004, p. 125).

Nas técnicas de inseminação artificial heteróloga, o material genético não é do pai e/ou da mãe jurídica, mas sim de terceiro. Parte da doutrina defende o anonimato do doador de sêmen (ou doadora de óvulo), e que a revelação de ter sido a criança gerada através de técnica de reprodução assistida não implica em divulgar a identidade do doador.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº. 1.358/92, regulou a reprodução humana assistida e optou pela obrigatoriedade do sigilo dos doadores e dos receptores, mas prevê uma exceção, ao possibilitar o fornecimento de informações acerca do pai biológico, em situações especiais, ao médico que as requisitar, resguardando-se a identidade civil do doador³.

Dessa maneira, em que pese o posicionamento do Conselho Federal de Medicina, a questão em torno do sigilo das informações pode tolher o concebido de conhecer seu pai biológico, ferindo de morte o disposto nos arts. 26 e 27, do ECA. O direito de identificação da filiação biológica e a busca da gênese humana são direitos fundamentais, sendo impassíveis de restrições. Logo, há de prevalecer o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Justifica-se adicionalmente essa postura pelo fato de que os filhos devem ter acesso aos dados biológicos do doador para a descoberta de possível impedimento matrimonial, pois em se mantendo esse sigilo de forma absoluta, isso poderia redundar, futuramente, em relações incestuosas. (ALMEIDA JÚNIOR, 2005).

A pessoa assim gerada não tem nenhum tipo de vínculo em relação aos doadores ou aos pais biológicos, com exceção dos impedimentos matrimoniais, que traduzem preocupações e, conseqüentemente, proibições de ordem religiosa, moral, social e biológica com relação ao tabu do incesto, assunto tão arraigado na civilização e na cultura contemporânea.

Outro problema que surge é a recusa do suposto genitor em se submeter ao exame de DNA. A jurisprudência vem se posicionando pela impossibilidade de se conduzir o réu “debaixo de vara”, em virtude da inexistência de lei que obrigue o investigado a realizar o exame, mesmo contra a sua vontade, e pelo fato que constranger alguém a fornecer material para um exame viola o direito constitucional à intimidade (art. 5º, X). A solução encontrada para essa negativa é aplicar os mesmos efeitos da confissão ficta, surgindo, assim, a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo investigante, o que favorece o estabelecimento da paternidade.

3 IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIOS [...] 2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. [...]

Contudo, quando se visa adquirir o conhecimento da ascendência genética, e não a busca por um *status* de filho, o exame de DNA é uma prova insubstituível, pois somente por seu intermédio é que se pode excluir ou afirmar uma paternidade biológica. A confissão ficta, decorrente da recusa do investigado em realizar o exame de DNA, inviabiliza o exercício do direito ao reconhecimento da origem genética.

A aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade pode ser utilizada na solução desse tipo de conflito de valores fundamentais. Esse é o entendimento adotado por Luiz Roberto de Assunção (2004, p. 170), ao dizer que:

sua utilização para a solução da colisão de direitos fundamentais tem, em sua essência, o critério de valorização dos interesses envolvidos, cedendo espaço o menos lesivo, o de menor sacrifício, em favor do mais prioritário, ou seja, determinados valores, quando colidentes com outros, são priorizados, como o do filho em reconhecer o seu estado de filiação em relação ao do suposto pai de evitar a extração de material genético de seu corpo para a realização da prova científica da paternidade.

Sendo admitida a perquirição da ascendência genética, não poderá ser estabelecido novo estado de filiação, devendo ter apenas a finalidade de atender uma necessidade psicológica, resguardar os impedimentos matrimoniais e proteger a vida do filho e dos pais biológicos.

6 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

São espécies de filiação socioafetiva: a adoção judicial (verdadeiro ato de amor, que não se baseia na existência de laços sanguíneos), filho de criação (que ocorre quando alguém assume uma criança como seu filho, inexistindo vínculo jurídico ou biológico entre eles), a adoção à brasileira (que consiste em registrar uma criança como se fosse seu filho, sem observar as exigências e formalidades legais da adoção), o reconhecimento de filho (que é a declaração de existência de filho havido fora do casamento), a reprodução humana assistida (que com os avanços científicos estabeleceram-se novas bases para o estabelecimento da filiação) e a presunção *pater is est* (na qual o marido da mãe age como pai, independentemente de ser ou não o genitor).

A adoção à brasileira é uma conduta tipificada como crime pelo Código Penal, em seu art. 242⁴, e consiste no comparecimento espontâneo de uma pessoa ao cartório, que registra o filho de outrem como se fosse seu, aproveitando-se da falta de necessidade de comprovação do nexo biológico para ter a sua declaração admitida, porque ao oficial compete apenas o recolhimento de uma manifestação de vontade, e não a manifestação de um acontecimento biológico.

Contrariamente à lei, a sociedade não repele tal conduta; exalça-a. Nessas hipóteses, ainda que de forma ilegal, atende-se ao mandamento contido no art. 227 da Constituição, de ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito “à convivência familiar”, com “absoluta prioridade”, devendo tal circunstância ser levada em conta pelo aplicador, ante o conflito entre valores normativos (de um lado o atendimento à regra matriz de prioridade da convivência familiar, de outro lado os procedimentos legais para que tal se dê, que não foram atendidos). Igualmente, a invalidade do registro assim obtido não pode ser considerada quando atingir o estado de filiação, por longos anos estabilizado na convivência familiar (LÔBO, 2004, p. 329).

Seria injusto permitir-se que os pais viessem a juízo e intentassem ação de impugnação de paternidade mediante prova de inexistência de vínculo biológico, pois os interesses dos “adotantes” prevaleceriam sobre os do “adotado”, que teria toda a sua história de vida apagada

4 Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

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

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (sem destaque no texto original)



com a desconstituição da relação paterno-filial, desrespeitando, assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Deve-se aplicar ao caso o princípio do *venire contra factum proprium*, o qual sustenta que a ninguém é permitido agir contra seus próprios atos, diante da impossibilidade de aceitação de dois comportamentos distintos e contrários de uma mesma pessoa. “Se o comportamento contraditório provoca danos em virtude da expectativa ou da aparência jurídica que o primeiro causou, não poderá ser tutelado. Preserva-se, assim, o comportamento anterior” (VENCESLAU, 2004, p. 202). Ou seja, no caso em questão, significa que aquele que “adotou”, conscientemente, uma criança como filho sem ter nexos biológico, não poderá ter a sua ação de impugnação de paternidade julgada procedente.

O mesmo pode ser dito a respeito da presunção *pater is est* quando está acompanhada da posse de estado de filho, porque o exercício imprescritível da impugnação de paternidade pelo marido da mãe depende da demonstração, além da inexistência do vínculo genético, de que nunca tenha sido constituído o estado de filiação, pois os interesses da criança devem ser considerados mais relevantes.

Em suma, embora a lei confira ao pai presumido direito de contestar a presunção, o seu comportamento contraditório de quem amou e cuidou do filho que sabia não ser genitor, enfim, reconhecendo-o como filho, este direito se limita à hipótese de vício na manifestação de vontade.

Trata-se da aplicação da vedação ao *venire contra factum proprium* em matéria de filiação. A proibição ao *venire contra factum proprium* decorre do princípio da boa-fé, com maior aplicação no direito obrigacional. Porém, sendo um princípio geral de direito, incide em todas as searas, embora tenha maior guarida neste ou naquele segmento (VENCESLAU, 2004, p. 164 seg.).

Em relação à filiação, as novas técnicas de reprodução humana assistidas ocasionaram a modificação das bases que estabeleciam a filiação, tanto no que se refere à paternidade como à maternidade, é o caso da inseminação artificial heteróloga, com o uso de sêmen e/ou óvulo de terceiro (a), e gestação substituta (comumente chamada de “barriga de aluguel), a solução a ser dada ao caso concreto deve levar em consideração o melhor interesse da criança.

19

7 CONCLUSÃO

Aceita a possibilidade de estabelecimento de filiação exclusivamente nos laços afetivos emanariam direitos e deveres recíprocos entre pai e filho socioafetivos, de natureza tanto moral como patrimonial, nos mesmos moldes da filiação jurídica e biológica, como: estabelecimento de parentesco com os parentes dos pais socioafetivos, irrevogabilidade da filiação socioafetiva, exercício do poder familiar, dever de guarda e sustento, direito a herança e alimentos, entre outros.

Dessa forma, quando o filho afetivo busque a desconstituição da sua filiação, estabelecida por muitos anos, com fins meramente patrimoniais, não deve ser reconhecido o direito ao patrimônio do pai biológico, porque a verdade socioafetiva não pode ser afastada para se obter vantagens econômicas. Só é admitido o conhecimento de sua origem genética, pois se trata de um direito que diz respeito a sua identidade como ser humano.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão. **A reprodução humana assistida e as relações de parentesco**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 17 set. 2005.



ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito.** Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 632, abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522>>. Acesso em: 24 set. 2005.

ANDERLE, Elisabeth Nass. **A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação.** Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>>. Acesso em: 15 nov. 2005.

ASSUMPCÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Ética, Direito e Reprodução Humana Assistida.** in: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55-72.

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

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. in: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional (Caderno 3).** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 315-334.

BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Senado Federal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br>>. Acesso em: 09 abr. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade Mecum Saraiva.** São Paulo: Saraiva, 2006.

20 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade Mecum Saraiva.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (colab.). **Vade Mecum Saraiva.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Resolução CFM nº. 1.358, de 11 de novembro de 1992. **Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.** Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm1358_1992_tm>. Acesso em: 09 abr. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 3.638, de 29 de março de 1993. **Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19976>. Acesso em: 29 abr. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 2.855, de 13 de março de 1997. **Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=18719>. Acesso em: 29 abr. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 6.613, de 23 de abril de 2002. **Alterando o art. 1.601 do novo Código Civil brasileiro, Lei nº. 10.406 de 11 de janeiro de 2002.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=49786>. Acesso em: 30 abr. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 6.960, de 12 de junho de 2002. **Alterando o novo Código Civil.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549>. Acesso em: 29 abr. 2006.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 1.184, de 03 de junho de 2003. **Dispõe sobre a reprodução assistida.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=118275>. Acesso em: 29 abr. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** v. 5. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Rodrigo Collares. **Desbiologização da paternidade e a falta de afeto.** Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 481, out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5845>>. Acesso em: 02 out. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. in: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil.** 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 111-126.

FERREIRA, Fábio Alves. **Vivendo sem respirar, morrendo sem chance de nascer.** Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3544>>. Acesso em: 29 maio 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Das relações de parentesco. in: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil.** 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 83-109.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito ao pai. **Igualdade: Revista trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente.** Curitiba, v. 8, n. 26, p. 34-36, jan./mar. 2000.

_____. **Dos filhos havidos fora do casamento.** Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=528>>. Acesso em: 15 nov. 2005.

_____. **Se eu soubesse que ele era meu pai...** Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=529>>. Acesso em: 24 set. 2005.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, I, 11 a 13 de setembro de 2002, Auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília – DF), **Enunciados aprovados.** Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2006.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, III, 1º a 3 de dezembro de 2004, Auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília – DF), **Enunciados aprovados.** Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2006.



LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais** – v. 4. São Paulo: RT, 1999. p. 188-221.

LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). **O Novo Código Civil – Do Direito de Família (Livro IV)**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Direito de Família e das Sucessões**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Filiação e princípio da afetividade. **Igualdade: Revista trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente**. Curitiba, v. 8, n. 26, p. 45-46, jan./mar. 2000.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 02 out. 2005.

_____. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária. in: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 323-345.

_____. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 – STJ. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, Ano X, n. 223, p. 282-314, 30 abr. 2006.

LOPES, Antônio Eduardo Lanna. **Legitimidade do filho adotivo nas ações de investigação de paternidade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2565>>. Acesso em: 15 nov. 2005.

22

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Direito à identidade genética**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 02 out. 2005.

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e Padrões para Teses, Dissertações e Monografias**. 5. ed. atual. Londrina: Eduel, 2003.

NEVES, Márcia Cristina Ananias. **Vademecum do Direito de Família à Luz do Novo Código Civil**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. Reflexos da constitucionalização nas relações de família. in: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. Caderno 3, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 282-314.

PAULILLO, Sérgio Luiz. **A desbiologização das relações familiares**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 78, set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4228>>. Acesso em: 02 out. 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 3. Parte Especial, arts. 184 a 288. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do Século XXI. in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). **Direito Civil: atualidades** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 231-239.

_____. Pai, Por que me abandonaste? in: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 383-393.

SANTOS, Elaine Silva dos. **A paternidade sócioafetiva**. Monografia (Graduação em Direito) – Fundação Universidade Federal do Rio Grande. Direitonet, Sorocaba, 19 nov. 2004. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/textos/x/81/55/815/DN_a_paternidade_socioafetiva.doc>. Acesso em: 03 jul. 2005.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENCELAU, Rose Melo. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. in: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 379-400.

_____. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

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

_____. Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial. in: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 277-308.