

## RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo analisar os fundamentos doutrinários e legais para o reconhecimento jurídico da paternidade afetiva em detrimento da paternidade biológica, demonstrando que, o status de filho, fundamentado na convivência familiar, afeto e cuidado com a criança, não pode ser considerado um direito absoluto do pai afetivo, em detrimento da paternidade desconhecida revelada. Do ponto de vista teórico, abordam-se os critérios delimitadores da paternidade, discorrendo sobre a evolução institucional da família brasileira nos seus aspectos afetivos e biológicos, bem como o valor jurídico do afeto conjugal, familiar e paternal e a perda da chance de amar e cuidar, que se constrói através da convivência entre pai e filho, que fundamenta o direito da busca pela ascendência descendência, fortalecida pelo exame de DNA como saneador dos mistérios que envolvem a origem humana. Sob o enfoque sociológico, discute-se o poder de decisão materno, como definidor do direito de convivência entre pai e filho, abordando fatores culturais, financeiros e a liberdade sexual, como determinante das escolhas femininas para gestações unilaterais com consequência do não conhecimento da origem da criança. Ao pai defende-se o direito ao exercício da paternidade, quando revelada, para, através da convivência com seu filho direcionar amor, amizade, compreensão e afeto. Serão apontadas as duas faces da mesma moeda: de um lado, o pai afetivo que possui valor jurídico e, de outro, o pai biológico, cuja paternidade foi revelada a quem também assiste o direito de convivência com seu filho, como direito fundamental balizado no princípio da dignidade da pessoa humana.

**Palavras chave:** Paternidade revelada; afetiva; biológica; ascendência; descendência; DNA;

## **ABSTRACT**

This thesis aims to analyze the legal foundations for the doctrinal and legal recognition of paternity affective detriment of biological paternity, demonstrating that the child status, based on familial, affection and care with the child, can not be considered an absolute right of affective parent, to the detriment of fatherhood unknown revealed. From the theoretical point of view, address criteria delimiters of fatherhood, talking about the institutional evolution of Brazilian family in their affective and biological aspects, as well as the legal value of marital affection, family and parental responsibility and the loss of chance to love and care, that constructs through coexistence between father and son, who founded the right search by ancestry offspring, strengthened by DNA examination as full exonerating the mysteries that involve human origin. Under the sociological approach, discusses the power of decision, such as defining the right of coexistence between father and son, addressing financial and cultural factors, sexual freedom, as a determinant of female unilateral choices for pregnancies with consequence of not knowing the source of the child. When father defends the right of paternity, when revealed, to, through the living together with his son direct love, friendship, understanding and affection. Will be pointed to the two sides of the same coin: on the one hand, the affective parent that has legal value and, on the other, the biological father, the paternity was revealed to those who also have the right to live with his son, tagged as a fundamental right in principle of human dignity.

Keywords: Fatherhood revealed; affective; biological; ancestry; offspring; DNA;

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>1 CRITÉRIOS DELIMITADORES DA PATERNIDADE</b>	16
1.1 A EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DA FAMÍLIA	16
1.2 A FILIAÇÃO	23
1.2.1 A filiação matrimonial	29
1.2.2 A filiação extramatrimonial	31
1.3 O CRITÉRIO BIOLÓGICO NA DELIMITAÇÃO DA FILIAÇÃO	34
1.4 O CRITÉRIO AFETIVO	36
<b>2 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO</b>	40
2.1 A IDEOLOGIA DO AFETO	40
2.2 AFETOS CONJUGAL, FAMILIAR E PATERNAL	45
2.3 A PERDA DA CHANCE DE AMAR E CUIDAR NA PATERNIDADE DESCONHECIDA REVELADA.	50
<b>3 O PODER MATERNO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA</b>	58
3.1 A BUSCA DA ORIGEM GENÉTICA COMO RESGATE DA HISTORICIDADE PESSOAL	62
3.2 O DIREITO À DESCENDÊNCIA DESCONHECIDA	66
3.3 ANÁLISE INTERDISCIPLINAR DO PODER DA GENITORA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA	70
<b>4 PATERNIDADE DESCONHECIDA – DIREITO À DESCENDÊNCIA E AO AFETO</b>	83
4.1 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	83
4.2 REVELAÇÃO DA HISTORICIDADE PESSOAL E DIREITO	89
4.3 UMA DAS FACES DA MOEDA – DIREITO DE SER FILHO	94
4.4 O OUTRO LADO DA MOEDA – DIREITO DE SER PAI	100
<b>5 CONCLUSÃO</b>	108
<b>REFERÊNCIAS</b>	113

## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação insere-se no Mestrado em Direito Público e Evolução Social da Universidade Estácio de Sá, na Linha de Pesquisa Novos Direitos, partindo de alguns desafios advindos do exercício da paternidade resultante das diversas formações do núcleo familiar, que fogem do conceito convencional de família, refletindo sobre o exercício da paternidade desconhecida e posteriormente revelada.

A esse respeito, cumpre levar em conta que, no passado recente, a paternidade e relação de filiação eram embasadas na presunção da família tradicional.<sup>1</sup> Tanto a evolução social, como os novos arranjos familiares, influenciaram o reconhecimento da proteção legal da paternidade jurídica, em detrimento da paternidade biológica, mais precisamente daquela pautada em critérios sócio-afetivos.

Num primeiro momento buscaremos dissertar sobre os critérios delimitadores e existentes no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo referência aos entendimentos legais e doutrinários, que divergem em diversos aspectos da nova realidade do reconhecimento das diversas formas de famílias constituídas ao longo do tempo.

O entendimento doutrinário, jurisprudencial e legal do entendimento da filiação no Brasil, será delimitado de forma a constatar as divergências entre a lei e a realidade no que concerne a relações da filiação, dando ênfase a ainda existente e presumida na lei, que reconhece como pai o marido da mãe, desconhecendo a existência do vínculo biológico.

Na filiação extramatrimonial serão apontadas as diversas formas de filiação existentes na atualidade a exemplo das monoparentais, homossexuais, reprodução assistida homólogas e heterólogas e as adoções a brasileira, as quais

---

<sup>1</sup> BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio. Ao Encontro do Pai. *Revista Brasileira de Direito de Família*. N. 16. Jan.- mar./2003.

não são apontadas pela legislação e mais ainda não foram respaldadas pelo novo Código Civil de 2002.

A importância do critério afetivo e biológico na definição da filiação serão considerados e apontados ao longo do trabalho, como definidores do entendimento legal da relação de filiação resultante da definição da paternidade, quando por diversas vezes a relação de afeto será sempre prevalecida em detrimento da existência de uma relação biológica, quando passaremos a analisar o estado de filho como critério definidor da definição da paternidade, reconhecida pela legislação e entendimento doutrinário.

A existência na sociedade de diversas formas de constituição de família e por consequência das relações afetivas, por não terem sido incorporadas na legislação como também ainda não reconhecidas pelos tribunais nacionais, constata-se a existência de situações de conflitos, no momento da revelação da existência de uma verdade biológica, quando já instalada no cotidiano da criança e da família uma realidade fundamentada na relação afetiva, possuidora de valores jurídicos que a defende de forma única, sem considerar a existência de um vínculo biológico revelado.

Na raiz do problema em exame repousa o fato de que a descendência decorre do vínculo biológico<sup>2</sup>; todavia, não raro, vêm a lume situações em que a paternidade não é revelada, a exemplo da reprodução assistida heteróloga<sup>3</sup> e das produções independentes quando, na maioria das vezes, o futuro companheiro/marido da mãe assume na adoção à brasileira, o filho desconhecido de outrem, a ele inclusive concedendo direito de uso do seu patronímico, exercendo o convívio com conseqüente transferência de valores pessoais, éticos, emocionais, participando da formação da personalidade do filho afetivo, para, posteriormente,

---

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando Sobre O Direito Das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>3</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *A nova Filiação*. O Biodireito e as Relações Parentais. São Paulo: Renovar, 2003.

quando revelado o pai biológico, este entra em concurso com a paternidade afetiva já constituída.<sup>4</sup>

O progressivo reconhecimento do direito do pai afetivo, em contraponto à busca da verdade genética, resultante da investigação da paternidade biológica traz a lume uma realidade cerceada de conflitos insanáveis, vez que os legisladores tendem a direcionar ao pai biológico valor jurídico inferior àquele atribuído ao afetivo, resultando em concurso entre a genética e o afeto, prevalecendo o segundo devido ao ser reconhecimento em lei.

A esse respeito, cumpre refletir sobre o exemplo trazido pela Lei n.º 11.924/2009<sup>5</sup>, que alterou o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, concedendo direitos a enteados, para uso e incorporação a seus registros civis, do patronímico dos padrastos, com renúncia expressa do patronímico genético/parental, em desrespeito às potencialidades daqueles que não exercem deveres/direitos de paternidade, por desconhecê-la.

Não estaremos dissertando sobre a defesa do direito do pai à ascendência biológica, que legitima as demandas judiciais negatórias de paternidade, por parte do marido da mãe – presunção *pater is est* – que descobre não ser o pai biológico da criança concebida na constância do casamento, ou ainda erro ou falsidade no assento de nascimento, defenderemos o direito do pai biológico ao reconhecimento de sua condição, quando já reconhecida outra relação, fundamentada no afeto.

A rigor, o intuito é preencher lacuna jurídica ao direito de alguém inserir-se na qualificação de “*status de pai biológico*”, independentemente da existência de situações de fato que, não raro, moldam os vínculos sócio-afetivos já existentes.

---

<sup>4</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. Do direito do pai: sobre a paternidade no ordenamento jurídico. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.6, Jul.Set./2000.

<sup>5</sup> Lei n.º 11.924/2009<sup>5</sup> alterou o art. 57.

§ 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.

Adicionalmente, cabe mencionar que, no contexto da modernidade, não raro, as novas formações familiares resultam da maternidade através da reprodução assistida heteróloga, inclusive pelas solteiras, que, por escolha, optaram por um projeto maternal independente<sup>6</sup>, para num outro momento, definir quem será o pai afetivo da criança.

O estudo compreende igualmente aquelas situações problemáticas alusivas às famílias parentais, em que crianças e adolescentes convivem com novos parceiros da mãe, que assume a posição de pai no cotidiano das crianças, propiciando-lhe carinho, afeto, e educação em termos gerais, denegando a relação anteriormente existente.

Compreende ainda as situações atuais e reais de crianças assumidas por adultos por força de uma presunção legal, e a ela não dirige carinho, afeto e preceitos socioculturais definidores da sua personalidade, revelam a impossibilidade do exercício de uma paternidade naquele momento revelada, por ser imutável a relação anteriormente existente.

Em face do exposto, pretende-se nesta dissertação demonstrar os dois lados da moeda: o valor jurídico do afeto e o direito ao exercício da paternidade revelada e até então desconhecida.

A despeito da relevância do tema, o silêncio existente no sistema normativo nas hipóteses de revelação da paternidade, impõe a necessidade da realização de estudo exploratório que, mapeando os novos conflitos de ordem jurídica e o direito à descendência,<sup>7</sup> venha a permitir o desenvolvimento de critérios de solução dos conflitos, os quais serão apresentados ao longo desta dissertação.

Com o intuito de delimitar o foco da pesquisa, a presente investigação restringe-se ao estudo de fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais ao Direito ao Exercício da Paternidade daquele pai, que, por desconhecimento, deixou de conviver e, por conseqüência, de dedicar-se ao filho,

---

<sup>6</sup> BRITO, Laila Maria Torraca. *Paternidades Contestadas*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

<sup>7</sup> NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Paternidade e Coisa Julgada*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

e devido à existência de outra relação fundamentada no afeto, resta impedido desse exercício, por imposição de lei.

Tal impedimento da convivência ao pai biológico que, em face da revelação da existência do filho, deseja com ele conviver, porque deixou de fazê-lo por desconhecimento, constitui incontestável desrespeito ao princípio da dignidade humana.<sup>8</sup>

Nessa linha de pensamento, o estudo visa a contribuir para a busca de soluções alicerçadas em princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, reconhecendo a relação paternal focada nos laços de amor, solidariedade e respeito mútuo, sem, contudo, negar o direito do pai biológico, fundamentando-se nos mesmos argumentos da afetiva, uma vez que a revelação tardia da existência do vínculo genético não pode deixar de ser considerada por respeito a vínculo afetivo existente.

A Dissertação está organizada em quatro capítulos. Num primeiro momento, focalizam-se as relações afetivas nas formações familiares, pontuando o reconhecimento do afeto como valor jurídico, fazendo breve análise dos critérios delimitadores da paternidade, apontando para a variedade de fatores atuais que não permitem fixar um modelo familiar uniforme, demonstrando os novos movimentos que constituem as relações sociais modernas, considerando os critérios jurídicos da filiação biológica e afetiva.

No segundo capítulo, aborda-se o reconhecimento do afeto como valor jurídico, iniciando pela ideologia do afeto, desde o Código Civil de 1916, até os dias atuais, abordando inclusive a evolução das três perspectivas do exercício da paternidade: tradicional, moderna e emergente<sup>9</sup>, finalizando com uma explanação do reconhecimento do afeto, em detrimento da paternidade biológica e o cuidado como valor jurídico.

No terceiro capítulo, são contemplados os critérios determinantes do vínculo filial X paternal, passando pelos critérios jurídicos, biológicos e sócio afetivos

---

<sup>8</sup> ALMEIDA, Maria Christina. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. *RTCD*. V.17. Jan.Mar./ 2004.

<sup>9</sup> COLCERANI, Cláudia Borges; SOUZA, Fernanda B. C. *Adolescentes cuja paternidade não foi reconhecida por seus pais biológicos*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20Adolescentes%20cuja%20paternidade%20n%C3%A3o%20foi%20reconhecida%20por%20seus%20pais%20biol%C3%B3gicos%20O%20que%20eles%20pensam%20sobre%20maternidade%20e%20paternidade.pdf>> Acesso em: 05.09.2010



da filiação matrimonial e extra-matrimonial.<sup>10</sup>, finalizando com uma análise sociológica do poder da genitora no processo de conhecimento da origem biológica<sup>11</sup>, quando se destaca o papel social de quem detém a capacidade de garantir o desconhecimento da paternidade biológica da criança, ou revelar no momento da sua conveniência pessoal, sendo a mãe quem constrói/destrói as relação de afeto, tanto nos vínculos afetivo, como no biológico.

O quarto capítulo está reservado ao enfoque dos fatores sócios culturais que contribuem para a construção do direito da descendência e afeto do pai revelado em momento tardio, tanto nos aspectos jurídicos, como sociais,<sup>12</sup> tratando de conflitos jurídicos e emocionais, quando da revelação da origem, em concurso com a paternidade afetiva exercida e existente no registro do filho, passando pelo direito da verdade da filiação e conhecimento das origens.

Na conclusão serão apontados e ratificados os direitos direcionados a relação afetiva, sem entretanto deixar de serem reconhecidos os direitos da paternidade desconhecida e então revelada, face ao vínculo biológico existente, a quem deverá ser direcionado o direito ao exercício da paternidade, para nutrir por seu filho o amor verdadeiro através do direcionando de valores pessoais para contribuição na formação da sua personalidade.

---

<sup>10</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *A Ética da Convivência Familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

<sup>11</sup> JULIEN, Philippe. *A Feminilidade Velada*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud Editora, 1997.

## 1 CRITÉRIOS DELIMITADORES DA PATERNIDADE

### 1.1 A EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DA FAMÍLIA

O presente capítulo busca apontar temas que envolvem a dinâmica social através da análise da evolução da família, ainda que esta tarefa seja complexa, por ser uma instituição em constante alteração, cujas características, responsabilidades e valores tendem a ser definidos em função do tempo e do lugar.

É de fácil constatação que esta desempenha papel fundamental no desenvolvimento e manutenção da saúde e no equilíbrio emocional de seus membros, a qual deve ser historicamente compreendida de acordo com suas especificidades, devendo ser feita uma reflexão sobre seu conceito meramente subjetivo, uma vez que este depende entre outros, do contexto social e político ao qual esteja inserido.

A Constituição da República de 1988<sup>13</sup> veio destacar um marco histórico na evolução do seu conceito, ao reconhecer como traço dominante da sua evolução que ela se constitui na afeição mútua e não mais num conceito de organização, hierarquização patriarcal e matrimonializado, como preceituava o Código Civil de 1916.

O Constituinte em 1988, visando acompanhar a evolução do conceito de família existente na sociedade, buscou não mais reconhecer as tradições conservadoras e patrimoniais advindas do C.C de 1916, fazendo assim uma nova leitura da entidade, fundamentada na igualdade de forma a promover o desenvolvimento da dignidade de seus membros, construindo uma nova entidade, fundada no afeto e na ética, reconhecendo estas, as vigas de sustentação do direito de família moderno.

---

<sup>13</sup> Artigo 226 – CR/1988

Nossa Carta Magna, considerada cidadã, instaurou os preceitos de igualdade e liberdade, sobrelevando o princípio da dignidade da pessoa humana, que vem a ser a mola propulsora do nosso ordenamento jurídico, e seguindo essa linha de raciocínio, e visando acompanhar a evolução do conceito já existente na sociedade, buscou não mais reconhecer as tradições conservadoras e patrimoniais advindas do C.C de 1916, fazendo assim uma nova leitura fundamentada na igualdade, de forma a promover o desenvolvimento da dignidade de seus membros, construindo uma nova entidade, fundada no afeto e na ética, reconhecendo nestas, as vigas de sustentação do direito de família moderno. A partir daí, a nova visão começa a ser composta por um novo cenário, enfatizando os laços afetivos de carinho e de amor, sendo então constatado na nova estrutura jurídica, o desaparecimento da cláusula de exclusão, anteriormente constituída pelo casamento.

A mudança do texto constitucional,<sup>14</sup> trouxe um conceito amplo de família, não determinando tipos específicos, apontando somente uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível portanto desconsiderar qualquer entidade que satisfaça os requisitos de afetividade, ostensibilidade e estabilidade, além de outros reconhecimentos, a exemplo da união estável, da monoparentalidade, da igualdade entre os filhos (biológicos ou não), dissolução do casamento como prova de que apenas a afetividade e não a lei mantém unidas essas entidades familiares, denotam que a afetividade é uma construção cultural e que nada se assemelha à visão monolítica da legislação infraconstitucional de 1916.

---

<sup>14</sup> CR/1988 – art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

A incorporação da afetividade de forma implícita ao nosso ordenamento jurídico, resultou na constituição de uma sensível modificação do conceito, ao reconhecer que o afeto é o elemento constitutivo dos vínculos familiares. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a solidariedade social ensejam o reconhecimento do afeto como o modo mais plausível para a definição de família, ainda que não conste de forma explícita na Carta Magna, a palavra afeto, ainda assim está incorporada ao ordenamento jurídico nacional.

Mas, podemos ainda apontar como conceito, ser uma unidade de pessoas em interação, um sistema semi-aberto, com uma história natural composta por vários estágios, sendo que a cada um deles correspondem tarefas específicas por dela fazer parte<sup>15</sup>. E, a partir das suas diversas concepções aliada a nossa própria vivência, a entendemos como um sistema inserido numa diversidade de contextos e constituído por pessoas que compartilham sentimentos e valores formando laços de interesse, solidariedade e reciprocidade, com especificidade e funcionamento próprios.<sup>16</sup>

Os conceitos podem ser diversos, mas um ponto comum é que a união dos seus membros, com ou sem laços consangüíneos, se dá a partir da intimidade, do respeito mútuo, da amizade, da troca e do enriquecimento conjunto, e na atualidade, elas se distinguem pela ênfase que dão ao processo de individualização, e o elemento central desse grupo passa a ser os membros que a compõe e não mais a reunião desse grupo.

Significativas mudanças ocorreram na sociedade brasileira, resultando em transformá-la numa sociedade de bases industriais, assimilando

---

<sup>15</sup>: ELSEN, I; MARCON, S. S.; SANTOS, M. R. dos (Orgs.). O viver em família e a sua interface com a saúde e a doença. Maringá: Eduem, 2002, p.11-24.

<sup>16</sup> Simionato, Marlene Aparecida Wischral, Oliveira, Raquel Gusmão- Funções E Transformações Da Família Ao Longo Da História  
< [http://www.din.uem.br/~ulpeneto/outros/abppprnorte%20\(teste\)/pdf/a07Simionato03.pdf](http://www.din.uem.br/~ulpeneto/outros/abppprnorte%20(teste)/pdf/a07Simionato03.pdf)>  
Consultado em 11.11.2010

mobilidade social, geográfica e cultural, alterando o modelo tradicional anteriormente vigente de uma sociedade rural com predominância da família patriarcal, aliada aos diversos fatores de multiplicidade e variedade que dificultam a fixação de um modelo uniforme: relaciona-se dialeticamente com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo.

Como bem analisou Michele Perrot<sup>17</sup>, “A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”, “deixando antever a variabilidade histórica da feição da família”<sup>18</sup>, sendo este também o entendimento de Luiz Edson Fachin<sup>19</sup>, quando descreve textualmente: “(...) como realidade sociológica, apresenta na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana, até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”.

No Brasil sofreu influências do direito canônico,<sup>20</sup> germânico e ainda da romano, para quem seu conceito independia da consangüinidade, sendo definida como conjunto de pessoas sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O *pater familias* exercia autoridade sobre todos os descendentes não emancipados, esposa e sobre as mulheres casadas e seus respectivos descendentes.<sup>21</sup>

O século XX foi cenário de grandes transformações na sua estrutura, e hoje, ainda observamos algumas marcas deixadas pela suas origens. Da romana, por exemplo, temos a autoridade do seu chefe, onde a submissão da

---

<sup>17</sup> PERROT, Michele. “O nó e o ninho”, *Veja 25: reflexões para o futuro*, São Paulo: Abril, 1993 <http://xoomer.virgilio.it/direitosp/ninho.htm> Acesso em 02.07.2010

<sup>18</sup> BILAC, Elisabete Dória. “Família: algumas inquietações”, In CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*, São Paulo: Cortez, 2000.

<sup>19</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de Direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.11.

<sup>20</sup> Para os canonistas, o casamento não era apenas um contrato, ou acordo de vontade, mas, acima de tudo, um sacramento e não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus. Por óbvio, eram contrários ao divórcio. O Mesmo entendimento existe no Evangelho de São Mateus 19:6. WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 15.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 2.

<sup>21</sup> O papel da mulher na sociedade começou a mudar a partir da Revolução Francesa (1789), quando as mulheres passaram atuar de forma significativa na sociedade. Exploração e limitação de direitos marcaram essa participação feminina e aos poucos foram surgindo movimentos pela melhoria das condições de vida e trabalho, a participação política, o fim da prostituição, o acesso à instrução e a igualdade de direitos entre os sexos. WALD, Arnoldo. *Op.cit.*, 2004, p. 2.

esposa e dos filhos ao pai confere ao homem o papel de chefe. Da medieval perpetua-se o caráter sacramental do casamento originado no século XVI. Da cultura portuguesa, temos a solidariedade, o sentimento de sensível ligação afetiva, abnegação e desprendimento.<sup>22</sup>

Com o passar dos séculos, os rígidos conceitos trazidos do modelo greco-romano e do catolicismo medieval deixaram de ser absolutos e deram lugar a entendimentos sociais mais liberais baseados nos ideais da Revolução Francesa<sup>23</sup>, Industrial<sup>24</sup> e Sexual dos anos 60. Posteriormente, o patriarcalismo ocidental vê suas estruturas se balançarem, principalmente após as revoluções modernas e a vitória do livre pensar nos países democráticos.<sup>25</sup>

Em todo o mundo, o conceito de família nuclear e a instituição casamento, passaram por transformações, e a expressão mais marcante dessas transformações ocorreu no final da década de 60, com o aumento do número de separações e divórcios, resultando na perda da força da religião que ainda segurava casamentos com relações insatisfatórias, passando a igualdade entre o casal a ser pressuposto em muitas relações matrimoniais.

A partir daí, surgem inúmeras organizações alternativas: casamentos sucessivos com parceiros distintos e filhos de diferentes uniões; casais homossexuais adotando filhos legalmente; casais com filhos ou parceiros isolados ou mesmo cada um vivendo com uma das famílias de origem; as chamadas “produções independentes” tornam-se mais freqüentes; e mais ultimamente, duplas de mães solteiras ou já separadas compartilham a criação de seus filhos.

---

<sup>22</sup> RIGONATTI, S. P. et al. Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica. São Paulo: Vetor Editora Psico-Pedagógica, 2003

<sup>23</sup> O papel da mulher na sociedade começou a mudar a partir da Revolução Francesa (1789), quando as mulheres passaram atuar de forma significativa na sociedade. Exploração e limitação de direitos marcaram essa participação feminina e aos poucos foram surgindo movimentos pela melhoria das condições de vida e trabalho, a participação política, o fim da prostituição, o acesso à instrução e a igualdade de direitos entre os sexos.

<sup>24</sup> Na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Industrial a absorção do trabalho feminino pelas indústrias, como forma de baratear os salários, inseriu definitivamente a mulher na produção.

<sup>25</sup> FIUZA, César. *Op.cit.*, 2003.

Em momento anterior ao ano de 1916, o Brasil respaldou os ditames do Direito Canônico referentes à habilitação para o casamento, aos impedimentos dirimentes e impedientes, às nulidades e anulabilidades, considerando o casamento indissolúvel<sup>26</sup>, enquanto a proclamação da República trouxe consigo a desvinculação da Igreja em relação ao Estado<sup>27</sup>, somente reconhecendo o casamento civil, e, na esteira do pensamento de Rui Barbosa, aboliu-se a jurisdição da igreja, passando a considerar válido o casamento realizado perante a autoridade civil.<sup>28</sup>

Leis posteriores deram ênfase ao círculo social da família em relação ao de nação. Daí em diante, esta passou a ter maior atenção do Estado, através das definições de guarda dos filhos menores<sup>29</sup>, previdência social<sup>30</sup> e proteção do filho natural<sup>31</sup>.

Durante a vigência do antigo Código Civil, a formação da família estava lastreada no entendimento de sentimentos de dominação (externo e produtor) e submissão (interno e reprodutor), contudo a sociedade sofreu mutações radicais, alterando de forma radical seus concepções arcaicas, passando pelo direito de desquite, divórcio, e a revolução industrial com a inserção massiva da mulher no mercado de trabalho, sem contudo jamais retirar a autoridade paterna, cujos laços de amor e afeto estão mais sólidos, contudo mais inexistentes, deixando o casamento de ser o marco identificador da existência de uma família, passando então a ser entendido como sinalizador do estado civil das pessoas.

Desde tempos primitivos, que em busca da felicidade, da perpetuação da espécie ou para afastar o risco de solidão, o homem procurou acasalar-se. A necessidade de dois para encontrar a felicidade, associado à

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p.21.

<sup>27</sup> Art. 72§4º da Primeira Constituição da República.

<sup>28</sup> Decreto lei n. 181 de 24.01.1890.

<sup>29</sup> Decreto Lei 9701 de 03.09.1846.

<sup>30</sup> Decreto Lei 7485 de 23.04.1945 – prova do casamento para fins da previdência.

<sup>31</sup> Lei 883 de 21.10.1949. – Reconhecimento e investigação de paternidade do filho adulterino após dissolvida a sociedade conjugal.

intervenção do Estado, levou à instituição do casamento, como organização social juridicamente reconhecendo formalmente seus vínculos interpessoais, assumindo nova feição no mundo contemporâneo, deixando de restringir-se ao caráter natural da sua formação.

Com as novidades tecnológicas, científicas e culturais, a sociedade contemporânea a reconhece como organização fundamental para construção individual da felicidade, e, nesse contexto, outros arranjos, a exemplo de produção independente, companheiros do mesmo sexo, assumem a função tradicionalmente destinada à família; ou seja de transmitir conhecimento, cultura, afeto, enfim valor que contribuirão para formação de pessoa digna.<sup>32</sup>

Os avanços sociais e culturais propiciaram, por exemplo, reconhecimento de isonomia plena entre homens e mulheres,<sup>33</sup> as quais deixaram de submeter-se às vontades masculinas, desfrutando de direitos e proteções igualitárias, em clara demonstração da superação do caráter patriarcal, na formação e desenvolvimento dessa instituição social.

O ano de 1988 trouxe grandes inovações ao ordenamento jurídico nacional, passando a considerar a união estável como unidade familiar entre homem e mulher ou entre qualquer um dos pais e seus descendentes, implantando um novo conceito a, deixando o casamento de ser a única fonte formadora da família, passando a dividir esse status com outros institutos, surgindo então novas discussões doutrinárias e legislativas, a exemplo da união estável e monoparentalidade.

No novo conceito o Estado reconhece como entidade familiar, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou ainda pela união estável entre homem e mulher<sup>34</sup>. Podemos concluir que esta formação advém de uma organização cultural, porque não se constitui apenas por homem mulher e

---

<sup>32</sup> FIUZA, César. *Op.cit.*, 2003, p.12.

<sup>33</sup> Art, 5º Constituição de 1988 - "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações." E art. 226 – "direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>34</sup> CR/88 - Art. 226.



filhos, e auto-sustentável, por ser uma estruturação psíquica, cada um dos seus membros ocupa um lugar, sem necessariamente estarem ligados biologicamente.

Esse reconhecimento constitucional das novas formações familiares, resultou na existência de novas relações de parentesco, e em defesa dos filhos advindos dessas novas relações, é que a Constituição de 1988 impediu a existência da discriminação entre filhos, que serão sempre filhos, independentemente da formação familiar. E o impedimento dessa discriminação está inserido no artigo 227 da Constituição de 1988,<sup>35</sup> quando o legislador considera que serão todos iguais perante a lei, resultando assim na existência de formas de determinação da filiação.

O estado ao reconhecer as novas formações fundamentadas na afetividade, o legislador concedeu ao pai afetivo status definitivo a ela concedendo valor jurídico, e nesse momento deixou de considerar a existência de uma formação paterna biológico desconhecida e não revelada, que deixa de ser reconhecida e defendida face a defesa da existência do aspecto afetivo, sempre considerando como justificava para esse reconhecimento a falta de afeto do biológico, contudo isso não se aplica a revelada, porque até então desconhecida.

## 1.2 A FILIAÇÃO

A mais relevante relação de parentesco no ordenamento jurídico é a que estabelece entre pai/mãe e filho<sup>36</sup>, vez que, dessa relação deriva a constituição da família; ou seja, é o espaço social onde a pessoa humana nasce, mantém as primeiras relações com outras pessoas<sup>37</sup>, para desenvolver sua potencialidade, visando à formação da sua personalidade, sendo a filiação um dos mecanismos de formação de núcleos familiares, através da qual inicia-se o processo de construção da personalidade humana.

---

<sup>35</sup> “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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

<sup>36</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p.475.

<sup>37</sup> Irmãos, tios, avô, avó, primos, cunhados etc.

Para Maria Berenice Dias<sup>38</sup>, parentesco não se confunde com família, ainda que tal relação seja decorrente da consangüinidade, sendo certo que na idéia de família está contido o parentesco mais importante, que vem a ser a filiação, enquanto os cônjuges e os companheiros constituem e são parte da família, apesar de que, entre eles não existe parentesco.<sup>39</sup>

Além de vínculo natural, o parentesco é vínculo jurídico, já que, como estabelecido por lei, assegura direitos e impõe deveres recíprocos, cujos elos não se constituem, nem se desfazem por ato de vontade, mas por imposição legal, cujos reflexos dependem do grau de intensidade da solidariedade familiar.

Clovis Beviláqua<sup>40</sup> define o parentesco como “ a relação que vincula entre si as pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral.” Enquanto que para Silvio Rodrigues, consoante os artigos 1591 e 1592 do Código Civil de 2002, o parentesco seria melhor definido como a vinculação entre pessoas que descendem umas das outras, ou que descendem de um mesmo tronco.<sup>41</sup>

Para Washington de Barros Monteiro,<sup>42</sup> com o novo código civil, o parentesco não se restringe às relações de consangüinidade e de adoção, alcançando novo tipo, baseado também nos avanços biotecnológicos, que alcançam a reprodução humana artificial ou assistida. Buscando melhor exemplificar, aponta o artigo 1593<sup>43</sup> cuja expressão “outra origem”, dispõe sobre o reconhecimento da paternidade desbiologizada, ou sócioafetiva, a qual ainda que não se baseie em laços de sangue, traz a lume laços de afetividade, reconhecidamente mais importantes para doutrinadores e legisladores, que o vínculo consangüíneo.

Sob o ponto de vista técnico-jurídico, filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta

---

<sup>38</sup> DIAS, Maria B. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.310.

<sup>39</sup> *Ibidem*. Pg. 313

<sup>40</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. v.6. São Paulo: Saraiva, 2007, p.289.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito de Família*. v.2. Atualizado por SILVA, Regina B. T.da. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>43</sup> O artigo 1593 do Código Civil estabelece que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal.<sup>44</sup>

No entendimento de Cristiano Chaves de Farias<sup>45</sup> a filiação é uma relação jurídica multifacetária, por envolver, ao mesmo tempo, três perspectivas diversas: a filiação considerada pela ótica do filho; ou seja filiação propriamente dita, pela ótica do pai, denominada paternidade e pela perspectiva da mãe, que abarca a maternidade.

Ainda que por vedação constitucional não seja mais possível tratamento discriminatório em relação aos filhos, o Código Civil de 2002 trata em capítulos diversos os filhos havidos na constância do casamento<sup>46</sup> e os havidos fora do casamento.<sup>47</sup> Entretanto para Luiz Edson Fachin<sup>48</sup>: “Como a Constituição manteve o casamento como fonte da família, desaparece a designação discriminatória, mas permanece a distinção.” Entendendo que permaneceu<sup>49</sup>, um “resíduo diferenciador”, contudo não gera ofensa ao princípio da igualdade, porque distinguir não significa discriminar

Para a biologia,<sup>50</sup> genitor é unicamente quem, em uma relação sexual, fecunda uma mulher que, levando a gestação a termo, dá a luz a um filho”, enquanto que, para o direito, o genitor não será necessariamente o pai, já que de acordo com a presunção relativa decorrente do casamento, pai é o marido da mãe. Assim, com a celebração do casamento, a prova da paternidade ou maternidade é pré-constituída, já que o documento de certidão comprova a convivência; contudo a filiação, ainda assim será presumida, uma vez que ter nascido de mãe casada, não impõe maternidade, nem paternidade biológica face às possibilidades derivadas das reproduções assistidas heterólogas, e ainda relações sexuais extraconjugais da mulher.

---

<sup>44</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2009, p.476.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> CC. Art.1596 a 1606

<sup>47</sup> CC. Art. 1607 a 1617

<sup>48</sup> <sup>48</sup> FACHIN, Luiz E. *Direito de Família*. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.225.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> DIAS, Maria B. *Op.cit.*, 2003, p.366.

Essa presunção de paternidade na constância do casamento não foi dirigida pelo legislador à união estável, a qual necessita de prova para ser reconhecida, através de sentença judicial ou por outra forma de indicação da convivência do casal, a exemplo de certificação da existência de casamento religioso, ou registro de declaração de convivência, sob pena de ser obrigatória a presença do casal para registrar a criança.

Essas premissas indicam que a presunção *pater est* só existe no casamento, resultando em ter o legislador imposto aos conviventes somente o direito de lealdade e não de fidelidade, como aponta o artigo 1724<sup>51</sup> do Código Civil de 2002. A lei admite paternidade presumida; contudo ao considerar pai quem está casado com a pessoa que deu à luz uma criança, não se está presumindo o estado de filiação, e sim ratificando como absoluta a fidelidade da esposa ao marido, em clara demonstração de que a regra *pater est* fundamenta-se no dever de fidelidade da mulher<sup>52</sup> e não na sua fidelidade de fato; assim, presumida a fidelidade, a paternidade é certa.

Ainda hoje, com a existência de tecnologias modernas que permitem com exatidão a identificação da verdade biológica através do DNA, na filiação matrimonial, não será aceitável, que a definição da paternidade esteja fundamentada em mera presunção.

Contudo, como a paternidade presumida, nem sempre decorre da união sexual do casal, está também presente na inseminação artificial homóloga<sup>53</sup> (artigo 1.597, III)<sup>54</sup>, ou heteróloga,<sup>55</sup> desde que tenha havido autorização do marido

---

<sup>51</sup> “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

<sup>52</sup> A justificativa histórica para esta certeza estava na obrigação da mulher casar virgem, não poder trabalhar e está obrigada a ficar no lar cuidando do marido a quem devia respeito e obediência, por conseguinte seus filhos só podiam ser filhos do marido. (DIAS, Maria B. *Op.cit.*, 2003, p.329).

<sup>53</sup> São presumidos como tendo sido concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, e ainda que se trate de embriões excedentários. CC 1597 III e IV.

<sup>54</sup> Código Civil Brasileiro de 2002.

<sup>55</sup> É ficta a filiação nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido. (CC1597 V).

(artigo 1.597, IV), <sup>56</sup>ou de fertilização *in vitro* ou na proveta (artigo 1.597)<sup>57</sup>, ou ainda através de uma escolha, por afeto.

A classificação existente no Código Civil de 1916, ainda que não recepcionada pela Constituição da República de 1988 dividia os filhos em: legítimos, filhos legitimados, filhos ilegítimos sendo estes ainda sob a égide daquele código, indicados como naturais<sup>58</sup> (adulterinos) e espúrios<sup>59</sup> (incestuosos)<sup>60</sup>

Seriam filhos *legítimos* somente aqueles concebidos na constância do casamento de seus pais, ainda que anulado ou nulo, se houvesse sido contraído de boa fé.<sup>61</sup> Após a Constituição de 1988, não há mais diferença entre filhos legítimos ou ilegítimos, nascidos ou não na constância da sociedade conjugal e os adotivos, vez que todos são portadores dos mesmos direitos e qualificações, sem quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O novo Código Civil recepcionou as alterações da Carta Magna da República de 1988, mantendo a classificação da filiação; entretanto com novo formato, face ao casamento ainda ter sido considerado como relevante para a distinção entre filhos havidos durante o vínculo e fora dele. O casamento foi mantido na Constituição de 88, como explicitado no artigo 226 § 1º ao 3º e 5º e 6º, que preservam a cultura nacional de que o casamento ainda constitui alicerce à constituição e representação da família nacional.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> DIAS, Maria B. *Op.cit.*, 2003.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Naturais, se descenderem de pais entre os quais não havia nenhum impedimento matrimonial no momento em que foram concebidos.

<sup>59</sup> Espúrios, se oriundos da união de homem e mulher entre os quais havia, por ocasião da concepção, impedimento matrimonial e casamento anterior, resultando de um adultério. O filho adulterino pode resultar de duplo adultério, ou seja, de adulterinidade bilateral, se descender de homem casado e mulher casada; ou, ainda, de adulterinidade unilateral, se gerado por homem casado e mulher livre ou solteira, caso em que é adulterino *a patre*, ou por homem livre ou solteiro e mulher casada, sendo, então, adulterino *a matre*; os provenientes de genitor separado não são adulterinos, mas simplesmente naturais.

<sup>60</sup> os incestuosos, nascidos de homem e de mulher que, ante parentesco natural, civil ou afim, não podiam convolar núpcias à época de sua concepção

<sup>61</sup> GAMA, Guilherme Calmon Teixeira da. *A Nova Filiação. O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.468.

<sup>62</sup> FACHIN, Luiz E. – Teoria Crítica do Direito Civil – Rio de Janeiro. São Paulo. RENOVAR - 2000. “Em interessante análise a respeito do princípio da igualdade no âmbito das relações familiares, Luis Edson Fachin observa: é evidente que se tem na existência de filhos matrimoniais e extramatrimoniais uma distinção que não é reputada uma afronta ao princípio da igualdade. A igualdade material sugere o reconhecimento das diferenças”.

Face do exposto, identifica-se diferenças razoáveis entre a família matrimonial e a família extra matrimonial, através dos deveres matrimoniais recíprocos de fidelidade e coabitação. Cumpre ressaltar que o tratamento jurídico diferenciado do casamento, em detrimento de outras modalidades de constituição de família, resulta ainda na classificação dos filhos matrimoniais- aqueles havidos durante a constância do casamento e extra matrimoniais. – os havidos fora do casamento.

A Lei 8560/92 <sup>63</sup>reconhece, no artigo 1º I a IV<sup>64</sup>, que os filhos havidos no casamento prosseguem recebendo tratamento diferenciado na definição da paternidade, ao apontar os filhos havidos no casamento e aqueles havidos fora do casamento.<sup>65</sup> regulando naquele instituto a forma de legitimação da paternidade daqueles havidos fora do casamento, através do exame de DNA.

Independentemente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa e supõe que o marido da mãe seja o pai de seus filhos, representado desde os primórdios pela expressão latina: *pater is est quem nuptiae demonstrant*<sup>66</sup>, associado a outra que seria *mater semper certa est*<sup>67</sup>, em clara demonstração da preservação do casamento para a presunção da paternidade, estando então estabelecido o primeiro critério de determinação da filiação; ou seja o critério jurídico-legal.

---

<sup>63</sup> “Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.”

<sup>64</sup> Lei 8560/92 Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

<sup>65</sup> PEREIRA, Sergio Gischkow. A Igualdade Jurídica na Filiação Biológica em face do novo sistema de direito de família no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999 – “a única classificação possível entre filhos biológicos seria aquela que considerasse uma diferença que, lamentavelmente, permanece: a diferença entre os havidos no casamento e os nascidos fora do casamento. Esta distinção é inafastável, pelos menos enquanto não for abolido o casamento.

<sup>66</sup> Tradução: pai é aquele quem as núpcias demonstram.

<sup>67</sup> A mãe é sempre certa.

No âmbito da filiação matrimonial, a presunção de paternidade, segundo Cristiano Chaves:<sup>68</sup>

É um verdadeiro exercício de lógica aplicada. Por considerar que as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como admitindo a exclusividade (decorrente da fidelidade existente entre elas) dessas conjunções carnis entre o casal, infere-se que o filho nascido de uma mulher casada na constância das núpcias, por presunção, é do seu marido.

### 1.2.1 Filiação matrimonial

A filiação matrimonial origina-se na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo (artigos 1.561 e 1.617 C. Civil 2002). Todavia, pode ocorrer que o filho seja concebido antes e nascido depois da celebração do casamento, sem que, por isso, deixe a filiação de ser matrimonial. – ou ainda, havida por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido de sua mãe, por inseminação artificial heteróloga, realizada com a anuência do marido de sua genitora e por fertilização *in vitro*, se era embrião excedentário, oriundo de concepção artificial homóloga (artigo 1.597, III a V).

Essa forma de filiação se estabelece por dois caminhos fundamentais: pelo reconhecimento ou pela incidência da presunção *pater is est, em que* a presunção de paternidade admite prova em contrário, prevista no artigo 1599 a 1601 do CC 2002, a exemplo da falta de coabitação.<sup>69</sup>

O estabelecimento da paternidade advinda do vínculo matrimonial decorre da presença de três fundamentos:<sup>70</sup>a) jurídico – presunção legal de paternidade do filho de sua esposa;b) biológico - o marido é genitor do filho de sua esposa, pois normalmente somente ele deve manter contato sexual com ela; c) afetivo – o marido se comporta como pai do filho de sua esposa, e recebe reciprocamente tratamento afetivo dele.

Assim, o vínculo resultante da filiação matrimonial se estabelece pelo fato jurídico do parto, cujo nascimento tenha havido com vida, em relação à

<sup>68</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2009, p.495.

<sup>69</sup> FACHIN, Luiz E. *Op.cit.*, 2003, p.227.

<sup>70</sup> GAMA, Guilherme. *Op.cit.*, 2003, p.467.

linha materna e a incidência de presunção legal em relação ao marido daquela que deu a luz a criança, resultando no princípio da indivisibilidade da filiação matrimonial. “A filiação matrimonial decorre de uma ficção jurídica: o pai sempre é o marido da mãe.”<sup>71</sup>

Trazendo essa reflexão para a atualidade, não se pode imaginar que caberá à lei definir quem é o pai e quem é a mãe, ao afirmar que a mãe é a indicada pelo parto e o pai é o marido dela, desconsiderando o mundo real, onde ocorrem gestação em útero alheio as chamadas “ Barriga de Aluguel” , ou ainda uma troca de bebês na maternidade, casos de infidelidade, e ainda de reprodução assistida<sup>72</sup> que colocam em cheque a tal presunção de paternidade de crianças nascidas na constância do casamento.

Como exemplo da reprodução assistida heteróloga, pode-se citar aquela autorizada pelo inciso V do artigo 1597, em que o legislador somente aponta a obrigatoriedade da anuência do marido de forma escrita, suficiente para que o filho presumido com material genético de terceiro, seja, por presunção legal, filho do marido que consentiu, esta anuência funciona como forma de reconhecimento prévio do filho<sup>73</sup> ou adoção antenatal.<sup>74</sup>

A presunção de paternidade na reprodução assistida heteróloga é exclusivamente baseada na verdade afetiva, reconhecida, ainda que com a certeza da inexistência da filiação biológica, deixando a verdade genética de ser pressuposto para a presunção da paternidade, porque nela o marido tem certeza absoluta de que não é o pai biológico e, ainda assim, promove a perfilhação<sup>75</sup>. E a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, afasta a presunção de paternidade. O mesmo não ocorre com o adultério, pois ainda que este seja confessado, não basta para ilidir tal presunção, e ainda que a mulher venha a confessar a prática de adultério quando da gestação da criança, sua

---

<sup>71</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op.cit.*, 2008, p.327.

<sup>72</sup> Reprodução assistida heteróloga – concepção com sêmen de terceiro. O Artigo 1597 – V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha autorização do marido.. Aquela com uso de sêmen de terceiro.

<sup>73</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2009, p. 507

<sup>74</sup> Expressão usada por DIAS, Maria Berenice. *Op.cit.*, 2008.

<sup>75</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Op.cit.*, 2007.



confissão não será motivo suficiente para excluir a paternidade presumida<sup>76</sup> em clara demonstração de conservadorismo e preconceito, em flagrante desrespeito ao direito daquele que, de fato e de direito, é o pai.

Estaria a lei impedindo busca da verdade real e reconhecimento de direitos daquele que quer ser o pai, exigindo o direito ao exercício da sua paternidade, até então desconhecida? Guilherme Calmon Teixeira da Gama, considera que o ingresso de novos critérios de classificação não cogitados até recentemente, com base no reconhecimento de outras origens da filiação.<sup>77</sup>

### **1.2.2 Filiação extramatrimonial**

A filiação extramatrimonial também se estabelece, em regra, pelo parto, no que concerne à definição da maternidade; contudo para tanto, depende de reconhecimento espontâneo ou judicial para a definição da paternidade.

No contexto da legitimação do Código Civil de 1916, preserva-se a relevância de distinguir os filhos extramatrimoniais cujos pais têm – ou não – impedimento para o casamento entre si, uma vez que a aplicação do princípio da matrimonialização somente será possível em relação àqueles cujos pais não sofram impedimento para o casamento, livres e desimpedidos para o mesmo, sendo esta diferença relevante somente como critério de reconhecimento, isto é, quando já reparado, ou reconhecido, não é possível apontar-se qualquer distinção, face à absoluta igualdade de direito entre os filhos, que independe da existência de vínculo entre os pais, resultando em que o filho da mulher casada presume-se de seu marido, o mesmo não se pode dizer da filiação fora do casamento, porque nesta não há presunção legal, para indicação da paternidade.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> C.civil artigo 1600 - Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

<sup>77</sup> “Também é interessante notar o ingresso de novos critérios de classificação não cogitados até pouco tempo atrás com base no reconhecimento de outras origens (que ensejam o estabelecimento da filiação, como os critérios de índole biológica, jurídico-legal e afetiva, e no aparecimento de técnicas científicas que permitem o acesso à reprodução humana em favor das pessoas – o que gera a distinção entre procriação carnal e procriação assistida.” (GAMA, Guilherme. *Op.cit.*, 2003, p.467).

<sup>78</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Op.cit.*, 2007.

Com relação à maternidade, até recentemente, não havia qualquer problema, em face das inequívocas figuras da gravidez e do parto. No entanto, com o avanço científico, principalmente pela chamada “barriga de aluguel” e reprodução assistida heteróloga, a questão da maternidade passou a ser alvo de indagações.

O reconhecimento é o recurso do qual se valem os filhos nascidos de relações não amparadas pelo casamento civil, haja vista que não possuem amparo da presunção legal de paternidade, antes do qual não existe sequer relação de parentesco entre pais e filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo orientação traçada pela Constituição Federal de 1988, firmou em seu art. 26, de modo inequívoco 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 qualquer outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”. Portanto, conclui-se que o direito brasileiro, atualmente, permite, de forma ampla e irrestrita, o reconhecimento de filhos, quer voluntário, quer judicial.

Os filhos nascidos fora do casamento necessitam do reconhecimento do seu vínculo pelos pais, que poderá ser exercido através de ato espontâneo, ou da intervenção judiciária.<sup>79</sup> Diferente da matrimonial que é uma mera presunção, até aqueles que são fruto de reprodução assistida heteróloga, possuem a condição de filho por definição legal, enquanto os nascidos fora do casamento, necessitam de reconhecimento. Silvio Venosa<sup>80</sup> reconhece que enquanto não houver reconhecimento, a filiação biológica é estranha ao direito. O ato de reconhecimento pode ser voluntário<sup>81</sup> ou espontâneo e o judicial ou coativo.

O reconhecimento voluntário da paternidade independe de prova da origem genética, trata-se de ato espontâneo, solene, público e incondicional e, como gera estado de filiação, não está sujeito a termo, nem a qualquer condição<sup>82</sup> sendo ainda irretratável (stricto sensu)<sup>83</sup> e indisponível; portanto, não admissível a

---

<sup>79</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2009. Ação de paternidade – Ação negatória de Paternidade – Ação Declaratória de Paternidade.

<sup>80</sup> VENOSA, Silvo. *Curso de Direito Civil*. V. 6. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

<sup>81</sup> Voluntário – Quando alguém, por meio de ato e manifestação solene e válida, declara que determinada pessoa é seu filho.

Judicial – decorrente de sentença na ação de investigação de paternidade, na qual se reconhece que determinada pessoa é progenitor da outra.

<sup>82</sup> C. Civil art. 1613.

<sup>83</sup> Gera conseqüências jurídicas previstas em lei.

possibilidade de arrependimento, e as modalidades de reconhecimento voluntário estão definidas no artigo 1º da Lei 8560/92<sup>84</sup>, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

A legitimidade para o reconhecimento é de ambos os pais, quando casados ou solteiro, ou de apenas um, quando casado com apresentação da certidão de casamento. Quando em união estável, havendo prova da vigência da união quando da concepção, o declarante poderá fazer o registro também em nome de outro.<sup>85</sup>

Segundo preceitua o artigo 1604 do C. Civil<sup>86</sup> ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando erro ou falsidade do registro; contudo serão preservadas as relações sócio-afetivas, e em não sendo obtido o reconhecimento voluntário do filho, o mesmo poderá buscar o reconhecimento de sua condição forçosamente, através de ação investigatória, dirigida ao suposto genitor ou aos seus herdeiros.

Luiz Edson Fachin<sup>87</sup> entende ser procedimento oficioso e paradoxalmente oficial, embora não provoque os mesmos efeitos da investigação de paternidade. É um procedimento de jurisdição voluntária ou graciosa, perante o juízo de vara de família, destinados somente aos filhos menores com a maternidade estabelecida, por iniciativa da mãe no Ofício de Registro Civil, indicando o suposto pai. O oficial, após informações de praxe, encaminha ao juiz que determina a notificação, cabendo ao suposto pai após notificado: - receber a notificação e comparecer para negar a paternidade; - receber e comparecer para assumir que é pai (assunção da paternidade); - receber a notificação e não comparecer. O silêncio não resulta na presunção da paternidade.

---

<sup>84</sup> Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém

<sup>85</sup> DIAS, Maria B. *Op.cit.*, 2008, p.345.

<sup>86</sup> Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

<sup>87</sup> FACHIN, Luiz E. *Direito de Família*. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

### 1.3 O CRITÉRIO BIOLÓGICO NA DELIMITAÇÃO DA FILIAÇÃO

Pelo critério biológico, o único pai que existe é aquele que, por meio de uma relação sexual, fecunda uma mulher, sendo que esta, ao levar a gestação à termo, dará à luz um filho<sup>88</sup>.

No direito, a verdade biológica converteu-se em verdade real devido a fatores históricos, religiosos e ideológicos, que eram o centro da concepção de família patriarcal e matrimonializada e também pela delimitação estabelecida pelo requisito da legitimidade. Só para lembrar, legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio, os demais eram considerados ilegítimos.<sup>89</sup>

Assim como a família, a biologia também sofreu alterações, e no ano de 1953<sup>90</sup> ela explicava ao mundo a estrutura molecular da célula de DNA, cuja descoberta foi de sumo valor para o círculo científico e também para o meio jurídico, principalmente no que diz respeito à investigação de paternidade, por duas razões: a credibilidade dos resultados e a simplicidade do exame.

A Constituição de 1988 conferiu destaque ao estatuto único da filiação, vedando qualquer discriminação entre os filhos, os quais passaram a merecer tratamento idêntico, e essa condição de igualdade entre os filhos resultou em impacto sobre o critério legal de determinação da filiação, incorporando também avanços derivados das pesquisas científicas, mais especialmente ao exame de D.N.A., através do qual é possível uma certeza científica quase absoluta<sup>91</sup> da determinação genética da filiação.

---

<sup>88</sup> DIAS, Maria Berenice. Direito de família: Investigando a Parentalidade. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 64-68, out./dez. 2004.

<sup>89</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4752>. Acesso em: 14 nov. 2010.

<sup>90</sup> Em 1953, Watson e Francis Crick publicaram artigo inédito cujo conteúdo restringia-se a explicar a estrutura molecular da célula de DNA. Em 1985, o inglês Alec Jeffreys descobriu que as seqüências de combinações químicas descobertas anteriormente eram únicas em cada indivíduo, sendo possível, portanto, haver a identificação de cada ser humano de acordo com a leitura da herança genética de cada indivíduo<sup>54</sup>.

<sup>91</sup> “Concluído o exame de DNA, com uma certeza do vínculo genético de 99,999% , não resta outra solução jurídica senão confirmar a sentença que declara a filiação, confirmando a condenação em alimentos.” (TJ?SP, Ac. 3ª Câm. Ap. 132.565-4/0, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 26.3.2001, in RBDfam 13:135)

Como é cediço, o DNA consegue, quase sem margem de erro, esclarecer a origem biológica discutida na filiação, determinando a paternidade. Cumpre recordar que a possibilidade de encontrar duas pessoas com a mesma impressão digital do DNA é de 1 em cada 30 bilhões, como a população da terra não chega a 20% deste número, é impossível haver coincidência.<sup>92</sup>

Sua descoberta é tão importante e sua verdade tão absoluta no mundo jurídico, que resultou na SÚMULA 301 do STJ, que assevera: em ação investigatória de paternidade, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz a presunção *júris tantum* de paternidade.” É certo que, se o suposto pai se recusar-se a fazer o exame, presume-se, ainda que de forma relativa, a paternidade que se pretende provar.

Nesse caso, a mera presunção relativa tem o condão de pôr fim à investigação de paternidade, podendo gerar vínculo de filiação que não tenha fundamento biológico. Deve-se indagar, portanto, sobre a finalidade de uma ação investigatória de paternidade, já que o único objetivo é dar um pai ao filho e não reconhecer, a partir de um vínculo biológico, a relação de filiação, entretanto, nos casos em que o exame de DNA é realizado e o resultado aponta o investigado como pai, a verdade genética, em regra, se sobrepõe à verdade fraterna, podendo desconsiderar um vínculo afetivo já consolidado.

Entretanto nem sempre a pessoa que gera se interessa pelo filho reconhecido biologicamente, muitos preferem nem ficar sabendo que geraram um filho, e o reconhecimento dessa verdade resulta em desprezo pela criança a deixando mais infeliz do que quando desconhecia seu pai biológico, é diante dessa situação que nasce o critério afetivo das relações concernentes à filiação.

Contudo esta dissertação defende o direito daquele que desconhecia a paternidade existente, e quando esta é revelada ele quer exercer seus direitos sobre o filho, principalmente o de convivência e aqueles resultantes do vínculo genético, contudo já está instalada a afetividade.

---

<sup>92</sup> BLIKSTEIN, Daniel. DNA, Paternidade e Filiação. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2008.

## 1.4 O CRITÉRIO AFETIVO

Estudos em diversos ramos do conhecimento, principalmente da psicanálise, reconhecem que a figura do pai é funcionalizada, decorrente de um papel construído cotidianamente e não alicerçado somente na carga genética<sup>93</sup> e num passado recente, a filiação afetiva tinha reconhecimento jurídico somente no âmbito da adoção<sup>94</sup> e na posse de estado de filho<sup>95</sup>.

Em virtude de novos paradigmas que estabelecem a formação familiar e os vínculos de parentalidade, conceitos que retratam melhor a realidade atual estabelecem nova espécie de paternidade (ou filiação) denominada paternidade social, paternidade socioafetiva ou posse do estado de filho.

Paternidade socioafetiva é um conceito jurídico que visa consagrar o princípio do melhor interesse do menor, estabelecendo a relação de paternidade, em decorrência da afetividade e convivência entre pai e filho e não apenas com base em critérios genéticos (biológicos), tendo como o maior exemplo da paternidade socioafetiva a adoção<sup>96</sup>, cujo vínculo decorrente da relação sócioafetiva<sup>97</sup> existente entre filho e pais ou entre filho e apenas um deles, tendo o sentimento existente entre eles como base fundamental exclusivamente o afeto<sup>98</sup>. Este também é o entendimento de Heloisa Helena Barboza, para quem: “ melhor pai

---

<sup>93</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2009, p.516.

<sup>94</sup> “O que determina a verdadeira filiação não é a descendência genética, e sim os laços de afeto que são construídos, em especial na adoção” (FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, 2003, p. 219)

<sup>95</sup> “a paternidade passou a ser vista como uma relação psicoafetiva, existente na convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas sobretudo afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial reveladores de uma convivência paterno-filial, que, por si só, é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade.” (BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: Posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livr. Do Advogado, 1999, p.53).

<sup>96</sup> BRAMBILLA, Leandro V. O que se entende por paternidade socioafetiva?. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2059074/o-que-se-entende-por-paternidade-socioafetivaleandro-vilela-brambilla>>. Acesso em: 03.07.2010.

<sup>97</sup> “a identidade genética não se confunde com a identidade de filiação, tecida na complexidade das relações afetivas que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da afetividade na filiação. Anais do II Congresso brasileiro de Direito de Família. A Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000).

<sup>98</sup> “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op.cit.*, 2000, p. 252)

ou melhor mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo.”<sup>99</sup>

A verdadeira paternidade e conseqüentemente filiação é a afetiva, que advém de uma vontade ou de um desejo, sendo decorrente ou não do fator biológico, entendimento encontrado em doutrinas alienígenas, sendo que no direito brasileiro, a fundamentação da definição tanto da paternidade, como da filiação afetiva, leva em consideração o melhor interesse da criança, visando sempre a resguardar a convivência familiar.

O essencial para a formação do indivíduo, visando torná-lo um sujeito capaz de viver socialmente, “é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe”,<sup>100</sup> ainda que com ele não tenha estabelecido um vínculo genético. No entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o tio, o avô, quem cria, quem lhe dá seu sobrenome, que reconhece legal ou ritualmente, quem fez a adoção, ou seja aquele que exerce a “função de pai”.<sup>101</sup>

Estando determinada a figura de pai para uma pessoa que não transmitiu os caracteres biológicos, está-se diante de uma paternidade sócio-afetiva, a qual possui proteção jurídica. Essa forma de filiação não busca fundamento no fator biológico, eis que está calcada num ato de vontade, exercido cotidianamente, tanto no tratamento, como na publicidade<sup>102</sup>, derrubando por terra a verdade biológica e as presunções jurídicas.

Uma convivência cotidiana, construída diuturnamente, e de forma bilateral: de pai para filho e de filho para pai, são atos conjuntos e contínuos, de demonstração de afeto e solidariedade, lastrados na confiança e respeito mútuos, em clara demonstração de que o fator decisivo para aquela relação está lastrado no afeto mútuo, direcionando o direito da paternidade aquele que assumiu a função de pai, tendo como um dos requisitos determinantes dessa sócio afetividade a

---

<sup>99</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Silva. *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

<sup>100</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalista*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> Conhecimento da sociedade local do estado de filho e estado de pai.

inexistência de vício de consentimento – erro ou dolo, assim o “homem que registra o filho como seu deve ter consciência de que se trata de filho alheio”<sup>103</sup>.

Outro requisito será que o pai trate o filho como seu,<sup>104</sup> como poderia tratar como seu um filho que lhe era desconhecido? E quando da revelação da sua existência estará existente a relação afetiva definidora do estado de filho, tendo como exemplo um homem apaixonado que registra como seu o filho de outro, casa-se com a mulher ou vive em união estável, criando e educando o filho alheio como se fosse seu. Quando ocorre a dissolução deste casamento ou da união estável em vida ou pela morte, aquele registro não se tornará falso, inexistindo a possibilidade de anulabilidade do registro por não ter havido erro de consentimento, e ali já está instalado o estado de filho.<sup>105</sup>

Esta posse de estado de filho constitui-se quando alguém assume seu papel em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais <sup>106</sup>, tendo ou não entre si vínculos biológicos, é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade.

Em nome da posse de estado de filho e face a existência do afeto nas relações entre pai e filho devidamente reconhecidas, não deve ser considerada como uma verdade absoluta e somente a ela ser concedido valor jurídico. Embora seja reconhecida a filiação advinda do afeto, não se pode colocar de lado a existência de um vínculo biológico nas relações de parentesco, e este vindo deve ser considerado quando da sua revelação.

]

---

<sup>103</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito de Família*. v.2. Atualizado por SILVA, Regina B. T.da. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p.294.

<sup>105</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Figueira Nogueira. *A Filiação que se constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p.85. “*Posse do Estado de Filho*” que vem a ser uma relação afetiva íntima e duradoura, onde o filho usa o patronímico do pai, e por ele é tratado como filho, no exercício dos seus deveres de pai, criando, amando, educando e o protegendo, e este exercício é notório e conhecido do público.”<sup>105</sup>

<sup>106</sup> Sobre o conceito de lugar, como importante contribuição da psicanálise, cf. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Família, Direitos Humanos, Psicanálise e inclusão social. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n. 16, p. 5-11, jan./mar. 2003, p. 8): “A partir de LACAN e LÉVI-STRAUSS, podemos dizer que **família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função**. Lugar de pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai e mãe, sem que seja o pai ou a mãe biológicos.”



O que constatamos é que toda fundamentação tanto jurídica como doutrinária, direcionada para o direito de haver uma paternidade reconhecida, ainda que exclusivamente afetiva, entretanto deve ser ponderado o direito a ter sua relação genética reconhecida, ainda até então desconhecida, sendo este o fator preponderante da falta de direcionamento de afeto, porque existem aqueles que não querem se pai e aqueles que desconhecem que é, deve ser aplicada a lei de forma diferenciada a depender da posição real e vigente, em nome do afeto não deve ser desconsiderado o aspecto genético.

## 2 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO

### 2.1 A IDEOLOGIA DO AFETO

Cônjuges, como o próprio nome diz, são os que se sentem conjugados por uma origem ou destino de vida em comum. Nessa conjugação de vidas, de forma íntima entre duas ou mais pessoas com vida em comum, que atua o afeto e quando existente resulta na definição de entidade familiar. Não estamos aqui dissertando sobre um afeto qualquer, a exemplo daquele existente entre pessoas amigas, ainda que forte e duradouro, e sim daquele resultante do convívio entre elas.

O que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar, é aquele sentimento que une duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, tornando-as cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, em alguns momentos gerando efeitos patrimoniais: moral ou econômico.

O afeto conjugal é que define a família, mas quando falamos em conjugação não nos referimos aquele resultante do binômio marido e mulher, e sim daquele que enlaça e comunica as pessoas, ainda que distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que a formam.<sup>107</sup>

Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, é o afeto quem conjuga, sendo dispensável a existência de marido x mulher, pai x mãe, uma vez que a família contemporânea é constituída só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe, e

---

<sup>107</sup> WATKINS, Frederick M. *A idade da ideologia: o pensamento político, de 1750 até o presente*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966. p. 9.

ainda que desaparecidos pai e mãe, a família continua existindo devido ao afeto existentes entre os outros entes que a compõe.

Para compreender a paternidade fundamentada no afeto, torna-se premente o entendimento de família afetiva, considerando os valores sociais, a ideologia que intensificou a noção de família na sociedade brasileira através do reconhecimento jurídico do afeto, mais especificamente, da paternidade, definida pelo afeto<sup>108</sup>. Contudo, no presente capítulo, trata-se também do reconhecimento da paternidade resultante do vínculo biológico; ou seja considerando-se a ligação genética.

Almeida Júnior,<sup>109</sup> já em 1940, reconhecia a “importância biológica, educativa e social do “pai”. Naqueles idos, o entendimento comum, era de que pesava “sobre ele a grave responsabilidade da constituição genética dos filhos que influi diretamente, por sua contribuição própria, como também indiretamente, pela escolha do componente feminino do casal.”

As palavras de A. Almeida Júnior,<sup>110</sup> que refletem o entendimento da sociedade da época, se mantêm atuais, ao vincular, através do exercício da paternidade, a responsabilidade do homem na história do país e na evolução da humanidade.

Cada homem é, pois, através das funções da paternidade, um co-responsável na história do seu país e na evolução da Humanidade. Co-responsável minúsculo, é verdade, se considerado isoladamente; mas poderoso e decisivo, quando encarado no conjunto total das sociedades distribuídas pelo tempo e pelo espaço.”<sup>111</sup>

No caso em tela, trata-se da paternidade biológica, alicerçada nos laços de sangue. É pertinente lembrar que, desde os primórdios da civilização, a família humana necessitou de um protetor masculino, passando pelo

---

<sup>108</sup> O termo afeto vem do latim ad (= para) e fectum (= feito), significando “feito um para o outro.

<sup>109</sup> ALMEIDA Júnior, A. *Paternidade Aspectos Bio-psicológico, Jurídico e Social*. Local: Companhia Editora Nacional, 1940, p.1.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p.2.

regime do matriarcado, quando o irmão da mulher desempenhava a função de protetor, passando para o patriarcado, quando tal função era exercida pelo próprio marido.<sup>112</sup>

O patriarcado prevaleceu, sob a premissa de que a família nascia e se desenvolvia em torno de um pai, em clara demonstração de que esta formação familiar resistiu por mais tempo do que aquela cujo protetor era o irmão.

113

No mundo contemporâneo, verificam-se significativas transformações na instituição familiar, havendo situações em que a autoridade paterna é questionada, exigindo reflexão sobre suas responsabilidades, que não é somente o de fornecedor do gameta na formação da criança, mas também aquele a quem se atribui a obrigação de cooperar na alimentação, proteção e educação da criança, sendo seu amor um dos pilares sobre o qual se busca sustentação para o instituto da família na vida contemporânea. A esse respeito, assevera Fernanda Otoni de Barros:

a autoridade normativa superior capaz de determinar a norma fundamental sempre foi, em analogia, aproximada da figura paterna. A autoridade imaginária sempre foi apresentada como uma metáfora do pai, seja Deus, o Estado [...] ou o próprio pai.<sup>114</sup>

Este também é o pensamento de Kelsen<sup>115</sup> e Bobbio,<sup>116</sup> quando apontam exemplos que traduzem a realidade familiar e comparam o ordenamento jurídico à estrutura do ordenamento familiar, sempre conferindo ao pai o poder normativo constituinte. Cumpre notar que é na infância que a criança se relaciona com a norma fundamental, por ser a obediência o imperativo das relações paternas, ao exemplo de: “Pergunte ao seu pai!”, “A última palavra é do seu pai!”

Na nossa cultura, tal noção de obediência é transmitida

---

<sup>112</sup> ALMEIDA Júnior, A. *Op.cit.*, 1940.

<sup>113</sup> *Ibidem.*

<sup>114</sup> BARROS, Fernanda O. de. Do direito ao pai: sobre a paternidade no ordenamento jurídico. *Revista Brasileira de Direito de família*, n.6, jul. set./2000.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p.10.

<sup>116</sup> *Ibidem.*

de pai para filho, através da convivência familiar, conjugando autoridade e amor, focados na sua figura, por meio do exercício da sua função no seio familiar.

Diante do exposto, o exercício da paternidade apresenta-se sob três perspectivas diferentes: tradicional, moderna e emergente<sup>117</sup>:

Tradicional – em que se confere relevo à figura do pai provedor, que representa o suporte financeiro, porém não se envolve emocionalmente com o filho; ou seja, não participa ativamente do desenvolvimento educacional e emocional dos filhos, limitando-se a exercer autoridade.

Moderna – que confere destaque à participação do pai no desenvolvimento moral, escolar e emocional dos filhos, contudo, preserva-se a figura materna na linha de frente da administração da vida doméstica e cuidados com a prole.

Emergente (atual), em que a maioria dos homens participa ativamente dos cuidados e criação dos seus filhos, quando não o fazem com exclusividade; em síntese, a tendência dominante é de participação igualitária com as mulheres.

Em relação à paternidade, o novo ordenamento jurídico brasileiro revolucionou os conceitos, ao dar valor jurídico às relações e definição da paternidade, fundamentada no afeto.

Dessa forma, é com sentido positivo e renovador que a ideologia do afeto surge e insurge contra a velha e superada ideologia da família patriarcal.

Uma das ideologias de maior impacto no mundo ocidental

---

<sup>117</sup> COLCERNIANI, Cláudia Borges; SOUZA, Fernanda B. C. Carlos de. *Adolescentes cuja paternidade não foi reconhecida por seus pais biológicos*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20%20Adolescentes%20cuja%20paternidade%20n%C3%A3o%20foi%20reconhecida%20por%20seus%20pais%20biol%C3%B3gicos%20O%20que%20eles%20pensam%20sobre%20maternidade%20e%20paternidade.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

é a da família patriarcal, herdada da cultura romana, que perdura até os dias atuais, mantendo-se mais forte até que o individualismo<sup>118</sup> (a ideologia do indivíduo) durante as revoluções liberais, na passagem da Idade Moderna para a Contemporânea, resultando no entendimento de que o elemento basilar da sociedade não é o indivíduo, mas a entidade familiar monogâmica, parental, patriarcal, patrimonial, isto é, a tradicional família romana, que veio a ser recepcionada pelo cristianismo medieval, que a reduziu à família nuclear, consagrando como família-modelo o pai, a mãe e o filho.

Com o patriarcalismo, iniciou-se a asfixia do afeto, resultando na era dos casamentos por conveniência, por motivos patrimoniais ou políticos, passando do primitivo casamento afetivo, para o institucional, com aspecto somente patrimonial, dando origem à ideologia da família parental, patriarcal, senhorial, patrimonial, definida como aquela formada por um pai e uma mãe com seus filhos sob o poder pátrio, alicerçada no patrimônio familiar, interpretado como base física para segurança econômica da família.

Resta claro que a família assim concebida e praticada acabou por revestir e mascarar interesses meramente patrimoniais, na prática, atuando em lugar das relações de afeto.

Essa ideologia tradicional da família – fulcro do direito estampado no Código Civil de 1916 – ainda sobreviveu na definição constitucional da família brasileira, mesmo após o advento do Código Civil de 2002, porque se encontram contemplados aqueles institutos no artigo 226 da Constituição da República. Para ilustrar, pode-se mencionar os parágrafos 3º e 4º que excluíram do conceito de família, a comunidade formada por irmãos sem pais – órfãos que tenham perdido pai e mãe, assim para a CR/88 no seu artigo 226, não é família.

Trata-se de absurdo, pois é fato notório que existe um sem-número de famílias assim formadas, em que, geralmente o irmão mais velho cumpre o papel de pai de família, exercendo de fato o antigo pátrio poder,

---

atualmente designado poder familiar. Esses núcleos convivem como famílias, porque conjugam de forma familiar as suas vidas. Em verdade vivem como cônjuges isto é: se sentem conjugados por uma origem ou destino de vida em comum, atuando assim o afeto.

Pode-se afirmar que o afeto é o sentimento que define uma família, porque conjuga e regula intimamente a convivência de duas ou mais pessoas para uma vida em comum. É o afeto que define a entidade familiar, mas não um afeto comum: trata-se de um afeto formado no seio de convivência contínua, respeito mútuo, que une vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja em sede moral, seja econômica. Este vem a ser o afeto familiar, que enlaça e comunica as pessoas que convivem em núcleo.

Face às transformações conceituais impostas pela modernidade, emergiu um conceito diferenciado de família, em sua vertente social e sociológica, o que resultou em reconhecimento jurídico da paternidade afetiva, sem considerar o direito do pai na paternidade desconhecida. Assim, “O Direito ampliou o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.”<sup>119</sup>

“A filiação sócio-afetiva corresponde à realidade que existe, e juridicizar a verdade aparente garante a estabilidade social.”<sup>120</sup>. A verdade por ser “aparente” não traduz a vida concreta das pessoas, devendo, portanto ser modificada, pois a aparência não pode e não deve prevalecer sobre o plano da existência.

## 2.2 AFETO CONJUGAL, FAMILIAR E PATERNAL.

Desde a infância, todo ser humano tem uma reserva afetiva, que o faz relacionar-se com outras pessoas. A troca de afeto é fundamental

---

<sup>119</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.103.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

na formação dos seres humanos como pessoas integrais: pessoas tratadas com afeto, respondem afetivamente. “O afeto é não fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue”<sup>121</sup>

O termo cônjuge remete ao binômio marido e mulher, que envolve conjugação de convívio, visando a constituir patrimônio moral (filhos) e patrimônio econômico; embora seja a espécie mais comum, não é a única forma de afeto familiar.

A relação de afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se vinculam, em virtude de origem comum ou em razão de um destino que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico.<sup>122</sup>

Este é o afeto que define a família: o *afeto conjugal*. Mais conveniente seria chamá-lo de *afeto familiar*, uma vez que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e mulher, impedindo e desaconselhando estendê-lo para além disso. Embora o afeto conjugal entre o homem e a mulher seja espécie mais relevante, não é a única espécie de afeto familiar.<sup>123</sup>

O vínculo de sangue tem papel secundário no que se refere ao afeto paternal. Como ressaltado, atualmente, métodos científicos avançados, determinam com precisão a paternidade biológica de uma criança, saneando o conflito e determinando quem de fato é o pai.

*A era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto*”, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não que se determina.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> LOBO, Paulo L Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: Uma distinção necessária. *Revista de Direito de Família*, n.19, Porto Alegre, Síntese ago./set./2003, p. 141.

<sup>122</sup> PEREIRA, Tânia da S. *A Ética da Convivência Familiar, sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais. O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

<sup>123</sup> BARROS, Sérgio R. A Ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Editora Síntese, Porto Alegre, RS, ano IV, n. 14, p. 5-10, jul./ago./set. 2002.

<sup>124</sup> NOGUEIRA, Jacqueline F. N. *A Filiação que se constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p.85.



Desses entendimentos decorreu a noção de “*Posse do Estado de Filho*” que vem a ser uma relação afetiva íntima e duradoura, em que o filho usa o patronímico do pai, e por ele é tratado como filho, no exercício dos seus deveres de pai, criando, amando, educando e o protegendo, relação notória e conhecida do público.”<sup>125</sup>

A posse de estado caracteriza-se pela integração de três elementos: *nomen*, *tractatus* e *reputatio*. O *nomen* é a utilização do nome de família de quem se pretende ser filho. O *tractatus* resulta da situação em que uma pessoa é cuidada, tratada e apresentada como filho. O *reputatio* decorre da consideração da família e da sociedade em relação a uma pessoa como filha de alguém, o pai sócio-afetivo. Nem sempre todos esses elementos estão presentes para demonstrar a posse de estado de filho, nem são eles taxativos.<sup>126</sup> Luiz Edson Fachin esclarece que “ Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco.”<sup>127</sup>

A notoriedade do estado de filho aproxima a realidade dos fatos do plano jurídico.<sup>128</sup> Do conceito de “posse do estado de filho” pode-se extrair o conceito de “ posse do estado de pai” que envolve a relação afetiva íntima e duradoura, em que o pai concede ao filho o uso do seu patronímico, e por ele é tratado como pai, no exercício dos seus deveres de filho, amando-o, respeitando-o, aceitando suas orientações e proteções, seu auxílio na sua instrução e retribuindo o amor recebido, tanto em público, como na intimidade do lar. Este seria o verdadeiro afeto paternal, aquele que vem do pai como escolha para amar, respeitar, cuidar, educar e conviver com seu filho. Na convivência entre pai e filho é que está fundamentado a base do afeto paternal.

Aos pais biológicos está direcionada a paternidade afetiva, uma vez que somente a origem biológica não é indicação de vínculo afetivo. Eles próprios podem e devem ser aqueles que atendem as necessidades

---

<sup>125</sup> NOGUEIRA, Jacqueline F. N. *Op.cit.*, 2001.

<sup>126</sup> VENCESLAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Editora Renovar, 2004, p.116-117.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p.117.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p.118.

psicológicas e emocionais da criança, não podendo ser decidido pelas mães o direito ao exercício deste estado, que depende da relação de convivência. Rodrigo da Cunha Pereira defende que, tanto “a maternidade como a paternidade são uma questão de função.” O mesmo pensador acrescenta: o que é essencial para a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe”<sup>129</sup>

O entendimento é comum de que “a verdadeira paternidade não é aquela que se adquire com o nascimento, mas aquela em que o amor brota do cotidiano.”<sup>130</sup> Contudo, essa relação de convivência também está presente na paternidade biológica; ou seja, não é suficiente o nascimento, para que o amor se apresente de forma instantânea, pois a paternidade deve ser exercida para daí nascer o amor e o afeto. O afeto não se impõe se constrói.

Não é somente a ligação biológica que gera relação afetiva, uma vez que a relação afetiva advinda da convivência não é restrita àqueles que não são pais biológicos; a paternidade é uma adoção sob qualquer espécie. Assim, mesmo a paternidade biológica, advinda dos laços de sangue, que não são definidores de amor, deve ser exercida para transformar-se em amor.

Dizendo de outra forma, laços de amor decorrem da convivência contínua e diária, independentemente de filiação biológica ou por adoção. Assim entendido o conceito, o pai biológico também deve exercer a convivência diuturna para criar laços de afeto e amor com sua prole e, em tendo seu direito cerceado, na maioria das vezes por escolha materna, não poderá ser penalizado com o cerceamento do direito ao reconhecimento e exercício desta paternidade.

Neste momento, é importante apontarmos o princípio da alienação parental: “é a rejeição do genitor que “ficou de fora” pelos seus próprios filhos, fenômeno este provocado normalmente pelo guardião que detêm a

---

<sup>129</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família uma Abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

<sup>130</sup> NOGUEIRA, Jacqueline F. *Op.cit.*, 2001, p.92.

exclusividade da guarda sobre eles (a conhecida guarda física monoparental ou exclusiva).<sup>131</sup>

Esta exclusividade permite ao genitor que a detêm a capacidade de monopolizar o controle sobre a pessoa do filho, como um ditador, de forma que ao exercer este poder extravagante, desequilibra o relacionamento entre os pais em relação ao filho.

A situação se caracteriza quando o guardião quer se vingar do ex cônjuge, através da condição de superioridade que detêm, tentando fazer com que o outro progenitor ou se dobre as suas vontades, ou então se afaste dos filhos.

Considerando-se que as Varas de família agraciam as mulheres, com a guarda dos filhos, em aproximadamente 91% dos casos<sup>132</sup>, salta aos nossos olhos que a maior incidência de casos de alienação parental é causada pelas mães, podendo, todavia ser causada também pelo pai, dentro dos 9% restantes.

São consideradas demonstrações de que as crianças estão sendo vítimas da alienação parental:

- "Cuidado ao sair com seu pai . Ele quer roubar você de mim"...
- "Seu pai abandonou vocês "...
- "Seu pai não se importa com vocês"...
- "Você não gosta de mim! Me deixa em casa sozinha para sair com seu pai"...
- "Seu pai não me deixa refazer minha vida"...
- "Seu pai me ameaça, ele vive me perseguindo"...
- "Seu pai tenta sempre comprar vocês com brinquedos e presentes"...
- "Seu pai não dá dinheiro para manter vocês"...
- "Seu pai é um bêbado"...
- "Seu pai é um vagabundo"....
- "Seu pai é desprezível"...
- "Seu pai é um inútil"...
- "Seu pai é um desequilibrado"...
- "Vocês deveriam ter vergonha do seu pai"...
- "Cuidado com seu pai ele pode abusar de você"...
- "Eu fico desesperada quando vocês saem com seu pai"...
- "Seu pai é muito violento, ele vai te bater"...

---

<sup>131</sup> SOUZA, Euclides de. *Alienação parental, perigo iminente*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-435121337>>. Acesso em: 29 ago. 2010.

<sup>132</sup> Ibidem.

Não se deve, face à noção de “ posse de estado de filho”, base da paternidade sociológica, cercear o direito da paternidade biológica desconhecida, que deverá ter o direito garantido de direcionar a sua prole, os cuidados com sua alimentação, auxílio na sua educação e instrução, ou seja direcionar-lhe tratamento afetivo, para consolidar laços de amor.

### 2.3 A PERDA DA CHANCE DE AMAR E CUIDAR NA PATERNIDADE DESCONHECIDA E REVELADA.

A partir da premissa de que as relações sócio-afetivas possuem reconhecimento significativo no direito de família nacional, resultando no “ estado de filho” aquele que recebe diretamente de quem não é seu pai biológico, atenção, educação e outros afetos, o direito de exercício da paternidade, significa reconhecer que o “ cuidado” tem valor jurídico, uma vez que, também através da materialização do cuidado é que se reconhecem direitos paternais.

Assim, o “cuidado” é reconhecido como importante valor nas relações familiares ou institucionais. A idéia de cuidado é composta de: *respeito, a atenção, o apoio, a compreensão, o afeto, a solidariedade e a proteção*, enfim, atitudes marcadas pela reciprocidade<sup>133</sup> A esses elementos deve ser acrescida a “ paciência”, e a “tolerância”, como componentes do “cuidado” como direitos fundamentais.

Cuidar é criar laços, é cativar; é assumir compromissos e responsabilidades; é saber conviver com situações limites; é ver nas diferenças uma conquista, não uma ameaça; é trazer um olhar novo para a realidade de crianças e adolescentes que se espalham pelo Brasil.<sup>134</sup>

Assim como os elementos que compõem o afeto fazem

---

<sup>133</sup> PEREIRA, Tânia da S. O cuidado como valor jurídico. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=216>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

<sup>134</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família uma Abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

discernir sobre a existência do cuidado, os mesmos podem levar a concluir acerca da inexistência do aludido cuidado, através do descumprimento de deveres e obrigações, descasos, omissões, discriminações e negligências neste cuidado que possui valor jurídico, reconhecido pela legislação vigente, mais especificamente, no direito ao exercício da paternidade.

Por certo, ao pai que desconhece sua condição, ao ter esta revelada, não poderá ser aplicada a acusação de falta de cuidado, como impedimento pela busca da verdade real, vez que a suposta omissão adveio do desconhecimento.

À comunidade familiar, instruída pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, foi atribuído o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à conveniência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>135</sup>

Como se ressaltou, o cuidado é o definidor do reconhecimento sócio afetivo, a relação de paternidade, uma vez que este estado de filiação não se estabelece através do elo biológico e sim através do “estado de filho”<sup>136</sup>, não nos

---

<sup>135</sup> ALMEIDA, Maria C. de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Pessoa Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.180.

<sup>136</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família uma Abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

esquecendo de que a jurisprudência tem entendido que a sócio-afetiva e a biológica não se sobrepõe uma à outra.<sup>137</sup>

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança identifica o “cuidado” como valor jurídico, com bases constitucionais, e no seu artigo 7º assegura à criança “o direito de conhecer seus pais e de ser cuidada por eles.

A proteção da criança e do adolescente envolve princípios de valores jurídicos e, assim como a família contemporânea, prioriza relações de afeto, solidariedade, como deveres de cuidado daqueles que protegem as crianças, independentemente da formação do núcleo familiar, com origem no casamento, união estável ou qualquer outra forma de agrupamento familiar.

O “cuidado” remete a atividades exercidas pelas mães, quando ao pai era direcionado repelir o que era perigoso, a sociedade moderna alterou estes conceitos do passado, face à inserção da mulher no mercado de trabalho, conferindo ao pai, em muitas vezes, o dever de “cuidado” dos seus filhos. Esse cuidado significa, necessariamente, a garantia das condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que permita às crianças e adolescentes, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família, em cujo seio possam vivenciar o afeto, a confiança, a cumplicidade, proporcionando-lhes

---

<sup>137</sup> Vide acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO AGRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade sócio-afetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepôr uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. APELO PROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70029363918, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 07/05/2009) Tribunal de Justiça R.S -07.05.09 - Oitava Câmara Cível – Comarca de Santa Maria.

condições de estabilidade econômica.<sup>138</sup>

É notório que a relação de convivência consolida amizades e impõe consciência aos limites. “Assim, o mal que se faz a uma criança impedindo-a de dar afeto não será prejudicial somente a ela, mas a todo o ambiente onde ela irá conviver.”<sup>139</sup>

Defendendo que os laços de afeto e solidariedade não são fruto da biologia, Paulo Luiz Neto Lobo<sup>140</sup>, ratifica o direito daquele pai que desconhece sua paternidade, uma vez que o desconhecimento do vínculo biológico cerceou seu direito de convivência, impedindo-o de transferir ao filho o afeto que se consolidaria através do cuidado a ele direcionado.

Se a entidade familiar constitui-se e se define na troca afeto durante a convivência dos seus entes, cercear ao pai biológico revelado o direito a convivência com seu filho, altera de forma substancial o conceito de entidade familiar da criança, formando seu conceito através de outros entes, através dos quais formará sua vida, contribuindo para a formação da sua personalidade.

O “cuidado” “ a solidariedade” e a “tolerância” já se incorporaram como elementos identificadores das responsabilidades sociais e familiares, concedendo-lhe status de valor jurídico, tendo na convivência o fato gerador de direcionamento de afeto entre as pessoas.

O amor é o fenômeno que permite escapar da alienação anti-social criada através dos relacionamentos interpessoais. Assim o define Humberto Maturana:<sup>141</sup>

O amor é a fonte da socialização humana e não o resultado dela. Qualquer

---

<sup>138</sup> HAPNER, Adriana A. M. A. *et all.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da S.; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.138.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>140</sup> NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. *Filiação que se Constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001

<sup>141</sup> NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. *Filiação que se Constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001

coisa que o destrói, qualquer coisa que destrói a congruência estrutural que ele implica, destrói a socialização. A socialização é o resultado de operar no amor e ocorre somente no domínio em que ele ocorre.

Considerando que a CR/88 reconhece a convivência familiar como direito fundamental<sup>142</sup>, cercear este direito ao pai revelado, nos remeterá ao direito constitucional de busca pela verdade real, face a construção do afeto que fundamenta-se através dos laços de amor entre pai e sua prole.

Ressalta-se que a paternidade quando não revelada, retira de forma violenta seu direito de amar, compartilhar, cuidar; enfim, de construir uma vida junto com seu filho, a quem está ligado pelo laço de sangue, que somente se fortaleceria através do vínculo afetivo, construído pela convivência e transformada em cuidado.

O cuidado é o resultado do relacionamento entre as pessoas, cuidar nada mais é que uma forma de demonstração de amor, e o seu resultado como valor jurídico, nada mais é que o reconhecimento do afeto através da exteriorização da preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro, e a formação de todo ser humano é resultando do cuidado a ele direcionado por aqueles que formam seu núcleo familiar, e a paternidade não revelada altera a formação da personalidade da criança.

Não se poderia falar do cuidado com a criança, sem mencionar a responsabilidade moral e jurídica, conforme aponta o Tratado de Responsabilidade Civil, que segundo palavras de Rui Stoco<sup>143</sup> quando diz: “Não se cogita da responsabilidade jurídica, enquanto não há um prejuízo., porque este é condição para que esteja presente a responsabilidade moral e conseqüentemente a jurídica.

---

<sup>142</sup> CR/88 - 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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>143</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.



E aqui o prejuízo moral repousa na não revelação da paternidade, com conseqüente inexistência do seu exercício, que vai de encontro ao que impõe o art. 227 *caput* da CR/88, respaldado pelos artigos 15 a 18 do ECA,<sup>144</sup>

Os temas discutidos quanto ao exercício da paternidade são revestidos de forte caráter moral, resultando em que, nas hipóteses de descumprimento das normas inseridas, tanto na CR/88 como no ECA, serão instituídas condutas jurídicas (ilícitas) e indicam prejuízo moral algumas vezes indenizável, assegurando ao filho, em ambas as leis, o direito a ter um pai. Entretanto, resta claro que os entendimentos em tela não se direcionam àquele que a desconheciam e agora foi revelada, a quem não poderá ser sequer imputado conduta de abandono afetivo, face ao seu desconhecimento, fazendo com que a escolha do pai afetivo, vez que a paternidade não é apenas um dado, é sim uma construção alicerçada na convivência.

O princípio da dignidade humana entende que o abandono afetivo causa dano ao filho, exclusivamente em relação à sua dignidade, face à conduta omissa praticada do pai, sem as quais não poderá formar laço paternal, e como já restou claro a que o afeto é o resultado de uma construção de convivência, a falta desta não resultará em direito sequer indenizatórios, é o que

---

<sup>144</sup> Artigo 227 – CR/88 - "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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Estatuto Criança e Adolescente – Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

entendeu a 4ª Turma do STJ<sup>145</sup>.

Se a omissão decorre do desconhecimento, não devem ser imputadas obrigações e, muito menos, caracterizar essa omissão como *falta de cuidado*, aquele que por ignorância, deixou de contribuir com a formação da personalidade do filho, para quem é essencial o relacionamento paterno-filial.

Como assinalado, é dever de pai dedicar-se com desvelo ao crescimento do filho, em respeito à sua dignidade, mas este dever está intrinsecamente relacionado ao reconhecimento da sua existência. Pode-se inferir que a “dignidade é tudo que pode ser valorado, contudo não tem preço definido, e por isso não pode sequer ser objeto de troca, por ser inestimável e indisponível.”<sup>146</sup>

Kant<sup>147</sup> esclarece o significado de dignidade, nos seguintes termos:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Pode-se assim concluir que a responsabilidade paterna, em respeito ao princípio da dignidade humana, não se limita ao aspecto alimentar definido em valores pré-estabelecidos, mas no direito de convivência, acompanhamento escolar, demonstrando afeto para com seu filho, sob pena de sofrer obrigação de indenização por dano moral.

O cuidado é a base dos direitos fundamentais da criança

---

<sup>145</sup> ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE: Trata-se de ação de investigação de paternidade em que o ora recorrente teve o reconhecimento da filiação, mas o Tribunal **a quo** excluiu os danos morais resultantes do abandono moral e afetivo obtidos no primeiro grau. A Turma entendeu que não pode o Judiciário compelir alguém a um relacionamento afetivo e nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Assim, por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do CC/1916 (pressupõe prática de ato ilícito), não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação. Logo a Turma não conheceu do recurso especial. Precedente citado: REsp 757.411-MG, DJ 27/3/2006. [REsp 514.350-SP](#), Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28/4/2009.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Cultural, 1986.

e do adolescente indicados no artigo 227, CR/88, definido como requisito ao direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à liberdade, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Já o abandono implica toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, que, na verdade, refletem a falta de cuidado.<sup>148</sup>

Ademais, cumpre sublinhar que o cuidado, como valor jurídico, tem bases constitucionais<sup>149</sup> associadas à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que, em seu artigo 7º, assegura “ o direito de conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”.<sup>150</sup>

Estas bases constitucionais, convenções, entendimento doutrinário e jurisprudenciais, ao definirem esse cuidado e aplicar sanções e obrigações no âmbito da paternidade, estão se referindo aquelas conhecidas, e quando negligenciadas devem ser reparadas. Não podemos aplicar esses entendimentos aquele pai desconhecido cuja revelação lhe concederá status de pai biológico, cujo laço de sangue deverá ser o caráter definidor do direito a convivência, para daí se construir o afeto e solidificar laços de amor.

Quem desconhece não poderá ter negado seu direito de ser pai, a falta de convivência que resultou na escolha por uma outra relação afetiva não pode prevalecer para aquele que desconhecia a existência do seu filho e a verdade biológica deve ser reconhecida pela sociedade jurídica como fundamental para o exercício do direito.

---

<sup>148</sup> PEREIRA, Tânia da S. *A Ética da Convivência Familiar, sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais. O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

<sup>149</sup> Art. 227 CR/88

<sup>150</sup> PEREIRA, Tânia da S. *A Ética da Convivência Familiar, sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais. O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006..

### 3 O PODER MATERNO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA

De forma progressiva, tanto o Direito, como a Sociologia e a Psicologia, resgatam o valor da relação afetiva entre as pessoas, mais especificamente aquelas que se caracterizam como pais e filhos.<sup>151</sup>

Este valor direcionado à relação afetiva torna necessária a renúncia da chamada “segurança jurídica”, consubstanciada na certeza resultante do vínculo genético, que conduz à afirmação da existência da filiação e paternidade.<sup>152</sup>

Como ressaltado, o estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica, podendo assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética, sendo o estado de filiação considerado gênero, do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica.

Para Mauro Nicolau Júnior,<sup>153</sup> “O estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza sócio afetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos.”

A verdade jurídica, especialmente relacionada à paternidade, mas em alguns casos também aplicada à maternidade, é um dado que precisa ser levado em conta, face à diminuição da força das presunções legais quanto à paternidade. Existem situações em que, por obra do destino, a paternidade-filiação se estabelece automaticamente diante do nascimento da

---

<sup>151</sup> NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Paternidade e Coisa Julgada*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p.118.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> *Ibidem* -119; Antes do Código Civil de 2002 Rolf Madaleno já alertava que “a Carta Política de 1988 garantiu a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade sócioafetiva, por certo a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de afeição e para esses caracteres a constituição e gênese do futuro Código Civil nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protege a filiação por afeto, realmente não exerce a completa igualização. (MADALENO, Rolf.

criança de mulher casada, ainda que o fator biológico não se encontre presente e, nesse caso, pode ocorrer de a verdade jurídica vir acompanhada da verdade afetiva em que o homem assume a criança como seu filho, não impugnando a matrimonialidade da filiação e, logicamente, tal vínculo jurídico não terá como ser desfeito, salvo por iniciativa dos filhos, nos prazos decadenciais estabelecidos por lei.<sup>154</sup>

Assim, de acordo com Luz Edson Fachin:<sup>155</sup> “A paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável. Ao reverso, a relação paterno-filial socioafetiva se revela; é uma conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes.”

Não há dúvida a respeito da diminuição da importância da verdade jurídica na contemporaneidade, especialmente diante do reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações familiares, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da democracia e do personalismo.<sup>156</sup>

Assim, havendo conflitos entre paternidade biológica e não biológica, a solução será aquela que melhor atender aos interesses da criança, sem qualquer privilégio ao vínculo genético ou sangüíneo.

Constata-se a existência de dois marcos essenciais para a solução do eventual conflito entre filiação biológica e filiação não biológica: a Constituição de 1988 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20.11.1989, e com força de lei no Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 28, de 24.9.1990, e o Decreto Executivo nº 99.710, de 21.11.1990.

Da Constituição derivam o estado de filiação biológico e não-biológico e o direito da personalidade à origem genética e da Convenção a

---

<sup>154</sup> GAMA, Guilherme Calmon Teixeira da. *A Nova Filiação. O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>155</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

<sup>156</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op.cit.*, 2003, p.127.

solução do conflito pela aplicação do princípio do melhor interesse do filho, que significou verdadeiro giro de Copérnico, na medida em que a primazia do interesse dos pais foi transferida para o do filho.<sup>157</sup>

A Constituição da República de 1988 proclamou o “estatuto único da filiação”<sup>158</sup>, vedando qualquer discriminação entre filhos, os quais passaram a merecer idêntico tratamento, não mais havendo a distinção entre aqueles oriundos do casamento e os extramatrimoniais, de que resulta impacto sobre o critério legal de determinação filiatória (*presunção pater is est*), precipuamente diante do avanço das pesquisas científicas,<sup>159</sup> mais especificamente a utilização do exame de DNA.

Como se apontou, o exame de DNA<sup>160</sup> tornou possível uma certeza jurídica quase absoluta da determinação da filiação, sendo um golpe mortal na importância do critério jurídico filiatório, completamente afastado da verdade biológica.

De um lado, existe a verdade biológica, que comprova a existência de um liame biológico entre duas pessoas. De outro lado, uma verdade que não mais pode ser desprezada: o estado de filiação, decorrente da estabilidade dos laços de afeto construídos no cotidiano do pai e do filho, fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> LOBO, Paulo L. Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: Uma distinção necessária. *Revista de Direito de Família*, n.19, Porto Alegre, Síntese ago./set./2003.

<sup>158</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p.513.

<sup>159</sup> Desde o ano de 1865 quando, no Mosteiro de Bro, na Morávia, o monge Gregor Mendel, iniciou as pesquisas relativas à hereditariedade, promovendo experimentos com ervilhas coloridas, foi iniciado um importante processo científico de precisão na determinação da ancestralidade, com evidente impacto sobre a ciência jurídica. James D. Watson e Francis Crick explicaram a estrutura molecular da célula de DNA (ácido desoxirribonucléico). Em 1985, Alec Jeffreys descobriu que as seqüências de recombinações químicas descobertas eram únicas, exclusivas, em cada pessoa, vislumbrando a possibilidade de identificação de cada indivíduo através da leitura de sua carga genética. Devemos lembrar que os nazistas utilizaram pessoas humanas durante a 2ª Guerra Mundial, visando obter descobertas científicas de determinação do DNA, contudo somente atrapalharam as pesquisas existentes, retardando seu desenvolvimento.

<sup>160</sup> (ácido desoxirribonucléico)

<sup>161</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5 ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2009, p.330.

No direito de família brasileiro, tradicionalmente, o conflito entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva sempre se resolveu em benefício da primeira. Só recentemente, a filiação socioafetiva passou a ser cogitada seriamente pelos juristas, como categoria própria, merecedora de construção adequada, sob influência da contribuição de outras áreas do conhecimento, como a sociologia, a psicanálise e a antropologia, que têm em comum a família como objeto de investigação, em que a relação entre pais e filhos fundada na afetividade foi determinante para sua identificação.<sup>162</sup>

Como se assinalou, o reconhecimento da paternidade envolve não apenas o desvendar da identidade genética,<sup>163</sup> <sup>164</sup> mas requer o restabelecimento da dignidade do filho e também do próprio pai, a quem foi impingida uma paternidade, que, nem sempre é sua.<sup>165</sup>

A inexistência desse reconhecimento inviabiliza de forma definitiva que essa criança encontre, na figura do pai que lhe foi imposto, intimidade, atenção, carinho e aconchego, naturalmente existentes entre pais e filhos, tão importantes na formação do caráter, da personalidade e no desenvolvimento da criança.<sup>166</sup>

A busca da verdade biológica resulta do desejo de que pai e filho estabeleçam relacionamento afetivo, unindo em uma única pessoa a figura do genitor e do pai, formando-se uma família e um relacionamento afetivo entre ambos, com as conseqüência psicológicas e emocionais inerentes.<sup>167</sup>

---

<sup>162</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op.cit.*, 2003.

<sup>163</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de Direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.225.

<sup>164</sup> Venceslau, Rose Melo . – O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Biblioteca de Teses – Rio de Janeiro - Editora Renovar- 2004. Status de Filho e direito ao conhecimento da origem biológica. Todo ser humano tem um pai biológico, de quem herda seus caracteres genéticos. Mas tem pai que não sabe que é pai e filho que não sabe do pai. Tem, ainda, filho que tem pai de coração, porém lhe carece o conhecimento da suas origens biológicas”; Ademais, “ a paternidade, mais do que ato de procriação, é fato cultural.A procura pelo vínculo biológico é um meio de melhor alcançar a dignidade humana do filho, uma vez que não existam vínculos sócioafetivos suficientes para superar o dado genético em razão do amor”.

<sup>165</sup> NICOLAU JUNIOR, Mauro – Paternidade e Coisa Julgada – Juruá Editora – 2007.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

A negação dessa atenção e dedicação leva a danos imensuráveis, que podem ser reconhecidos, mesmo para fins indenizatórios.<sup>168</sup>

### 3.1 A BUSCA DA ORIGEM GENÉTICA COMO RESGATE DA HISTORICIDADE PESSOAL

Segundo Martia Cristina de Almeida<sup>169</sup> “Cada pessoa se vê no mundo em função da sua história, criando uma auto-imagem e identidade pessoal a partir dos dados biológicos inseridos em sua formação, advindos de seus progenitores.”

O pai e a mãe são os personagens básicos da história de vida de cada ser humano e representam a base das histórias pessoais de cada um; a verdade sobre essa história dá a cada um o sentido de ser pessoa. Em outras palavras: o referencial de pai e mãe é fundamental para a formação da conduta ética, pessoal, profissional, religiosa, entre outras dimensões da vida particular e social. Desde a civilização judaico-alemã, o “laço de sangue” é a proteína que alimenta as civilizações.

O cristianismo trouxe uma visão da criança como dom de Deus; entretanto somente aos casados cabia receber esse dom divino, como prova de amor, motivo pelo qual a ideologia tradicional tende a avaliar como benção divina ter muitos filhos.

A consangüinidade e a hereditariedade formam a base de formação da identidade pessoal de cada ser humano, e a segunda vem a ser a carga genética, no seu aspecto exterior, ligada às semelhanças físicas entre pais e filhos, desenvolvendo nos pais a certeza de estarem desempenhando sua função reprodutiva.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC nº 408.550-5, de 01.04.2004), por sua sétima Câmara Cível, reconheceu ao filho o direito a ter reparados os danos morais decorrentes do abandono paterno, fixando indenização correspondente a 200 salários mínimos.

<sup>169</sup> ALMEIDA, Maria C. de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Pessoa Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>170</sup> ALMEIDA, Maria Cristina de. *Op.cit.*, 2003.



Tal semelhança advém de fatores genéticos e ambientais, em que o fator genético é o elemento fundante do ser humano e permite um número infindável de combinações com os elementos que a pessoa encontra no ambiente, enquanto a convivência possibilita aos filhos se aproximarem da maneira de ser dos pais, como o jeito de falar, o vocabulário, hábitos, expressões corporais; enfim os filhos tendem a reproduzir alguns estilos de comportamentos dos pais.<sup>171</sup>

A vinculação com as origens é mais acentuada no caso de filhos que perdem o contato com os pais biológicos, a exemplo a adoção, a qual provoca uma troca de personagens: o pai e a mãe.

Esta troca de figuras humanas básicas da história individual do filho, a revelia dos pais adotivos, o faz buscar de forma muitas vezes desesperada, a identificação do seu passado, com a intenção de nele se visualizar ou com ele romper.

A ligação entre filhos e pais é um relacionamento único, onde co-existem origem e ascendência genética, que se inicia na gravidez e continua durante toda a existência e contribuem com a formação de um novo ser, identificando este filho com seus genitores, sob o aspecto biológico.

Toda pessoa tem o sentimento de desvendar o imaginário que decorre da origem de sua existência e vive a questionar as razões de inúmeras características apresentadas no curso de sua vida, algumas identificadas em seus progenitores, por razões genéticas, outras adquiridas no ambiente em que foi ou está sendo criada, em razão da convivência, da educação e orientação recebidas de seus progenitores.

Fica claro não ser possível negar o conhecimento da origem <sup>172</sup>de todo e qualquer ser humano: ela existe e faz parte da história individual de cada homem que nasce.

---

<sup>171</sup> *Ibidem.*

<sup>172</sup> Decisão inédita reconhece paternidade biológica tardia sem anular paternidade socioafetiva. Em 17 de setembro, a 8ª Câmara Cível do TJRS, em decisão inédita, afirmou ser possível declarar

O mecanismo ofertado pelo sistema jurídico – ações de estado, que são procedimentos judiciais<sup>173</sup> destinados a dirimir as controvérsias relativas ao *status persone*, e, especialmente, no estudo da filiação, o *status* de filho – quanto pelo avanço na área de engenharia genética, com a descoberta do DNA, tornou possível buscar a revelação da origem, alcançando certeza jurídica de resultado.

Como o estado tutela ao filho, o direito de saber sua origem<sup>174</sup> também não poderá ser negado ao pai, que tem a garantia de conhecer a existência do filho, uma vez que através do conhecimento da sua origem, poderá alterar rumo da sua vida, através do conhecimento genético, aliado à convivência, que poderá influenciar e definir sua personalidade e postura de vida.

Entre pai e filho também existe ligação filogenética, assim como com a mãe desde sua gravidez e continua por toda sua existência. Entre eles existe um relacionamento também único: co-existem origem, ascendência e descendência genética, tendo o pai junto com a mãe contribuído para a formação do novo ser, a quem transmitiram características genéticas que o identificam como pai, sob o aspecto biológico.

Pode-se considerar desumano e não aceitável, a negação de origem de todo e qualquer ser humano: ela existe e faz parte da história individual, contribuindo para a perpetuação da espécie humana e da continuidade da vida no planeta.

---

judicialmente a paternidade biológica de alguém, sem que haja pedido de anulação do atual registro decorrente da paternidade socioafetiva. O Colegiado entendeu que a medida não viola o ordenamento jurídico e determinou a averbação da paternidade biológica em Registro Civil de homem, 40 anos. (Não foi autorizada a alteração do nome registral e nem concedidos direitos vinculados ao parentesco, como herança do pai biológico). (19 de set. 2009).

<sup>173</sup> Ação de Alimentos – Investigação de Paternidade.

<sup>174</sup> Julgado: “Adoção. Investigação de Paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da lei n. 8069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com os pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o dispositivo no artigo 27 do ECA”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.127.541/RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, j.10/04/2000, DJU 28/08/2000).

E, assim como ocorre com o filho, também deve ser para o pai que desconhece sua origem, buscar suas verdades genéticas, tanto pelo mecanismo ofertado pelo sistema jurídico, através de ações judiciais, buscando dirimir as controvérsias relativas ao *status persone*, mais especificamente no estudo da filiação, o *status* de filho, quanto pelo avanço da Engenharia Genética, mediante DNA, buscar a revelação da origem.

Cumpra assinalar ainda a relevância do estudo da origem materna, apesar de que a máxima romana *mater semper certa est* significou por longo período a certeza da maternidade evidenciadas pela gestação e parto. Porém, hoje verificam-se outras possibilidades, face aos avanços biotecnológicos advindos da procriação artificial, que impulsionou a chamada “*gestação por outrem*”.

Considera-se o conhecimento da idade genética de todo cidadão, um atributo importante na formação da personalidade humana, uma vez que a descoberta da sua origem biológica aponta sua ascendência genética, com conseqüente direito ao nome de família e, entre outros, o direito de cunho patrimonial, criando um elo entre a pessoa e a comunidade, permitindo seu reconhecimento e distinção de todas as outras pessoas nos diversos núcleos: familiar, sucessório, negocial e comercial.<sup>175</sup>

É grande injustiça condenar uma criança a crescer acreditando ser seu pai uma pessoa que não o é, que a rejeita, que não a gerou, que não tem com ela qualquer vínculo: emocional, sangüíneo ou afetivo, em respeito às decisões judiciais, as quais deverão ser cumpridas.

É uma grande injustiça também condenar um pai a viver acreditando não ser pai, quando, muitas vezes, seu maior desejo é o exercício da paternidade, é poder dirigir afeto a seu filho, o que certamente contribuirá para alterações substanciais na sua personalidade, no momento em que conhecer ter esse direito de convivência com alguém com quem possui laços de sangue.

---

<sup>175</sup> ALMEIDA, Maria Cristina de. *Op.cit.*, 2003.

### 3.2 O DIREITO À DESCENDÊNCIA DESCONHECIDA

O reconhecimento da paternidade não envolve apenas o desvendar da identidade genética, mas também o restabelecimento da dignidade do filho e aqui defende-se o restabelecimento da dignidade do próprio pai, que desconhece a existência do filho, e por impedimento da lei, não terá direito ao exercício da paternidade, face ao valor jurídico do pai afetivo juridicamente reconhecido.

Assim como existe filho que não sabe do pai, existe pai que não sabe que é pai, e a legislação, doutrina e jurisprudência, devem apontar soluções para este desconhecimento.

Nunca foi tão fácil a busca da verdade real acerca da paternidade, contudo resultou num paradoxo, uma vez que a verdade real assume pouco significado frente à verdade afetiva, estabelecendo assim a diferença entre “pai” e “genitor”: pai é aquele que dá amor, carinho e afeto, e genitor aquele que gera. Durante muito tempo esses dois personagens eram resumidos num só; contudo, devido à diferença sócio-afetiva existente entre eles, hoje podemos facilmente identificá-las como pessoas distintas.

Desde 1865 o Monge George Mendel<sup>176</sup>, registra-se passo importante no processo científico de precisão na determinação da ancestralidade, com evidente impacto sobre a ciência jurídica.

O Monge Gregor Mendel – Mosteiro de Bro na Morávia, atual Mosteiro de Born –República Tcheca- iniciou as pesquisas relativas à hereditariedade, promovendo experimentos com ervilhas coloridas. – James D. Watson e Francis Crick, estudaram e explicaram a estrutura molecular da célula do DNA (ácido desoxirribonucléico).

---

<sup>176</sup> O Monge Gregor Mendel – Mosteiro de Bro na Morávia, iniciou as pesquisas relativas à hereditariedade, promovendo experimentos com ervilhas coloridas. – James D. Watson e Francis Crick, estudaram e explicaram a estrutura molecular da célula do DNA (ácido desoxirribonucléico).

Em 1865, formula e apresenta em dois encontros da Sociedade de História Natural de Brno as leis da hereditariedade, hoje chamadas *Leis de Mendel*, que regem a transmissão dos caracteres hereditários.

Em 1843 a 1854 tornou-se professor de ciências naturais na Escola Superior de Brno, dedicando-se ao estudo do cruzamento de muitas espécies: feijões, chicória, bocas-de-dragão, plantas frutíferas, abelhas, camundongos e principalmente ervilhas cultivadas na horta do mosteiro onde vivia analisando os resultados matematicamente, durante cerca de sete anos. Propôs que a existência de características (tais como a cor) das flores é devido à existência de um par de unidades elementares de hereditariedade, agora conhecidas como genes.

Durante a sua vida, Mendel publicou dois grandes trabalhos agora clássicos: "Ensaio com plantas híbridas" (*Versuche über Pflanzenhybriden*), que não abrangia mais de trinta páginas impressas e "Hierácias obtidas pela fecundação artificial".

Gregor Mendel, é conhecido como "o pai da genética",

No compasso da descoberta de Mendel, em 1953 foi descoberta a estrutura do DNA – Segunda etapa de um grande avanço científico através do cientista inglês Francis Harry Compton Crick, um dos descobridores da estrutura do DNA. A decifração da estrutura do ácido nucléico por James D. Watson e Francis H. Crick (*A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid*), anunciada na revista inglesa *Nature* de 25 de abril de 1953, foi considerada a contribuição mais importante no campo da biologia, depois do livro de Darwin (1859) e da publicação de Mendel (1866).

Note-se que no ano citado, Alec Jeffreys <sup>177</sup> veio a descobrir que as conseqüências de combinações químicas eram únicas, exclusivas,

---

<sup>177</sup> [Sir](#) Alec John Jeffreys, [FRS](#) ([Oxford](#), [9 de Janeiro](#) de [1950](#)) é um geneticista [britânico](#). Desenvolveu técnicas de [impressão de ADN](#) e perfil de ADN usadas em todo o mundo em [ciência forense](#) para ajudar o trabalho policial e também para resolver casos de paternidade ou relacionados com [imigração](#). É professor de [genética](#) na [Universidade de Leicester](#).

em cada pessoa, vislumbrando a possibilidade de identificação de cada indivíduo, através da leitura de sua carga genética. O exame de DNA é indiscutível no âmbito da filiação, permitindo, com precisão científica, a determinação da origem biológica. Consegue sem margem de erro (certeza científica de 99,999%) determinar a paternidade.<sup>178</sup>

Assim, a probabilidade de se encontrar ao acaso duas pessoas com a mesma impressão digital do DNA é de 1 em cada 30 bilhões e como a população da Terra não chega à vinte por cento desse número, é virtualmente impossível que haja coincidência.<sup>179</sup>

Com simplicidade e relativa economia, tanto de tempo como de dinheiro, tornou-se possível estabelecer-se o estado filiatório de uma pessoa, a partir do advento do DNA.

Contudo, a determinação biológica da filiação não pode ser vista e admitida de maneira simplista, como se não existissem outras indagações na determinação do parentesco.<sup>180</sup> O critério biológico, através do DNA, não é o único na determinação do vínculo paterno filial.<sup>181</sup>

Pode-se apontar o exemplo de um homem, que após engravidar uma mulher, se recusa a registrar o filho. Após comprovado o vínculo

---

<sup>178</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2009. Nota 100 - "FERNANDO SIMAS FILHO, em obra científica, explica que o exame genético de DNA " pode ser efetuado determinando-se as conseqüências de aminoácidos, em um par de alelos (locus simples) ou em diversos pontos e regiões de cromossomos ( locus múltiplos). No primeiro caso, é necessária a análise de diversos locus simples, para atingir a mesma potencialidade de dois loci múltiplos. Em qualquer dos casos, o resultado é de exclusão ou afirmação da paternidade, com quase 100% de certeza. A única diferença é que no primeiro caso – locus simples - , o resultado é fornecido em 'probabilidade de paternidade', com freqüência acima de 99%; no segundo caso, o resultado afirma ou nega a paternidade. Freqüência acima de 99% em se tratando de exame feito no DNA, é considerada universalmente como ' certeza científica",

<sup>179</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25.ed. V.5. Rio de Janeiro: Editora Saraiva: 2010.

<sup>180</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2009.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p.104. "A jurisprudência é nesse sentido: "não sendo a pesquisa genética o único meio de prova para se chegar à conclusão da paternidade atribuída, deve o julgador se valer de todos os outros meios de prova permitidos para formar seu livre convencimento, levando-se em conta a imprescindibilidade dos alimentos". (TJ?MG< Ac. 4ª Cam., Ap. 182.729-4/00, rel. Des Célio César Paduani, j.30.11.2000, in IBDFAM. 9:126).

biológico, e ainda que inexista afeto entre eles, é obvio que o reconhecimento da paternidade será determinado pelo vínculo biológico.

A sócioafetividade somente pode ser utilizada para determinar o vínculo parental; jamais para negá-lo e o critério biológico também prevalece quando não existe vínculo afetivo formado, ainda que exista registro civil de nascimento: é o exemplo do homem que registra um filho, porém com ele não estabelece qualquer relacionamento, limitando-se a pagar alimentos ou eventualmente fazer visitas. Nesta hipótese, aplica-se o critério biológico.<sup>182</sup>

Nas hipóteses em que for utilizado o critério biológico para determinar a filiação, haverá uma coincidência entre pais e genitores, sendo aquelas pessoas existentes no registro civil de nascimento os fornecedores de gameta para a concepção do ser nascido.<sup>183</sup>

Será sempre a coincidência entre a filiação biológica e a afetiva, e em havendo algum desencontro entre elas, a exemplo de quando o genitor repudia o filho, a solução dependerá da análise dos elementos.<sup>184</sup>

Para que uma pessoa possa ser considerada pai ou mãe, não será suficiente a existência de um vínculo genético com a criança, mas será necessária a relação educativa, de quem a sustenta material e afetivamente, dá carinho, atenção, condições de desenvolvimento e existência digna; ou seja, interage visando aos interesses da criança. Contudo, a realidade aponta para aquele pai biológico que não direciona afeto à prole por desconhecimento da sua existência.

---

<sup>182</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2009. Nota 105 “ O Superior tribunal de Justiça vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo pai biológico, também não deseja ser pai-afetivo. A contrário *sensu* , se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desocnsiderar o vínculo meramente sangüíneo, para reconhecer a existência da filiação jurídica”. (STJ, Ac. Unân. 3ª T.; REsp.878.941/DF., rel. Min Fátima Nancy Andrighi, j.21.8.07, DJU 17.9.07, p.267).

<sup>183</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2009.

<sup>184</sup> FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2009, p.516

Entretanto, não se pode deixar de assinalar as possibilidades sociais atuais, como a adoção, inseminação heteróloga, adoção à brasileira, produção independente e parto anônimo e aquelas que dão origem a filiações socioafetivas e, por consequência, também jurídicas, sem contudo haver qualquer parentesco biológico entre eles.

Por fim, constata-se que, cada vez mais, a paternidade jurídica se distancia da paternidade biológica. O sistema evoluiu e hoje dirige-se para garantir a segurança da instituição familiar e de seus atores sociais, de tal forma que a segurança jurídica e a preservação de vínculos estabelecidos pelo convívio prevaleça sobre o estabelecimento da paternidade.<sup>185</sup>

O antigo Código Civil não abria portas à paternidade fundada na paternidade jurídica decorrente da força da presunção *pater is est*. O critério nupcialista foi mudando progressivamente, para propiciar a declaração da verdade biológica, admitindo a investigação da paternidade contra o pai casado com outra mulher que não seja a mãe do investigando, como também o pai biológico pode reconhecer a paternidade do filho tido com outra mulher que não aquela com quem está casado.<sup>186</sup>

### 3.3 ANÁLISE INTERDISCIPLINAR DO PODER DA GENITORA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA

De início, é premente ressaltar que a figura materna é de fundamental importância no processo de conhecimento da origem biológica, o que encontra respaldo no Código Civil de 2002,<sup>187</sup> ao tratar em capítulos diversos o regramento jurídico direcionado aos filhos havidos da relação de casamento e os havidos fora do casamento.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> NOGUEIRA, Jacqueline F. N. *A Filiação que se constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

<sup>186</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Op.cit.*, 2003.

<sup>187</sup> Da Filiação – Arts. 1596 a 1606 – cuida dos filhos nascidos na constância do matrimônio e os artigos 1607 a 1617, tratam dos filhos havidos fora do matrimônio.

<sup>188</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.321.



Luiz Edson Fachin<sup>189</sup>, comentando a função da presunção de paternidade, afirma:

A função dessa presunção é a de permitir o estabelecimento da paternidade pelo simples fato do nascimento. Ou seja: quem nasce de uma mulher casada é filho do marido dessa mulher. Funciona, assim, tal presunção, como modo de estabelecimento da paternidade que se opera automaticamente.

Tome-se como exemplo a seguinte situação decorrente da aplicação da referida presunção. Filhos havidos na constância do casamento e não impugnada a paternidade pelo marido, vindo a ser descoberto mais tarde que o marido não é pai biológico dos filhos. Após o falecimento do pai biológico, a mãe habilita-se no inventário, comunicando serem seus cinco filhos também filhos do “de cujus”, oportunidade em que comprova ser o marido e suposto pai dos filhos estéril.

Claro está que mãe é quem decide e escolhe a paternidade dos seus filhos, tanto a afetiva, por mera presunção (nascidos durante a constância do casamento) e a biológica, no momento em que determina que nova paternidade deve vir à tona.

A presunção *pater is est*, num primeiro momento, encontrava seu fundamento em outra, a da fidelidade da mulher; mas em face de que, mesmo o adultério, não é suficiente para destruí-la, passou a repousar muito mais sobre um “favor legal” ao casamento e à legitimidade dos filhos.”<sup>190</sup>

De acordo com a *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit* é mesmo o marido o pai do filho havido durante o casamento. Se outrora a *pater is est* se justificava pela proteção da família legítima, hoje é uma regra que normalmente acontece; ou seja, o casamento comprovado pela certidão, facilita a declaração do estado do filho, de que pai será o marido da mãe.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> <sup>189</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

<sup>190</sup> *Ibidem*.

<sup>191</sup> VENCESLAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

O maior dilema na esfera do elo biológico como fator decisivo da filiação incide justamente nas situações onde o laço afetivo constituído está além do determinismo biológico. É na família construída<sup>192</sup> onde aquele pai que já amou e cuidou do filho como se seu biológico fosse vê a paternidade biológica questionada: a mãe que revela ser o “verdadeiro” pai outrem, um estranho que se diz pai biológico, a família que se vê impossibilitada do dom da procriação por vias comuns, utiliza-se da reprodução humana assistida<sup>193</sup>, barriga de aluguel e ainda a doação.

Assim como a paternidade, a maternidade é um vínculo que se forma entre mãe e filho, não sendo ela totalmente estranha à paternidade, pois, no aspecto biológico, o filho é a união do material genético da mãe o do pai. Porém, como a paternidade é algo mais que o dado biológico, não é direito tutelável à mãe contestar a paternidade presumida, uma vez que a maternidade continuará intacta.

Embora não seja legítima para contestar essa paternidade presumida, é ela quem figura no pólo ativo da ação, por *representação*, quando a negatória é conseqüência de uma investigação.

É deveras traumatizante para a criança ser submetida aos caprichos da mãe que, ora decreta ser um o pai, ora outro.

É ela quem decide o reconhecimento e ainda escolhe e decide a paternidade dos filhos. Nesse sentido, pode-se ,mencionar o exemplo de mãe que entra com processo na justiça requerendo investigação de paternidade de uma filha que, até a data do processo, tinha como suposto pai o companheiro da mãe. O pai biológico a quem será direcionada a paternidade jamais conheceu a existência daquela filha.

---

<sup>192</sup> Concordância com Luiz Edson FACHIN quando este afirma que “a paternidade se constrói; não é apenas um dado: ela se faz (*Op.cit.*, 1992, p.23).

<sup>193</sup> A fecundação assistida pode ser homóloga, com o uso de material genético do casal, ou heteróloga, quando há “doação” de gametas por sujeito estranho ao casal. É na fecundação heteróloga que se verifica um certo desprendimento do casal com o vínculo de sangue do futuro filho, o qual não se estabelece por completo.

Baseada durante séculos na soberania do pai, a família ocidental foi desafiada, no século XVIII, pela emergência do poder feminino. A nova ordem familiar conseguiu represar a ameaça que o feminino representava à custa do questionamento do antigo poder patriarcal.<sup>194</sup>

Sem ordem paterna, sem lei simbólica, a família pós-industrial entregou-se à ideologia do “sem tabu”, transformando-se em monoparental, homoparental, recomposta, desconstruída, clonada, gerada artificialmente, atacada no seu interior por pretensos negadores da diferença entre os sexos, tornando-se permeável a novos valores.

Nessas condições, estará o pai condenado a não ser mais que uma função simbólica, desprovido da função patriarcal de outrora.

Se o pai não é mais pai e se as mulheres dominam inteiramente a procriação e se também os homossexuais têm o poder de assumir um lugar no processo da filiação, se a liberdade sexual é, ao mesmo tempo, ilimitada e codificada, transgressiva e normalizada, pode-se dizer que a existência da família está ameaçada? Estaremos assistindo ao nascimento da onipotência do “materno” que veio aniquilar o antigo poder do masculino e do “paterno”.

No final do Século XIX, Freud introduziu na cultura ocidental a Psicanálise com destaque para a presente discussão ao complexo de Édipo. Ao mesmo tempo, a possível feminização do corpo social provocou intenso debate sobre a configuração da família. Nessa nova perspectiva, o pai deixa de ser o veículo único de transmissão psíquica carnal e divide esse papel com a mãe. Daí a frase de Auguste Comte, que opera uma inversão completa da teoria medieval das semelhanças: “Os filhos são sob todos os aspectos, mesmo fisicamente, mais filhos da mãe que do pai.”<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> RODINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

<sup>195</sup> RODINESCO, Elisabeth. *Op.cit.*, 2003.

Pode-se identificar o início da liberdade feminina e aumento do poder das mulheres, que teve como marco as conseqüências da Segunda Guerra Mundial, como a divisão do trabalho, novas técnicas de regulação dos nascimentos que substituíram progressivamente o *coitus interruptus*, pelo uso dos preservativos masculinos.

A chamada liberdade feminina vem crescendo de forma acelerada e o histórico desse crescimento passa pela liberdade sexual conquistada com os preservativos contraceptivos, sendo o mais pontual a pílula anticoncepcional, passando pela maior inclusão no mercado de trabalho, crescimento do seu patrimônio financeiro, resultando em técnicas de reprodução assistida, produções independentes de filhos por escola unipessoal e práticas sociais similares.

A liberdade sexual feminina, de forma incontestável, foi conquistada após a pílula anticoncepcional, a qual foi objeto de muitas polêmicas, contudo somente através da pílula a mulher pode de forma definitiva e legal, escolher o momento e de quem deseja engravidar.

O exercício dessa liberdade sexual, mediante dissociação do sexo do risco de procriação, concedeu maior poder ao feminino, eis que o efeito reprodutivo pode ser mantido em sigilo por ela, gerando conseqüências tanto para o pai, como para o filho.

- Pílula Anticoncepcional.

Completando 50 anos, a pílula hoje ainda não é plenamente aceita em alguns setores religiosos, apesar de que, desde o Egito antigo, já se empregavam métodos anticonceptivos . Contudo, somente a pílula permitiu a separação eficaz entre a sexualidade e a reprodução, resultando num controle efetivo do processo reprodutivo, a escolha da paternidade, bem como a liberdade da vivência sexual em busca de prazer.

A descoberta da pílula favoreceu a liberdade sexual, sendo forte aliado na conquista de maior espaço feminino na esfera pública, com conseqüente aumento de acesso ao mercado de trabalho, possibilitando efetivo

planejamento familiar, uma vez que pode ser usado sem a participação do médico<sup>196</sup> e até do seu parceiro.

A ampliação da presença da mulher no mercado de trabalho concedeu-lhe capacidade financeira, associada ao maior nível de escolaridade e controle da reprodução, fatores marcantes na decisão de procriar.

Apesar do planejamento familiar existente no Brasil, vez que consagrado como “um direito reprodutivo da mulher”, e ainda que o uso da pílula anticoncepcional, continue sendo de difícil acesso às mulheres de baixa renda, estudos indicam redução da taxa de reprodução em todas as idades e classe social.<sup>197</sup>

No entendimento de Talcott Parsons<sup>198</sup>, a partir dos anos de 1950 a 1970, o modelo de família privilegia a divisão de trabalho e conforme o mesmo Talcott Parsons<sup>199</sup> “a divisão sexual do trabalho é funcional: ela é semelhante à especialização de tarefas”, onde, no interior do grupo, um é o líder (pai) mais instrumental: preocupado com a realização dos objetivos do grupo; e o outro é um líder expressivo, mais sensível ao funcionamento do grupo (mãe).

A fórmula “o homem é a cabeça e a mulher o coração”<sup>200</sup> foi substituída por “O casal é a cabeça, os braços e o coração são a mulher”<sup>201</sup>, onde as decisões mais importantes são tomadas pelo casal, ao passo que as decisões da vida cotidiana permanecem no âmbito da mulher.

O conceito de casamento como “uma instituição no qual um trabalho gratuito é extorquido de uma categoria da população, as mulheres-

---

<sup>196</sup> Na reprodução assistida a figura do médico é imprescindível para haver a possibilidade de reprodução.

<sup>197</sup> YAZAKI, Lúcia Mayumi. Fecundidade da mulher paulista abaixo do nível de reposição. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000300005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000300005&script=sci_arttext) >. Acesso: 29.08.2010

<sup>198</sup> Francois de Singly – Sociologia da Família Contemporânea - Editora Fundação Getúlio Vargas - Tradução de Clarice Ehlers Peixoto - 2ª Edição 2004

<sup>199</sup> Ibidem

<sup>200</sup> Ibidem

<sup>201</sup> Ibidem

esposas<sup>202</sup> e a não valoração desse trabalho “ doméstico”<sup>203</sup> está tradicionalmente escrito no contrato de casamento, no qual o marido se apropria da força de trabalho de sua mulher.

Contudo, quando elas desenvolviam esse mesmo trabalho para outro indivíduo que não seu marido, são remuneradas.

A mulher inicia sua caminhada para a redução da dependência por meio do trabalho assalariado, conforme esclareceu François de Singly, afirmando que “a introdução do trabalho assalariado modificou paradoxalmente essa relação de produção doméstica.”<sup>204</sup>, transformando a manutenção da convivência doméstica somente por motivos amorosos, início dos investimentos profissionais e a fuga dos papéis sexuais, existentes no compromisso conjugal, a exemplo da reprodução.<sup>205</sup>

O corpo da mulher era e continua tratado como objeto do qual os homens tomam posse através do ato sexual, posse esta que lhes transmite o poder decorrente da descendência, através da procriação.<sup>206</sup>

O poder econômico feminino, associado à cultura adquirida e investimentos no campo profissional concedeu às mulheres também o acesso a informações sobre técnicas de controle da fecundação, a exemplo de: dispositivos intra-uterinos, pílulas, preservativo, aborto<sup>207</sup>. Nesse amplo movimento,

---

<sup>202</sup> Ibidem

<sup>203</sup> Diferença entre o valor de um quilo de cenoura na banca de um comerciante e o valor deste mesmo quilo de cenoura descascada e ralada por uma esposa no seio do seu lar.

<sup>204</sup> Ibidem nota 59 – ainda que a realidade atual demonstre a existência de “ dupla jornada” para as esposas, ou seja trabalho doméstico e profissional.

<sup>205</sup> BOZON Michel, 1954. Sociologia da Sexualidade/ Michel Bozon; [tradução Maria de Lourdes Menezes]. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. “Em inúmeras sociedades africanas, a estigmatização da mulher estéril, que não é considerada uma verdadeira mulher (enquanto a esterilidade do homem, independentemente da importância, não corresponde a uma preocupação social), e a desconfiança em relação à mulher que entrou na menopausa, sobre quem muitas vezes se abate a acusação de feitiçaria, ilustram essa limitação social das mulheres ao seu papel reprodutor

<sup>206</sup> Ibidem

<sup>207</sup> Em 1955 o aborto dito “terapêutico” foi autorizado na França no momento em que, nos Estados Unidos, Gregore Pinkus aperfeiçoava a pílula anticoncepcional. Um ano mais tarde, Marie-Andrée Lagroua-Weill-Hallé fundava o Movimento da Maternidade Feliz, que em 1963 se tornou o Movimento para o Planejamento Familiar, ligado à Federação Internacional do mesmo nome.

as mulheres conquistaram, ao preço de lutas intensas, direitos e poderes que lhes permitiram não apenas reduzir a dominação masculina, mas inverter seu curso.<sup>208</sup>

A partir de 1950, no momento em que as técnicas de contracepção científicas sucediam lentamente às antigas práticas espontâneas, os primeiros tratamentos contra a esterilidade foram aperfeiçoados<sup>209</sup>, permitindo congelar o sêmen masculino, no caso de um tratamento médico devastador (quimioterapia anticancerígena) resultando num futuro pai, em caso de esterilidade definitiva.<sup>210</sup>

Pela primeira vez na história da humanidade, a ciência substituía o homem, trocando o ato sexual por um procedimento médico, possibilitando às mulheres gerar filhos sem prazer e ainda sem desejo.

Em 1970, quando a técnica de inseminação (IAC) revelou-se ineficaz diante de uma esterilidade masculina total, substituiu-se o sêmen masculino por outro, anônimo, proveniente de ou terceiro que não era o genitor, procedimento esse chamado de “procriação médica assistida” (PMA).

Posteriormente, aperfeiçoou-se a fecundação *in vitro* com transplante (FIVET), que permitia tratar as esterilidades femininas ligadas, sobretudo às doenças das trompas.

A partir de 1985, de forma incontestável, a medicalização das procriações assistidas ficou mais completa. Diversas combinações se tornaram

---

<sup>208</sup> RODINESCO, Elisabeth. *Op.cit.*, 2003.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p.161. - A fecundidade é a materialização da procriação através da concepção real de um filho, ao passo que a fertilidade PE uma potencialidade, uma aptidão para conceber que só se realiza com a fecundação, processo biológico pelo qual se realiza a fusão entre células masculinas e femininas chamadas gametas. Chama-se “esterilidade” uma infertilidade ligada, nos homens e nas mulheres, a razões orgânicas. Entende-se por “procriação” o fato de produzir e fazer nascer uma criança, e por “parto” o ato de colocar um filho no mundo. A palavra “geração” ou “engendramento” designa a procriação masculina, e tende a se confundir com a “filiação”, de ordem simbólica ou jurídica.

<sup>210</sup> *Ibidem*.

possíveis, passando-se da fecundação *in vitro*, pela doação de óvulos e da fabricação de embriões.<sup>211</sup>

Quanto mais o pai era *certus*, mais a mãe se tornava *incerta*. A ordem procriadora ficou então inteiramente reservada ao poder das mães, detentoras atualmente da responsabilidade exorbitante, ora de designar o pai, ora de excluir.

É possível, na atualidade, uma mulher “furtar” o sêmen de um homem no curso de um ato sexual, dele engravidar, sem que este tenha conhecimento, menos ainda o direito sobre o filho assim concebido à sua revelia. Ainda inversamente, a mesma mulher poderá realizar o mesmo ato para reclamar indenização financeira do homem que se recuse a um reconhecimento de paternidade conjunta.<sup>212</sup>

O homem pode evitar essas situações, utilizando-se de um preservativo, mas jamais poderá reparar a falha cometida (falta de uso), uma vez que a decisão de abortar pertence exclusivamente às mulheres.

A medicina hoje é capaz de inseminar uma mulher com o sêmen de um homem cuja esposa é estéril. A mulher empresta seu útero durante o tempo da inseminação e da gravidez. No nascimento, a esposa, isto é, a mãe “social”, adota legalmente a criança com seu marido, fazendo desaparecer os traços de sua não concepção.<sup>213</sup>

Pode-se ainda associar “três mães” – duas biológicas e uma social – a um único gesto procriador. A primeira doa um ovócito, fecundado pelo espermatozóide do marido, ou na falta deste, por um doador anônimo. O ovo será então reimplantado no útero de uma segunda “mãe” que carrega a criança durante nove meses para, em seguida, restituí-la, ao seu nascimento, a uma terceira “mãe”,

---

<sup>211</sup> Estima-se em menos de 20% o índice de êxito dessas tentativas, que às vezes pode levar anos.

<sup>212</sup> RODINESCO, Elisabeth. *Op.cit.*, 2003.

<sup>213</sup> RODINESCO, Elisabeth. *Op.cit.*, 2003.



a esposa do marido, que se encarregará de criá-lo. Juridicamente, a verdadeira mãe será a terceira, que estará livre para fazer sumir com os traços da fecundidade.

A esse respeito, merece reflexão a história de Jeanine Salomone, originária de Draguignan: em junho de 2001, com sessenta e dois anos de idade, após vinte anos de experiência infrutíferas, Jeanine pôs no mundo um menino, Benoît-David, concebido a partir de óvulos comercializados e do sêmen do próprio irmão, Robert, cego e paraplégico depois de uma tentativa de suicídio. Ela apresentara Robert como seu esposo e, como nada foi questionado pelo médico que a inseminou, ela gerou a criança. Como a procriação gerou embrião extra, ele foi implantado no útero de uma mãe de aluguel, a qual pariu Matie-Cécile, nascida três semanas após. Robert era pai e tio da criança.<sup>214</sup>

Mais recentemente, tem-se notícia do caso de Michael Jackson, que após a morte, tomou-se conhecimento de que todos os seus filhos foram gerados por inseminação com sêmen de terceiro em barriga de aluguel. No caso, são pais biológicos terceiros estranhos a relação conjugal, que, na verdade, jamais existiu. O mundo presenciou o desfecho da situação.<sup>215</sup>

Todos os casos demonstram que a possibilidade da inseminação medicamente assistida depende exclusivamente da escolha da mulher, ou seja, sem sua anuência, será impossível a reprodução humana.

O universo feminino caracteriza as relações de amor dentro de um esquema de valores oriundos no imaginário tradicional, que predestina a mulher à dependência do outro, à renúncia de si, que conflita com outro caminho, que a direciona ao controle e busca de reconhecimento da própria autonomia, caminho que se harmoniza com os ideais contemporâneos de realização individual.

---

<sup>214</sup> AQUINO, Felipe. Site Editora Cléofas. *Os Escândalos da inseminação artificial*. Disponível em: <<http://www.cleofas.com.br/virtual/texto.php?doc=MORAL&id=mor0005>>. Acesso em 03 set. 2010.

<sup>215</sup> ESTADÃO. 29/06/09. <<http://www.estadao.com.br/noticias/arteelazer,michael-jackson-nao-era-pai-biologico-diz-ex-mulher,394781,0.htm>>. Acesso em: 23.ago. 2010.

Segundo Lipovetsky,<sup>216</sup> o crescimento do feminino passou por momentos diferentes, que representam o crescimento gradativo da posição da mulher: no primeiro, identificou a dominação social do masculino sobre o feminino, onde as atividades valorizadas eram aquelas exercidas pelo homem, ou seja o masculino era designado por valores positivos e o feminino por valores negativos, quando somente a maternidade (valorização apenas da prole por ela gerada) escapa dessa desvalorização, contudo manteve a mulher numa posição de inferioridade e subordinação.

A sociedade vive uma época em que os papéis sociais, sua distribuição por sexo e sua valorização relativa estão sujeitos à discussão e re-elaboração permanente.<sup>217</sup>

Sabemos quando isso começou: em meados do século XX e não podemos afirmar quando acabará. Essas transformações envolvem todas as pessoas de todos os grupos sociais; entretanto, as mulheres estão conquistando posições novas e igualitárias não somente no âmbito privado, mas também no público.

O segundo momento apontado pelo autor em tela ocorreu durante a segunda metade da Idade Média, quando o modelo anterior foi superado, passando a mulher a ser enaltecida por seus novos papéis e novos poderes, e a partir do século XII passou-se a cultivar a dama amada e a suas perfeições.<sup>218</sup>

Esse enaltecimento à mulher amada, continua na chamada Era Moderna, e resulta na sacralização<sup>219</sup> da mulher: esposa – mãe - educadora.

---

<sup>216</sup> Lipovetsky, G. *A terceira mulher: permanência e revolução do feminino*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>217</sup> *Ibidem*.

<sup>218</sup> Lipovetsky, G. *A terceira mulher: permanência e revolução do feminino*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

<sup>219</sup> *Ibidem*. “a sacralização do feminino não se dá, agora, exclusivamente a partir da religião. A maternidade se faz presente como qualidade essencial do feminino no discurso científico referido às diferenças sexuais, e também como um dos suportes morais do novo ordenamento social. Essa laicização relativa das funções maternas, no contexto do casamento, viabiliza o acesso ao prazer erótico como acréscimo pontual não buscado da atividade procriativa.”

Apesar da transformação evidente, essa valorização da mulher não aboliu a realidade da hierarquia social dos sexos. As decisões importantes continuam a ser assunto dos homens, a mulher não encontra espaços em muitos setores da esfera política<sup>220</sup> e ainda deve obediência ao marido, sendo-lhe negada a independência econômica e intelectual.

Segundo Lipovetsky, na atualidade, encontra-se o terceiro momento na história das mulheres. Conforme sua análise, a lógica de dependência diante dos homens não mais rege a condição feminina nas democracias ocidentais.

Na evolução da situação social feminina, registram-se muitas conquistas como: enfraquecimento do ideal da dedicação exclusiva à vida doméstica; direito à dissolução do vínculo; legitimidade do acesso ao estudo e ao trabalho; direito de voto; liberdade sexual; controle da procriação.

Ainda que não tenham as rédeas do poder político e econômico, não há dúvida de que conquistaram o poder de governar-se, podendo viver sem um caminho social pré estabelecido por terceiros. Lipovetsky entende que, apesar da liberdade de acesso livre ao prazer, o amor presente na relação com o parceiro, continua um diferencial na vida presente das mulheres.

O exercício da liberdade feminina concedeu avanços também em sua relação com o parceiro: é ela quem escolhe o pai do seu filho, define o momento em que ele será o pai, oculta a verdadeira paternidade, altera a paternidade anteriormente existente.

---

<sup>220</sup> Matéria retirada do site Mais Mulheres no Poder Brasil. - “O mais recente ranking da União Interparlamentar (IPU) mostra que as mulheres têm conquistado mais cadeiras nos Parlamentos mundiais. Em fevereiro de 2009, elas representavam 18,3% das deputadas e senadoras em 188 países avaliados. Segundo os mais recentes dados divulgados em setembro de 2009, passam a ser 18,5%.” OBSERVATÓRIO de gêneros. Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/aumenta-percentual-mundial-de-mulheres-no-parlamentoMais Mulheres no Poder Brasil>>. Acesso em 30.08.2010

Esta liberdade, associada a outros fatores, resultou numa inversão de valores, alterando a figura do pai no seio familiar, conduzindo ao que se conhece como "declínio do pai".

Essa crise do patriarcado não concerne somente à autoridade do pai sobre seus filhos, da qual se tornarão livres com a maioridade, mas provém de um deslocamento de poderes do pai para a mãe.

Segundo Phillippe Juliene<sup>221</sup>, tal deslocamento ocorreu lentamente, somente aparecendo com clareza no final do século XX, quando emergiram três poderes novos - o médico, o judiciário e o do ensino – resultando um triplo poder da sociedade, que intervém entre o homem e a mulher, em proveito desta e em sua relação com a criança e com o adolescente.

Este poder reside na concessão do direito feminino de decidir sobre o nascimento ou não de uma criança, face à invenção das possibilidades de contracepção feminina, ou seja reprodução assistida, ou ainda no caso de concepção não desejada, é a mulher quem decide com o médico sobre eventual abortamento. A opinião do pai não é requerida.<sup>222</sup>

Crianças e jovens são educados e ensinados cada vez mais por mulheres, primeiro porque face à existência das escolas mistas, os meninos não são mais "protegidos"; além disso, a maioria dos educadores são mulheres, desde a escola primária até as universidades. A situação dos meninos nos dias de hoje, é escutar e seguir a palavra enunciada pelas mulheres.

Este triplo declínio da presença do homem e do pai junto à geração seguinte de filhos resulta no indiscutível declínio do patriarcado, com conseqüente queda da imagem patriarcal, fragilidade da verdadeira paternidade, concluindo-se numa verdadeira indagação: O que é ser pai?

---

<sup>221</sup> JULIEN, Phillippe. *A feminilidade velada: aliança conjugal e modernidade*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 1997, p.19.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p.20.

## **4 PATERNIDADE DESCONHECIDA REVELADA – DIREITO À DESCENDÊNCIA E AO AFETO**

### **4.1 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.**

A busca pelo conhecimento da origem genética do ser humano é um direito fundamental da pessoa e o sentido dessa busca é garantir a revelação da marca genética, que caracteriza a pessoa como ser humano ou indivíduo singular e único, trazendo consigo o direito ao nome e à historicidade pessoal.<sup>223</sup>

A liberdade científica é uma realidade mundial, permanecendo em constante crescimento e evolução permanente, tornando necessário um controle sistemático e contínuo sobre sua atuação, visando a preservação dos princípios constitucionais do direito à vida e à dignidade da pessoa humana e, em respeito a essa defesa de princípios, encontra-se o Direito atuando conjuntamente com a Bioética, indicando mecanismos para que a pesquisa científica seja aplicada com ética e respeito ao homem.

Nosso sistema jurídico consagra a identidade pessoal como direito subjetivo da pessoa, e na atualidade é centro das preocupações da ciência jurídica, proporcionando mecanismos garantidores de seu alcance efetivo.

O Direito das Famílias, deixou de priorizar o casamento e a família dele oriunda como instituição e passou a dedicar-se à pessoa e a seus valores e direitos fundamentais e essenciais, a exemplo do direito ao conhecimento da origem biológica paterna.

Ainda que com as rígidas codificações fronteiras, os direitos dos filhos avançaram significativamente rumo a um reconhecimento

---

<sup>223</sup> ALMEIDA, Maria C. de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Pessoa Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

progressivo,<sup>224</sup> ao estabelecer a elasticidade dos direitos visando alcançar novas dimensões do reconhecimento e da investigação de paternidade, contando ainda com os desafios bioéticos da gestação por outrem.

A consagração constitucional de que os filhos terão direitos e qualificações<sup>225</sup>, havidos ou não da relação de casamento<sup>226</sup>, tem revelado uma alteração no núcleo central de preocupação do Direito de Família, que deixa de priorizar o casamento e a família dele resultante como instituição, passando a dedicar-se à pessoa e a seus direitos fundamentais, essenciais e eminentes, como o de conhecer sua origem biológica, direito esse oriundo do direito de família, face as regras ali existentes e aplicáveis ao casamento e ao parentesco.<sup>227</sup>

A demonstração da verdade biológica é um direito condizente com o princípio constitucional da dignidade humana, e sua revelação tem implicação holística na vida das pessoas, produzindo reflexos psíquicos, sociais e patrimoniais, passando pela simples satisfação de conhecer seus genitores, ainda que somente “ por saber”, pela condição de ser “filho sem pai”, chegando ao atendimento da necessidade de subsistência através da prestação de alimentos, findando com o reconhecimento do direito de herança.

Assim como o legislador em respeito aos direitos da pessoa, e ao princípio da dignidade humana concedeu aos filhos o direito incontestável de conhecer sua origem paterna, esses mesmo fundamentos devem prevalecer para o direito a conhecer seu descendente.

---

<sup>224</sup> FACHIN, Luiz E. *Direito de Família*. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.296 – CC. 1916 – Decreto Lei 3.200 – 19.04.1941 – Dispõe sobre a organização e proteção da família. – lei 889 21.10.1949 – Permitindo o reconhecimento de certos direitos dos filhos adulterinos – Lei do Divórcio que ampliou os direitos dos filhos adulterinos – Lei 8069 de 29.03.1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que abriu portas para um verdadeiro horizonte jurídico em favor da filiação e a Lei 8.560 de 29.12.1992, que regulou a averiguação oficiosa da paternidade.

<sup>225</sup> FACHIN, Luiz Edson – Elementos Críticos à luz no novo Código Civil Brasileiro – Editora Renovar 2003.

<sup>226</sup> Ibidem - “Estão incluídos, por conseguinte, os incestuosos também, sem razão a exclusão deles. Com acerto a afirmação de Humberto Theodoro Júnior à página 367 em nota de atualização à obra *Direito de Família*, de autoria de Orlando Gomes (10. Ed. Rio de Janeiro: Forense 1998).

<sup>227</sup> ALMEIDA, Maria Cristina de. *Op.cit.*, 2003.

É fato que não se passa a ser pai, no sentido profundo da palavra, por causa de uma decisão judicial, tampouco se deixa de sê-lo somente por causa de uma nova descoberta científica, mesmo porque a autêntica paternidade ainda que biológica, está calçada na verdade afetiva, ou seja, naquele que exercita cotidianamente a troca de afeto.

A paternidade como valor cultural nasceu desde os idos de 1970, no texto a Desbiologização da Paternidade<sup>228</sup>, onde encontramos a citação do evangelho segundo S.João, referindo-se a passagem de Cristo, quando diz aos seus apóstolos: “Não fostes vós que me acolhestes, mas fui eu quem escolhi a vós”, em clara demonstração de que de que somente ao pai adotivo é dada a faculdade de repetir aos seus filhos.

“Um pai mesmo biológico, se não adotar um filho jamais será pai”<sup>229</sup>, referindo-se a que a verdadeira paternidade é adotiva e está ligada a função, é uma escolha, a qual está ligada ao direito de querer ser pai.

É fato que tanto a filiação como a paternidade, derivam de uma ligação genética, entretanto o elo que une pais e filhos é sócio afetivo, emoldurado pelos laços de amor, solidariedade e amizade incondicional, adjetivos estes que possuem significados mais profundos e sólidos que o do elo biológico, contudo não podemos esquecer que este elo também está presente na paternidade biológica.

A consangüinidade tem, de fato e de direito, um papel fundamental na definição da paternidade, porém assume papel absolutamente secundário na configuração desta mesma paternidade. “Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai é sim o amor, o desvelo e o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança”.<sup>23</sup>

"A verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas sim da cultura e não na procedência do sêmen".<sup>230</sup>O exercício da paternidade é que

---

<sup>228</sup> VILELA, João Batista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, a. 27, n. 21, maio 1979.

<sup>229</sup> LACAN, Jacques. Complexos familiares. Trad. Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

gera vínculos de amor, amizade e solidariedade, resultantes da relação paternal, quanto a paternidade biológica é a fonte da responsabilidade civil, no aspecto patrimonial, para fins de alimentos e sucessão hereditária. Contudo, cercear o direito ao conhecimento dessa paternidade é impedir o direito ao seu exercício, violando a capacidade de geração de vínculos afetivos.

O direito à identidade pessoal, fortalecido pela ascensão da verdade biológica promovida pelas pesquisas na área da Engenharia Genética, busca garantir à pessoa o estabelecimento de sua origem biológica como caminho para ascender ao *status de filho* e fundar sua ampla personalidade como pessoa, a partir de características inatas que surgem no momento de sua concepção e que a acompanham por toda sua vida.<sup>231</sup>

O *status de filho* se inclui no que se denomina *status familiae*, termo este utilizado para descrever a situação de uma pessoa dentro de uma comunidade familiar. Esse *status* é obtido mediante a presunção de paternidade, o reconhecimento voluntário ou forçado da filiação e ainda por meio de adoção.<sup>232</sup>

Embora a descoberta do DNA tenha levado a confluir paternidade e origem biológica, nem sempre se pode inferir uma na outra. O *status de filho* se alcança com o estabelecimento jurídico do vínculo paterno filial, enquanto a origem genética pode não fazer parte desta relação.<sup>233</sup>

Para Rose Melo Venceslau: “O *status* que pode vir a ser alterado em razão dos dados biológicos é o do filho.” Para ela não há *status* de paternidade e somente sob a ótica de interesse do filho poderá entender-se o problema da filiação.

---

<sup>230</sup> VILELA, João Batista. *Op. cit.*, 1979.

<sup>231</sup> ALMEIDA, Maria Cristina de. *Op. cit.*, 2003.

<sup>232</sup> VENCESLAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

<sup>233</sup> *Ibidem*.



O conhecimento da origem não soluciona somente o aspecto biológico, mas também ao aspecto da individualização, por assumir uma posição chave para a criação da individualidade e do auto-entendimento, proporcionando o livre desenvolvimento da personalidade.

Esse direito ao conhecimento da própria ascendência ganha supremacia constitucional, por envolver o desenvolvimento da personalidade, conjugado com o princípio constitucional supremo da dignidade da pessoa humana, convergindo para uma garantia na esfera da vida íntima da pessoa e na conservação fundamental para a compreensão e desenvolvimento da sua personalidade.<sup>234</sup>

A ascendência faz parte da personalidade do homem, e o conhecimento da origem biológica oferece à pessoa importantes pontos de conexão para o entendimento e o desenvolvimento da própria individualidade, pontos estes materializados no nome e em outros sinais ou elementos identificadores da pessoa.

A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Preservando o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.<sup>235</sup>

Embora a Constituição da República de 1988 tenha consagrado direito o tratamento isonômico entre todas as categorias de filho, no artigo 227 § 6º a ordem constitucional brasileira revela-se, ainda, pouco efetiva como instrumento garantidor do direito a identidade pessoal.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> VENCESLAU, Rose Melo. *Op.cit.*, 2004.

<sup>235</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001

<sup>236</sup> *Ibidem*.

A constituição pátria contempla princípios gerais em matéria de Direito de família, a exemplo de: a) o princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana<sup>237</sup>; b) o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie<sup>238</sup>; c) o princípio e fundamento do pluralismo e da democracia no âmbito dos organismos familiares, bem como da escolha da espécie humana<sup>239</sup>; d) o princípio da igualdade em sentido material de todos os partícipes da família<sup>240</sup>; e) os princípios e objetivos da liberdade, da justiça e do solidarismo nas relações familiares<sup>241</sup>; f) o princípio e objetivo da beneficência em favor dos partícipes do organismo familiar<sup>242</sup>.

Destes emergem outros específicos do Direito de Família – sendo que alguns deles são implícitos a partir da normativa constitucional, entre eles: a) princípio da paternidade responsável, vinculado ao método interpretativo *the best interest of the child*<sup>243</sup>.

Entretanto, o direito ainda não contempla o direito do pai em conhecer sua descendência, uma vez que a paternidade afetiva possui valor jurídico perante a legislação pátria, e por disposição de lei, não pode ser alterada.<sup>244</sup> O filho tem direito de saber sua origem, não lhe sendo concedido exercer direitos sobre essa origem.

Tanto o legislador como o entendimento doutrinário fundamentado no afeto, não poderão discriminar que somente a relação afetiva que define o estado de filho, será a única a ser considerada no aspecto afetivo, deve

---

<sup>237</sup> CR/88 - art. 1º, inciso III

<sup>238</sup> CR/88 - art 226 caput

<sup>239</sup> CR/88 – art. 1º, inciso V

<sup>240</sup> CR/88 – art. 5º, inciso I

<sup>241</sup> CR/88 – art.3º, inciso I

<sup>242</sup> CR/88 – art. 3º, inciso IV

<sup>243</sup> CR/88 – art 226, § 7º

<sup>244</sup> Decisão inédita reconhece paternidade biológica tardia sem anular paternidade socioafetiva. Em 17 de setembro, a 8ª Câmara Cível do TJRS, em decisão inédita, afirmou ser possível declarar judicialmente a paternidade biológica de alguém, sem que haja pedido de anulação do atual registro decorrente da paternidade socioafetiva. O Colegiado entendeu que a medida não viola o ordenamento jurídico e determinou a averbação da paternidade biológica em Registro Civil de homem, 40 anos. Não foi autorizada a alteração do nome registral e nem concedidos direitos vinculados ao parentesco, como herança do pai biológico. (19 set. 2009).

lembrar que a relação do pai biológico é também afetiva, no aspecto do exercício da sua paternidade, poderíamos assim definir como *status de pai*.

As famílias não se consideram mais núcleos reprodutivos e econômicos, tornaram-se organizações sustentadas pelo afeto, tanto as biológicas como as essencialmente afetivas, em real demonstração de que os perfilhamentos genéticos não bastam em si mesmo para construir a paternidade. “Para ser pai é preciso querer ser pai. É necessário dedicar-se á construção cotidiana da paternidade.”<sup>245</sup>

A cultura popular já define “ pai é quem cria”, e esse entendimento é perfeitamente aplicável ao direito do pai biológico que teve seu direito cerceado, por ter deixado de criar seu filho.

#### 4.2 REVELAÇÃO DA HISTORICIDADE PESSOAL E DIREITO

Na visão de Adriano de Cupis<sup>246</sup> os chamados “ direitos da personalidade” são todos os direitos destinados a dar conteúdo à personalidade humana. De certo, existem direitos sem os quais a personalidade humana estaria irrealizada ou seja estaria privada de seus valores concretos, sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – “ o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.”<sup>247</sup> São esses os chamados direitos essenciais.

Outros direitos subjetivos da personalidade compreendem todos os elementos intrínsecos à humanidade e essencial à pessoa, na formação da sua dignidade e integridade: a honra, a reputação, a imagem, o nome, os atributos humanos que determinam a positividade ou negatividade das relações da pessoa com outros indivíduos e a comunidade em geral, a afetividade, a sexualidade, a integridade física e psíquica e todos os fatores fisiológicos, psicológicos e emocionais que são decisivos para o bem-estar da pessoa humana.

---

<sup>245</sup> VILELA, João Baptista. *Op.cit.*, 1979.

<sup>246</sup> CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Editora Romana jurídica, 2004.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p.24.

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por conseqüência, se reconhecido por quem é na realidade.

A idéia de dignidade humana está inteiramente ligada com a questão da Bioética, devido a constante evolução da ciência e da tecnologia, contudo não se pode esquecer que se está lidando com pessoas humanas que conjugam sentimentos e sentidos que resultam na própria existência da vida.

Torna difícil demonstrar em palavras a essência deste princípio, face as infinitas situações decorrentes, podemos dizer: tratar-se de um princípio de valores constitucionais que abrange sentimentos e emoções. O acesso à genética atingiu um dos mais importantes institutos do Direito de Família - a filiação – que é a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas de outra, sendo a filiação a mais importante das relações de natureza pessoal que surgem com a formação da família.

Toda pessoa que nasce tem o direito de conhecer a sua origem biológica, o fato do nascimento e a herança genética manifestam-se em situações que escapam à normalidade do modelo paradigmático da família convencional, entretanto, há quem venha ao mundo sem que lhe seja revelada a ascendência genética paterna, e o fantasma da origem torna-se um desejo da pessoa, movida por diversos fatores a exemplo da vontade de conhecer o pai motivado pelo desejo de ser reconhecido como filho, partindo-se da premissa de que todo ser humano é, antes de tudo, um dado ontológico que abrange dois fenômenos: o biológico e o ambiental, porém o homem não se reduz a esta estrutura, pois este é, acima de tudo, um dado axiológico, o que permite nele reconhecer uma expressão de valores de conteúdos distintos.

Sob prisma jurídico, o ser humano, é visto como pessoa e, nessa condição, merecedora de proteção especial como categoria central do ordenamento jurídico, que tem como vetor a dignidade da pessoa humana–

fundamento do Estado Democrático de Direito que vem a ser a verdadeira cláusula geral de proteção à pessoa.

Conjugar a procriação dos seres humanos , seja por ação própria ou através de outrem, é tornar visível a tutela de um novo tempo sendo através desta nova moldura que o tema da revelação da origem genética ganha evidência na contemporaneidade, permitindo a consagração, no sistema jurídico brasileiro, do direito à identidade pessoal como conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim surge o questionamento: Qual o direito que deve preponderar: o direito de quem tem a paternidade revelada em conhecer a real identidade do seu filho, ou a intangibilidade da paternidade afetiva? Estes questionamentos demonstram matéria altamente complexa, pois se está diante de uma colisão de direitos de mesma hierarquia para o ordenamento jurídico brasileiro, levando a concluir que ao falar em princípio da dignidade da pessoa humana , não se está falando de um princípio absoluto, mas sim de um princípio que pode ser relativizado, deste modo se socorre ao princípio da proporcionalidade.<sup>248</sup>

É evidente que o interesse da criança deve ser preservado, mas essa preservação deve desconsiderar o princípio da dignidade humana aplicada ao pai biológico? Será razoável o direito do pai em conhecer a existência de sua prole, o que certamente vai alterar sua personalidade no aspecto da emoção, sentimentos e definição da própria personalidade.

---

<sup>248</sup> A origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade encontra-se intrinsecamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana. A doutrina alemã, a título de ilustração, utiliza indistintamente as nomenclaturas **proporcionalidade** e **proibição de excesso**. Os americanos são mais caros ao uso do termo **razoabilidade**, o qual, nada obstante, é também usado em certas ocasiões com conteúdo diverso ao da proporcionalidade, embora se completem. No Brasil, podemos elencar como pressupostos do princípio da proporcionalidade, a legalidade e a justificação teleológica, e como requisitos extrínsecos para sua aplicação, a verificação da judicialidade. SOUZA, Carlos Affonso; SAMPAIO, Patrícia Regina P. Princípio da Proporcionalidade Disponível em: <<http://www.algosobre.com.br/direito-administrativo/principio-da-proporcionalidade.html>> Acesso em: 05 set. 2010.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>249</sup> dispõe que a doutrina civilista admite que a pessoa humana, nas suas relações em sociedade, desfruta de vários direitos que se vinculam à tutela e promoção dos valores básicos, tanto no campo individual quanto no social, que devem ser preservados para que a sociedade e as pessoas nela inseridas consigam atingir seus objetivos.

Os direitos da personalidade, estão dentro do dos direitos à vida, à integridade físico-corporal, ao corpo, à imagem, à liberdade, à integridade psíquica, à intimidade, ao segredo, à honra, e à identidade, e o direito fundamental à vida engloba o direito à identidade, o direito da pessoa em conhecer a sua história, o direito da pessoa em ter acesso à sua ascendência genética como eminente reflexo na vida da pessoa. Cabe salientar que a identidade da pessoa se revela, fundamentalmente, no seu nome, mesmo que este não esgote a noção de identidade pessoal<sup>250</sup> e este direito fundamental deve ser aplicado aquele que tem interesse em conhecer sua descendência.

Carlos Alberto Bittar<sup>251</sup> ensina que a identidade deve ser considerada direito fundamental da pessoa humana, inserida no âmbito dos direitos morais da personalidade, já que representa o liame entre a pessoa e a sociedade.

Tendo como parâmetro os princípios norteadores da bioética, enquadrados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, chamada Tríade Bioética: Princípio Da Beneficência; Princípio Da Autonomia; Princípio Da Justiça<sup>252</sup> através dos quais deve ser reconhecido o direito do conhecimento da prole, ainda que existente o afeto sem contudo considerá-la imutável.

---

<sup>249</sup> GAMA, Guilherme Calmon Teixeira da. *A Nova Filiação. O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>250</sup> BITTAR, Carlos A. *Os Direitos da personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

<sup>251</sup> BITTAR, Carlos A. *Os Direitos da personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

<sup>252</sup> FERREIRA, Aline Damásio Damasceno Ferreira. *Bioética e Filiação Direito à Identidade Pessoal, Direito a Conhecer a Origem Biológica*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/45104/1/BIOETICA-E-FILIACAO-DIREITO-A-IDENTIDADE-PESSOAL-DIREITO-A-CONHECER-A-ORIGEM-BIOLOGICA/pagina1.html>>. 07.09.2010.

O princípio da beneficência quer dizer, brevemente, fazer o bem, o da autonomia determina que a pessoa é detentora do direito a fazer suas escolhas e buscar suas respostas e o princípio da justiça, é utilizado, como uma virtude, no presente caso, onde cada pessoa recebe o que lhe é de direito fica simples responder a questão formulada.<sup>253</sup>

A tríade bioética interligada com o princípio da dignidade da pessoa humana confirma que o interesse da criança em conhecer sua origem biológica seria superior ao interesse do pai que não quer conhecer seu filho, e com ele não pretende conviver, resultando inúmeras vezes até na negação da busca científica através da realização do exame de DNA, contudo devemos considerar o pai que quer conhecer a origem do seu filho e com ele quer exercer a paternidade afetiva.

Questiona-se: É justo deixar uma criança sem conhecer seu pai biológico pela influência de fatores externos? Creio que não, pois todo ser humano, a partir do ato da procriação identifica uma forma de transmitir e eternizar as características físicas e psíquicas de uma determinada genealogia, originando-se da concepção o liame genético que une pais e filhos.

O homem deve ter clareza que a sua liberdade de investigação vai até o ponto em que não prejudique a si e ou a outrem, sempre considerando o princípio da dignidade da pessoa humana como base.

Finalizando cumpre observar o trecho do conto *O Espelho*<sup>254</sup>, história narrada pelo personagem Jacobina, para justificar sua tese sobre a alma humana: “Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro; as duas completam o homem, que é metafisicamente falando, uma laranja, e “Quem perde uma das metades, perde naturalmente metade da existência; e casos há, não raros, em que a perda da alma exterior implica a da existência inteira.” Machado de Assis

---

<sup>253</sup> *Ibidem.*

<sup>254</sup> ASSIS, Machado de. *O espelho*. V.II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

#### 4.3 UMA DAS FACES DA MOEDA – DIREITO DE SER FILHO.

Toda pessoa ao ser gerada precisa de um pai e de uma mãe, já que ninguém é filho do vento e da aurora<sup>255</sup>. A impossibilidade do ser humano de sobreviver de modo autônomo, por necessitar de cuidados especiais por longo período, faz surgir um elo de dependência a uma estrutura que lhe assegure o crescimento e pleno desenvolvimento, e a essa estrutura dá-se o nome de família. Quando do nascimento, ocorre a inserção do indivíduo em uma estrutura que recebe o nome de família.<sup>256</sup>

Na definição da Professora Maria Helena Diniz<sup>257</sup>, "filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida".

Pontes de Miranda<sup>258</sup> sustenta que a filiação é "a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e filiação, quando do filho para qualquer dos genitores".

Todos os filhos procriados são humanos plenos para exercerem seus direitos e deveres, em um grupo social como a família, que por sua vez é a célula base da sociedade, representando, dessa forma, a continuação da espécie. Daí que a filiação constitua objeto de apreciação de diversas áreas do saber, entre elas a Genética, que procura descobrir os traços comuns transmitidos de pai para filho.<sup>259</sup>

---

<sup>255</sup> VALLE, Gabriel. *Ética e Direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

<sup>256</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>257</sup> DINIZ, Maria Helena Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>258</sup> MIRANDA, Pontes de Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, v.9.

<sup>259</sup> DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira. *O direito de ser filho e a Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7397>>. Acesso em: 03 set. 2009.



Esta filiação tem muita importância e acarreta conseqüências para todos aqueles envolvidos: genitor, genitora e criança. A Constituição da República de 1988 estabelece a proteção da criança na questão da filiação e reconhecimento da paternidade ao prever que 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<sup>260</sup> e o Estatuto da Criança e do Adolescente dá efetividade ao dispositivo constitucional nos seus artigo 26<sup>261</sup>.

O Código Civil de 2002, também foi sensível a esta questão e estabeleceu um capítulo específico a respeito do reconhecimento dos filhos (capítulo III – subtítulo II – arts. 1607 a 1614). Ainda a respeito do reconhecimento da paternidade foi editada a lei n. 8.560 de 29 de dezembro de 1992, que regulamentou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Em síntese, existe toda uma preocupação legal quanto ao direito da criança em ter a paternidade reconhecida.

No ordenamento jurídico nacional existem três formas de reconhecimento da filiação: voluntário, administrativo e jurisdicional.

#### - Voluntário

Ocorre por ato dos pais, conjunta ou separadamente, no registro de nascimento, em testamento, em escritura pública, documento escrito ou por manifestação expressa e direta perante o juiz, havendo impedimento somente no reconhecimento na ata de casamento.

#### - Administrativo

O reconhecimento administrativo ocorre nos casos em que o pai se recuse ao reconhecimento voluntário. Ocorre por declaração da mãe

---

<sup>260</sup> Artigo 227 § 6º.

<sup>261</sup> Art. 26 – 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. Parágrafo único: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

ao oficial do registro civil, no ato de registro do filho, apontando o nome e a qualificação do genitor. O oficial encaminhará a certidão integral do registro e os dados qualificadores do suposto pai ao juiz. O juiz ouvirá a mãe e notificará o varão, independentemente de seu estado civil, para manifestar-se. Caso o suposto pai compareça e confirme expressamente a paternidade, será lavrado o termo de reconhecimento e remetida a certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

- Jurisdicional

Sendo frustrado o reconhecimento administrativo, inicia-se o reconhecimento judicial mediante ação de investigação de paternidade, que segue o rito ordinário, admitindo todos os meios de prova, notadamente a pericial, que hoje assume grande relevância em face da evolução hematológica, em especial o exame de DNA.

Conjugar o fato da procriação dos seres humanos seja por ação própria ou de outrem,<sup>262</sup> com a tutela constitucional da dignidade da pessoa humana é tornar visível a existência de um novo tempo – a sociedade contemporânea – e de um novo espaço – o do Direito Civil-Constitucional.<sup>263</sup>

A consagração desta sociedade contemporânea nasce de duas premissas, a primeira fundamentada no significado jurídico da filiação biológica, estabelecendo que a ascendência genética paterna incorpora a construção da identidade pessoal de todo ser humano, proporcionando a elaboração subjetiva da imagem da figura do pai genético no seu processo de identificação, essencial na formação da personalidade e ao equilíbrio emocional do indivíduo.<sup>264</sup>

---

<sup>262</sup> Na contemporaneidade, o fenômeno da procriação assume uma dimensão outra em razão das modernas técnicas de reprodução humana assistida: inseminação artificial (esperma previamente colhido e injetado pelo médico na cavidade uterina) homóloga ou heteróloga, fertilização *in vitro* (obtenção de óvulos fertilizados em laboratório, sendo os embriões posteriormente transferidos diretamente para a cavidade uterina) e barriga de aluguel.

<sup>263</sup> ALMEIDA, Maria C. de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Pessoa Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>264</sup> *Ibidem*.

A identidade pessoal está retratada na aquisição do patronímico, na localização familiar e social de quem adquire o *status de filho*.<sup>265</sup> Advogados, psicólogos, sociólogos e assistentes sociais, baseados em casos forenses, sustentam a importância da revelação da origem genética como elemento de composição mais ampla da pessoa, que contribui para o desenvolvimento da noção de inserção em uma determinada família, cuja base está na biparentalidade biológica.<sup>266</sup>

A segunda premissa refere-se ao entendimento da dignidade da pessoa humana, na inserção em seu conteúdo, do direito fundamental da pessoa à sua identidade pessoal e quais os efeitos provados por essa nova tutela em todo o sistema jurídico brasileiro.

O entendimento do que seja dignidade da pessoa humana pode ser fundamentado na concepção kantiana<sup>267</sup> de que o ser humano é dotado de dignidade enquanto tal:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade. [...] Dignidade constitui a condição graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo.<sup>268</sup>

Como todo ser humano é dotado de dignidade, não pode ser objeto de troca ou sacrifícios que atentem contra si em toda sua dimensão – física, espiritual e moral – a ele não se atribui preço, por não poder ser mensurado. E na condição de valor intrínseco do ser humano é concretizado no tratamento digno estatal de proteção integral à pessoa, desprezando o fantasma da origem permitindo a identificação do genitor.

---

<sup>265</sup> *Ibidem*.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

<sup>267</sup> A Filosofia de Kant é mera contribuição à compreensão do que seja dignidade da pessoa humana, não pretendendo o presente trabalho entrar na seara filosófica.

<sup>268</sup> ALMEIDA, MARIA Christina de. DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

O questionamento de Cristiano Chaves de Faria <sup>269</sup>O princípio da dignidade humana depende objetivamente da circunstância de se ter um pai conhecido? A resposta é evidentemente negativa. Pode ocorrer, sim, que, subjetivamente, alguém se sinta diminuído por ser filho de pai desconhecido. Mas não penso que daí se possa extrair a conseqüência pretendida, porque alguém pode se sentir afrontado em sua dignidade também por ter um pai bêbado, idiota, assassino ou ladrão, e este poderá ser apenas um pai presumido e o impedimento pela busca de uma verdade real, é que estará ferido o referido princípio, com a imposição de uma paternidade não desejada pelo filho.

No Século XX, quando ainda perdurava a impotência da Biologia, a ascendência genética era concebida pelo Estado, quando ausente no assentamento civil, com tudo com a chegada do Século XXI e o avanço da Biologia através do DNA imprimiu nova ordem jurídica nacional.

Na atualidade, o sistema jurídico nacional ainda impede o amplo e efetivo exercício do direito ao conhecimento da origem genética, sendo necessária sua reformulação, por ainda ser tímida a noção de tal direito e como já dito anteriormente, toda pessoa necessita saber sua origem, por uma questão de necessidade humana, para poder assim desenvolver sua personalidade, para construção da sua identidade.

O legislador contemplou o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, imprescritível e indisponível conforme dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>270</sup>, reforçado pela Lei da Averiguação e Investigação da Paternidade Extramatrimonial<sup>271</sup>, sem apontar-se a garantia constitucional do artigo 5º, §2º da Constituição de 1988, somado ao princípio da paternidade responsável constante do artigo 226, § 7º do mesmo Texto Constitucional brasileiro.

---

<sup>269</sup> Cristiano Chaves de Farias - *Paternidade e relativização da coisa julgada*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2003/paternidadee relativizacaodacoisajulgada.htm>>. Acesso em: 07 set. 2010.

<sup>270</sup> Lei 8069/90

<sup>271</sup> Lei 8560/92. – garantiu aos filhos havidos fora do casamento e os da união estável, o direito de serem reconhecidos sem barreiras, direito esse buscado pela mãe.

O conhecimento da origem prima por um descender com dignidade, possibilitando ao filho o livre acesso aos dados de sua progeneritura, revelando um novo tempo e um novo espaço na busca pela origem paterna<sup>272</sup> e a operacionalização de conflitos de interesse jurídicos relevantes na busca pela origem tem como primeiro óbice a recusa do investigado em submeter-se à prova científica do DNA, obstaculizando a revelação da verdade biológica na investigação de paternidade.

Esta recusa nasceu do entrave estabelecido entre dois direitos: de um lado, o direito do filho de conhecer sua ascendência genética por meio do exame de DNA, de outro, o direito do suposto pai,<sup>273</sup> ou dos seus herdeiros no caso de investigação *post mortem* de negarem-se à realização do exame, por quaisquer forma possível de extrair-se células de DNA.<sup>274</sup>

Em nome da garantia de direitos constitucionais do suposto pai, juridicamente nega-se o direito do filho de buscar sua origem:

o que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação da paternidade: o da criança à sua real ( e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física. É alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas o investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua

---

<sup>272</sup> ALMEIDA, Maria C. de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Pessoa Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>273</sup> Direito a intimidade e a intangibilidade da pessoa. Preservação dos direitos fundamentais do investigado amparado pelos princípios da dignidade humana e da e da legalidade ou Reserva de Constituição.

<sup>274</sup> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA NÃOCONHECIDA. IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. JUÍZO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECUSA DOS DESCENDENTES AO EXAME DE DNA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 301/STJ. DEMONSTRAÇÃO DO RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A GENITORA E O INVESTIGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME POR ESTA CORTE ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Diante da imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade, não há como reconhecer a decadência prevista nos artigos 178 § 9º VI e 362 do Código Civil revogado.

2. A falta de prequestionamento torna o recurso deficiente pela carência de pressuposto específico de admissibilidade. Aplicação da Súmula 282/STF.

3. A presunção relativa decorrente da recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, cristalizada na Súmula 301/STJ, não pode ser estendida aos seus descendentes, por se tratar de direito personalíssimo e indisponível.

4. A Súmula n.º 07/STJ impossibilita a verificação, em sede de recurso especial, sobre a existência de apontado relacionamento amoroso entre a genitora da recorrente e o suposto pai.

5. Recurso especial não conhecido. (REsp 714969 / MS, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 04/03/2010, DJe 22/03/2010).

origem genética. A verdade jurídica geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica.<sup>275</sup>

Essa verdade jurídica impõe questionamentos que interferem na personalidade da criança, quando ela se pergunta quem é seu pai de verdade? Surgindo daí alguns questionamentos: qual dignidade deve prevalecer, se ambos os interessados investigante e investigado invocam a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, para tornar intangíveis seus direitos fundamentais?

Não estamos diante de uma hipótese de um princípio absoluto, do tudo ou nada, e sim da hipótese de relativização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por certo mantendo o princípio da igualdade entre as pessoas, porém aplicando-se os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade para resolver o conflito entre os princípios constitucionais, aos quais se deve obediência por ocuparem a mesma posição na hierarquia normativa.

A prevalência do direito do filho deve fazer com que os direitos fundamentais do investigado à autoridade física, à intimidade, à vida privada cedam em favor daquele, sujeição que encontra respaldo no processo de ponderação e nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.<sup>276</sup>

#### 4.4 O OUTRO LADO DA MOEDA – DIREITO DE SER PAI.

A família é a base da sociedade. É o que diz a Constituição da República, que também consagra a paternidade responsável e admite o planejamento familiar, atribuindo ao homem e à mulher o exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, assegurando ao casal a

---

<sup>275</sup> Habeas Corpus n. 71.373-4/RS, DJU 22/11/1996, relator Ministro Francisco Rezek – STF, por maioria de votos, concedeu a ordem ao paciente para não realizar o exame pericial em DNA.

<sup>276</sup> ALMEIDA, Maria C. de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Pessoa Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

liberdade de decidir sobre a eventualidade da prole, acaba por ser reiterado o princípio da igualdade.<sup>277</sup>

As questões relativas à filiação, no entanto, são tidas como algo que só diz respeito à mulher. Alavancada pelo movimento feminista, a procriação é vista como um direito feminino, e a livre decisão sobre a manutenção ou não da gestação é a bandeira que leva às últimas conseqüências a emancipação feminina. Mas, se é conferida ao casal a decisão do planejamento familiar, qual o papel do pai?<sup>278</sup>

As mulheres após a emancipação feminina de procriar quando e de quem quiser, após o advento das reproduções assistidas, aliadas ao crescimento da capacidade financeira, resulta numa gravidez unilateral, assumindo a mãe o papel do pai, ou ainda escolhendo para a criança o pai que lhe convém.

Parafraseando Gabriel Valle<sup>279</sup> “Toda pessoa quando é gerada, necessita da definição de quem é seu pai, porque a mãe é sempre conhecida mas o pai precisa de reconhecimento, porque ninguém é gerado somente pelo óvulo da mãe. A presunção de paternidade tem o condão de presumir ser o marido o pai dos filhos havidos por uma mulher, pois sendo a fidelidade um dever conjugal e havendo convivência marital, o filho havido pela mulher casada supõe-se do marido desta. E em nome da verdade jurídica, se está cerceando o direito do pai de buscar sua verdade biológica, direito que também lhe é garantido, fundamentado nos mesmos direitos que concede aos filhos a buscar por sua origem.

A sociedade vive um momento de relações amorosas passageiras, uma vez que as mulheres neste Século XXI já buscam o sexo somente por prazer, resultando em geração de crianças de forma unilateral na sua escolha,<sup>280</sup>

---

<sup>277</sup> DIAS, Maria Berenice. O Direito do Pai - Disponível em: <[http://www.blindagemfiscal.com.br/familia/direito\\_do\\_pai.htm](http://www.blindagemfiscal.com.br/familia/direito_do_pai.htm)>. Acesso em: 07 set. 2009.

<sup>278</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op.cit.*, 2009.

<sup>279</sup> VALLE, Gabriel. *Op.cit.*, 1999.

<sup>280</sup> RELATOS DE UM JUIZ. Disponível em: <<http://www.diariodeumjuiz.com/?p=1827>>. Acesso em: 06 set. 2010.

Relato 1 -“Tive um relacionamento que durou um mês, três meses depois essa ex namorada me procurou dizendo que estava grávida, acompanhei a primeira ecografia. Fiquei muito feliz por ter o sonho de ser pai, ele queria casar, porem conversei e disse que não a amava, e que daria todo o

e por muitas vezes imputando a outro homem uma verdade jurídica, estabelecendo vínculo entre suposto pai e filho meramente afetivo, em detrimento daquele que desconhecia tal paternidade.<sup>281</sup>

O alto número de crianças sem constar o nome do pai no seu registro<sup>282</sup> não está somente voltada para os fundamentos impostos pela sociedade, “do pai que não quer reconhecer seu filho”, e sim para uma quantidade esmagadora de mães que por escolha cerceiam tanto da criança como do pai o direito de reconhecimento de ascendência e descendência.

Os fundamentos jurídicos de direito de reconhecimento direcionados à criança deverão ser também direcionados aqueles que não o fizeram por desconhecimento e tem revelada sua condição de pai. É muito importante um filho saber quem é o seu pai e a sua mãe, o mesmo grau de importância deve ser dirigido ao pai que tem direito de conhecer sua prole, porque para ele pai. É também de fundamental importância tanto dar como receber de seu filho amor carinho que certamente contribuirá numa vida melhor para ambos: pai e filho.

Em respeito ao princípio da dignidade humana, ao pai também pode e deve ser direcionado o direito de conhecer sua prole, uma vez que o elo de possível dependência de um ser na sua nova relação de vida, certamente vai alterar sua estrutura pessoal e familiar, direcionando a novos rumos a uma nova

---

amor a essa criança e a ajudaria financeiramente, mais que casar apenas se no decorrer dessa gravidez eu voltasse a gostar ou amar ela. Porém ela se revoltou e disse que o filho não era meu, acredito que disse isso para se vingar. Essa criança está prestes a nascer, ela conseguirá registrar essa criança sem declarar um pai? minha dúvida e essa, por que torço que não consiga, assim ela me procura e ganho o meu direito como pai.”

Relato 2 – [Setembro 17th, 2009 às 12:16 a m](#)– “Bom dia! Meu caso é muito parecido com o caso 1, só que no meu caso a criança nasceu e foi registrada apenas no nome da mãe, e a mãe se nega a deixar eu registrar a criança, qual seria os meus direitos?”

<sup>281</sup> Reportagem no Jornal a GAZETA DO POVO – Curitiba– Publicada em 20.08.2010. CNJ quer reduzir casos de paternidade desconhecida.” Conselho orienta juízes sobre como agir em processos que visem forçar um pai a reconhecer o filho. Mãe poderá identificar quem não assumir a responsabilidade. Publicado em 20/08/2010 | GABRIEL AZEVEDO, ESPECIAL PARA A GAZETA DO POVO No Paraná, 8,6% dos 2.446.045 alunos matriculados nos ensinamentos infantil, fundamental e médio não têm o nome do pai na certidão de nascimento. No Brasil, segundo dados do Censo Escolar de 2009, esse número chega a 4,5 milhões de estudantes. De acordo com estatísticas do Ministério Público (MP) do estado, por ano, 2.200 crianças são registradas apenas no nome da mãe, em Curitiba. GAZETA DO POVO. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1037768>>. Acesso em: 07 set. 2010.

<sup>282</sup> *Ibidem*.



família, agora constituída de um novo indivíduo que dele depende não somente no aspecto econômico como também emocional e estrutural e nesta nova estrutura estará presente uma nova família.

A presunção legal da paternidade já não é mais deduzida de um fato já conhecido: o casamento, ou seja, a presunção *pater is est* já não mais se aplica na sociedade atual, face as novas relações existentes entre as pessoas, a exemplo de encontros eventuais, inseminação artificial entre casal heteros e homossexuais e principalmente a existência da infidelidade da mulher que já não mais é vista como crime no nosso ordenamento jurídico, apesar de ainda figurar como dever da mulher durante a existência do casamento.

O Código Civil no seu artigo 1617, em pelo vigor, impõe uma paternidade meramente jurídica, deixando de considerar que a realidade é de situações adversas, a exemplo daquele homem que manteve uma relação amorosa com a mulher casada e desconhece a existência do filho, ou ainda daqueles que tiveram um único encontro e desconhecem a identidade um do outro, e assim o pai desconhece a existência do filho.

A situação requer uma análise mais profunda, visando encontrar a melhor alternativa para se resguardar o interesse da criança e ainda o interesse do pai biológico, não impondo àquele que se declarou pai porque julgava sê-lo o ônus de arcar com uma paternidade que não corresponde à verdade. Ao pai biológico deve ser direcionada a obrigação impostas a ele enquanto pai não devendo privá-lo de gozar dos prazeres da relação com o filho, em detrimento do direito daquele que se declarou pai.

Será também de melhor interesse da criança o direito de conhecer e conviver com seu pai biológico, é certo que de um lado a anulação do registro de nascimento no que se refere à paternidade mexe com a própria identidade da criança, e, de outro lado, a perpetuação da situação de falsidade

também pode lesar a criança, vez que uma relação saudável entre pai e filho não pode se constituir, salvo se houver desejo de ambas as partes.<sup>283</sup>

A história reconhece que a declaração judicial do liame paternal passou por sucessivos impactos nos diversos momentos da evolução do direito brasileiro<sup>284</sup> e o primeiro deles está caracterizado no próprio ordenamento jurídico, através da elaboração de leis e construções doutrinárias e jurisprudencial, que evoluiu da proibição do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento para o tratamento isonômico da prole, proibindo qualquer discriminação ou tratamento desigual.<sup>285</sup>

O segundo está retratado nos avanços e conquistas da engenharia genética, mais precisamente através do exame de DNA nas investigações judiciais de paternidade. “O DNA foi interpretado como o fim de um enigma.”<sup>286</sup>

O terceiro advém do meio sócio cultural em que está inserida a pessoa, ou seja a família, possuidora de proteção especial do Estado através do artigo 226 da Carta Magna, família esta ao longo da história sofreu mutações no seu conceito, a exemplo do entendimento atual do Direito das Famílias na atualidade que sofreu mutações<sup>287</sup> no seu conceito.<sup>288</sup>

A paternidade anteriormente deduzida por presunção do *pater is est*, ou declarada pelo juiz, fundamentado subjetivamente na sua convicção

---

<sup>283</sup> FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. Paternidade Biológica X Paternidade declarada: Quando a verdade vem a tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 13. Abr.Maio.Jun./2002.

<sup>284</sup> ALMEIDA, Maria C. de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Pessoa Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>285</sup> Artigo 227 - § 6º da CR/88.

<sup>286</sup> ALMEIDA, Maria. Op.cit. 2003

<sup>287</sup> “O triângulo pai-mãe-filhos muda de conformação”. A partir dos anos 90, especialmente pela luta dos movimentos sociais, as unidades familiares apresentam as mais variadas formas possíveis. Muito comum são as famílias monoparentais, formadas por um dos pais e seus filhos – biológicos ou adotivos. Proliferam, de igual sorte, as famílias formadas por homossexuais, homens ou mulheres, as famílias formadas por irmãos, por avós e netos, tios e sobrinhos, primos, etc.”

<sup>288</sup> O novo conceito de família foi inserido num conceito atual, reconhecendo o Estado como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou pela união estável entre homem e mulher (art. 226 da CR/88)<sup>288</sup>. Podemos concluir que família advém de uma organização cultural, auto-sustentável, cultural porque não se constitui apenas por homem mulher e filhos, e por ser uma estruturação psíquica, cada um dos seus membros ocupa um lugar, sem necessariamente estarem ligados biologicamente. Esta estrutura familiar está acima do Direito.

(certeza moral e relativa), passou a ser fundamentada em um dado objetivo, passou a ser fundamentada num dado objetivo, através da perícia genética do DNA, resultando na definição do vínculo paternal com fundamento na realidade e não mais nas ficções jurídicas.

A verdade biológica alcançada com o teste de DNA dá segurança científica e jurídica às decisões judiciais, contudo não tem impedido o desencadeamento de dilemas de difícil solução. É fato que não podemos conceber o estado de filiação, na atualidade, apenas e tão somente a partir da existência de um vínculo genético, é preciso tangenciar uma outra realidade paralela à verdade biológica da filiação, ou seja a paternidade afetiva.

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de efetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade<sup>289</sup>, sendo necessário se saber distinguir pai de genitor, embora o consenso geral seja de que o pai ame seu filho, a comunidade psiquiátrica reconhece que o genitor não é necessariamente o pai.<sup>290</sup>

A paternidade está ligada ao problema de adoção á que, genitor ou não, adotamos nossos filhos, e eles também nos adotam, conforme Paulo Lôbo<sup>291</sup> que aponta esta diferença:

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos , a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja de natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.

E ainda Rodrigo da Cunha Pereira:<sup>292</sup>

---

<sup>289</sup> VILLELA, João batista. *Op. cit.*, 1979.

<sup>290</sup> VENCESLAU, Rose Melo. *Op.cit.*, 2004.

<sup>291</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da afetividade na filiação. Anais do II Congresso brasileiro de Direito de Família. A Família na Travessia do Milênio.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

<sup>292</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família uma Abordagem Psicanalítica.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Embora os ordenamentos jurídicos acidentais em geral determinem a paternidade biológica como fonte de responsabilidade civil, a verdadeira paternidade só se torna possível a partir de um ato de vontade ou de um desejo. Assim, ela pode colidir, ou não com o elemento biológico. Nós nos arriscamos a dizer que em nossa sociedade a paternidade baseada puramente nos laços de sangue pode ser uma ficção.

É insuficiente uma paternidade que se funda apenas no dado genético, vez que a falta do exercício da sua função se apresentará como um vínculo fictício, pois não existirá correspondência com o ato de ser pai, ou seja amar, cuidar, educar, alimentar, proteger etc.<sup>293</sup> Pai não é apenas o genitor é sim aquele que assume a responsabilidade que o Direito lhe impõe, enfim, é o exercício contínuo de uma função.

A paternidade ainda que genética, será sempre construída e se espelha na posse do estado de filho que se caracteriza pela integração de três elementos: *nomen*, *tractus* e *reputatio*. Onde o *nomen* é a utilização do nome de família de quem se pretende ser filho. O *tractus* resulta da situação onde uma pessoa é cuidada, tratada e apresentada como filho. A *reputatio* decorre da consideração da família e da sociedade em relação a uma pessoa como filha de alguém, o pai socioafetivo. Nem sempre todos esses elementos estão presentes para demonstrar posse de estado de filho, nem são eles taxativos.<sup>294</sup>

Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco.<sup>295</sup> Entretanto, não estamos afirmando que a dimensão do vínculo de afeto entre pais e filhos afasta a verdade genética, ao contrário a ausência de afeto pode por dúvida ao próprio vínculo da filiação.<sup>296</sup>

O vínculo de sangue é considerado hegemônico<sup>297</sup> e continua sendo um dos elementos definidores da qualificação jurídica da pessoa, do

---

<sup>293</sup> VENCESLAU, Rose Melo. *Op.cit.*, 2004.

<sup>294</sup> VENCESLAU, Rose Melo. *Op.cit.*, 2004.

<sup>295</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: Relação Biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

<sup>296</sup> *Idem*. *Estabelecimento da filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

<sup>297</sup> ALMEIDA, Maria. *Op.cit.* 2003

Esta hegemonia vem se propagando, inclusive, na formação dos pais socioafetivos. É o caso da adoção e da inseminação artificial heteróloga, nos quais é possível a realização do direito fundamental ao conhecimento da ascendência genética, ainda que não se atribua efeitos jurídicos, tais como a determinação da relação paterno-filial biológica, porquanto já existente, nem mesmo para a fixação do vínculo sucessório ou patrimonial de qualquer ordem.

seu estado de filho, do *status* de cidadão<sup>298</sup> no qual se apóia a investigação de paternidade, fortalecendo o direito fundamental à identidade pessoal, como conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>298</sup> BARBOZA, Heloisa helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de janeiro: Renovar 1993.

## CONCLUSÃO

Os novos conceitos balizados no afeto merecem amparo jurídico; contudo, mecanismos de proteção ainda carecem de definição legal, visando a disciplinar os direitos daquele cuja paternidade era desconhecida e a teve revelada, no intuito de reduzir o poder materno nas definições e decisões da paternidade, em detrimento do direito do pai biológico.

Não se pode negar que também merece amparo o pai biológico desconhecedor da sua paternidade, a quem deve ser direcionado o direito hoje cerceado de convivência com o filho, no momento da revelação.

Se a paternidade efetiva é a defendida por juristas e doutrinadores, a qual encontra respaldo na legislação vigente, os mesmos argumentos deverão ser apontados na defesa daquele que deixou de exercer seu direito de afeto por desconhecer a existência do seu filho, e quando conhecer essa verdade, a ele deve ser direcionado o direito de convivência e reconhecimento legal.

Doutrinadores renomados, a exemplo de Maria Berenice Dias<sup>299</sup> reconhecem o direito da paternidade afetiva em todos os relacionamentos modernos, nos quais não mais se constata a origem da filiação, em favor do aspecto afetivo, tal como ocorre na reprodução assistida, bem como nas relações entre casais do mesmo sexo (homoafetivas). Em muitas situações a exemplo das aqui enunciadas se privilegia o critério de afetividade àqueles que não seriam definidos nem como pai, nem como mãe, sendo suficiente a participação na formação e criação da criança, o zelo pelo seu desenvolvimento e educação, atenção ao seu sustento, para definir o direito da paternidade afetiva.

Como poderá o pai da paternidade desconhecida nutrir por seu filho amor verdadeiro se a ele não foi revelada essa condição? O reconhecimento da paternidade afetiva concedeu maiores poderes às mães, que, de fato e de direito, decidem se informam a paternidade da criança, em contraponto a

---

<sup>299</sup> BARBOZA, Heloisa helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de janeiro: Renovar 1993, p.16.

todo o ordenamento jurídico vigente, e mais, a ratificação da sua decisão encontra amparo na própria legislação...

Doutrinadores<sup>300</sup> e legisladores e a maioria dos estudos na área da paternidade buscam de forma vigorosa o reconhecimento do afeto na definição da paternidade, reconhecendo como “ verdadeiros pais são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança, “ pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo.”<sup>301</sup>

A visão pluralista das relações interpessoais levou à necessidade de buscar a identificação de um diferencial para definir família. Não se pode deixar de ver no afeto o elo que enlaça sentimentos e compromete vidas, transformando um vínculo afetivo em uma entidade familiar. *O afeto é que conjuga.*[7] O envolvimento emocional, o sentimento do amor que aproxima almas, enlaça vidas e embaralha patrimônios, gerando responsabilidades e compromissos mútuos, revelam o nascimento de uma família, a merecer abrigo no Direito de Família.

Na atualidade, reconhece-se a paternidade escolhida, seja pela reprodução assistida, ou ainda pelas relações homossexuais, como fundamentadas no afeto, com reconhecimento jurídico, fundamentado exclusivamente na vontade materna, uma vez que somente a ela foi concedido o direito divino da maternidade.

O reconhecimento predominante da paternidade afetiva por parte de doutrina, legislação e jurisprudência, em defesa do maior interesse da criança, nivelando-se que toda relação afetiva existente, fundamenta-se na negativa do mesmo afeto pelo pai biológico, sem qualquer mecanismo de defesa da paternidade desconhecida revelada.

---

<sup>300</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a Filiação Biológica e a Afetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.14, jul.set.2002.

<sup>301</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14, p. 9.

Nessa linha argumentativa, é desafiadora a condição do pai que jamais soube de seu vínculo com a criança, a quem não dirigiu afeto, confiança, sustento e formação moral, porque lhe foi cerceado o direito de conhecer a própria existência do filho. Não se trata de rejeição e, muito menos, negativa de convivência, o que prevaleceu de fato foi a crueldade materna, na decisão de quem será e de quem não será informado de sua condição de paternidade.

A irrevogabilidade da filiação sócio-afetiva é um contra senso, quando estamos falando da paternidade revelada, porque esta não está inserida na farta fundamentação afetiva, que está focada na falta de interesse paterno, e sim do desconhecimento, e esta escolha é materna.

O dispositivo contido no art. 48<sup>302</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente é discriminatório e cruel, face à ao desconhecimento do biológico da sua condição de pai, e a garantia dos seus direitos podem e devem ser fundamentados nos mesmos argumentos utilizados para o sócio-afetivo.

Conceder somente direitos de busca da origem, sem estender e esses direitos o reconhecimento da condição de pai e filho, é negar a possibilidade de troca de afeto entre eles, tão fartamente defendida por legisladores e doutrinadores.

A esse respeito, o entendimento uníssono de que:

por força da Lei 8069/90 – ECA, e em nome do melhor interesse da criança, deve prevalecer a paternidade afetiva, em detrimento da biológica, sempre que se revelar como o meio mais adequado de realização dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, especialmente de um dos seus direitos fundamentais: o direito a convivência familiar.<sup>303</sup>

---

<sup>302</sup> Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

<sup>303</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Silva. *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.135-142.



É certo que estará se fundamentando na lei o direito e o estado de filho, em frontal agressão ao direito constitucional do estado de pai, negando-lhe o direito fundamental e constitucional de reconhecer sua prole, até estão desconhecida.

Os mecanismos de amparo ao menor criam uma ilegalidade, em evidente desrespeito ao princípio da dignidade humana, no que diz respeito ao direito paterno, porque a ele não está assegurado direitos? A proteção deve existir para ambos, ou seja tanto para o pai como para o filho.

Os direitos fundamentados no princípio da dignidade humana que reconhece o direito do indivíduo buscar conhecer sua origem, não poderão servir de paradigma para obstar ao pai o direito de conhecer sua prole e a ela direcionar, amor, afeto, cuidado e responsabilidade e principalmente o direito ao convívio familiar.

As recentes transformações pelas quais passou a família, deixando de ser uma unidade de caráter econômico, social e religioso e passou a se firmar como grupo de afetividade e companheirismo<sup>304</sup> deve servir também como amparo técnico jurídico para o reconhecimento daquele que desconhece sua prole de exercer seu direito inconstitucional de convivência, evocando o princípio da dignidade humana.

O reconhecimento da verdade real não definirá somente aquele que colocou o filho no mundo, e sim reconhecerá o direito incontestável do exercício contínuo de uma função. É inconteste ser o poder das mães o definidor da existência de uma parcela significativa de homens que desconhecem serem pais.

Contudo o presente trabalho visa declarar inconteste que toda paternidade é afetiva, uma vez que os laços que une pai e filhos advém de uma convivência pura e saudável, direcionando responsabilidade, proteção e mais amor mútuo, resultando no direito do pai em conhecer sua prole.

---

<sup>304</sup> VENCESLAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

Concluindo, devemos buscar um reconhecimento jurídico do *status de pai*, em defesa do direito paterno de ter reconhecida sua paternidade biológica revelada, como garantidora do direito ao exercício da paternidade, visando criar laços de amor através da convivência, porque se o afeto é quem conjuga<sup>305</sup>, o envolvimento emocional é resultante do sentimento de amor que aproxima almas e enlaça vidas.

---

<sup>305</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14, p. 9.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA Júnior, A. Paternidade Aspectos Bio-psicológico, Jurídico e Social. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940.

ALMEIDA, Maria C. de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Pessoa Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. *RTCD*. V.17. Jan. Mar./ 2004.

AQUINO, Felipe. Site Editora Cléofas. *Os Escândalos da inseminação artificial*. Disponível em: <http://www.cleofas.com.br/virtual/texto.php?doc=MORAL&id=mor0005>. Acesso em 03 set. 2010.

ASSIS, Machado de. *O espelho*. V.II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

BRAMBILLA, Leandro V. O que se entende por paternidade socioafetiva?. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2059074/o-que-se-entende-por-paternidade-socioafetivaleandro-vilela-brambilla>. Acesso em: 03.07.2010.

BARBOZA, Heloisa helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de janeiro: Renovar 1993.

\_\_\_\_\_. Novas relações de filiação e paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Silva. *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999..

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio. Ao Encontro do Pai. *Revista Brasileira de Direito de Família*. N. 16. Jan.- mar./2003.

BARROS, Fernanda O. de. Do direito ao pai: sobre a paternidade no ordenamento jurídico. *Revista Brasileira de Direito de família*, n.6, jul. set./2000.

BARROS, Sérgio R. A Ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Editora Síntese, Porto Alegre, RS, ano IV, n. 14, jul./ago./set. 2002, p.5-10.

\_\_\_\_\_. Matrimônio e patrimônio. in *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFam, v. 1, n. 1, abr./jun., 1999. p. 11.

BILAC, Elisabete Dória. "Família: algumas inquietações", In CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*, São Paulo: Cortez, 2000.

BITTAR, Carlos A. *Os Direitos da personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BLIKSTEIN, Daniel. DNA, Paternidade e Filiação. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2008 – p. 214

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOZON Michel, 1954. Sociologia da Sexualidade/ Michel Bozon; tradução Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

BRAMBILLA, Leandro V. O que se entende por paternidade socioafetiva?. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2059074/o-que-se-entende-por-paternidade-socioafetivaleandro-vilela-brambilla>>. Acesso em: 03.07.2010.

BRITO, Laila Maria Torraca. *Paternidades Contestadas*. Rio de Janeiro: Del Rey Editora, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – V. 5*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2006.

COLCERNIANI, Cláudia Borges; SOUZA, Fernanda B. C. Carlos de. *Adolescentes cuja paternidade não foi reconhecida por seus pais biológicos*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20%20Adolescentes%20cuja%20paternidade%20n%C3%A3o%20foi%20reconhecida%20por%20seus%20pais%20biol%C3%B3gicos%20O%20que%20eles%20pensam%20sobre%20maternidade%20e%20paternidade.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Editora Romana jurídica, 2004.

DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira. *O direito de ser filho e a Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7397>>. Acesso em: 03 set. 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito das Famílias. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. O Direito do pai. Disponível em: <[http://www.blindagemfiscal.com.br/familia/direito\\_do\\_pai.htm](http://www.blindagemfiscal.com.br/familia/direito_do_pai.htm)> Acesso em: 07 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Direito de família: investigando a parentalidade. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 64-68, out./dez. 2004.

DINIZ, Maria Helena Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 25.ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTADÃO. 29/06/09.< <http://www.estadao.com.br/noticias/artelazer,michael-jackson-nao-era-pai-biologico-diz-ex-mulher,394781,0.htm>>. Acesso em: 23. ago. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996 – p. 286

\_\_\_\_\_. *Direito de Família*. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 235

\_\_\_\_\_. *Elementos críticos de Direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. - *Paternidade e relativização da coisa julgada*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2003/paternidadeerelativizacaodacoisajulgada.htm>>. Acesso em: 07 set. 2010.

FERREIRA, Aline Damásio Damasceno Ferreira. *Bioética e Filiação Direito à Identidade Pessoal, Direito a Conhecer a Origem Biológica*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/45104/1/BIOETICA-E-FILIACAO-DIREITO-A-IDENTIDADE-PESSOAL-DIREITO-A-CONHECER-A-ORIGEM-BIOLOGICA/pagina1.html>>. Acesso em: 07.09.2010

FIUZA, César. *Direito civil: completo*. 6.ed. rev. Atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Lipovetsky, G. *A terceira mulher: permanência e revolução do feminino*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. Paternidade Biológica X Paternidade declarada: Quando a verdade vem a tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 13. Abr.Maió.Jun./2002.

GAMA, Guilherme Calmon Teixeira da. *A Nova Filiação. O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Filiação e reprodução assistida – Introdução ao tema sob a perspectiva civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001-p.227

GAZETA DO POVO. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1037768>>. Acesso em: 07 set. 2010.

HAPNER, Adriana A. M. A. *et all.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da S.; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008 – p.80

JULIEN, Philippe. *A feminilidade velada: aliança conjugal e modernidade*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 1997.

LACAN, Jacques. Complexos familiares. Trad. Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: Uma distinção necessária. *Revista de Direito de Família*, n.19, Porto Alegre, Síntese ago./set./2003.

\_\_\_\_\_. *Princípio Jurídico da afetividade na filiação. Anais do II Congresso brasileiro de Direito de Família. A Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4752>. Acesso em: 14 nov. 2010.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Cultural, 1986.

MADALENO, Rolf-Direito de Família: aspectos polêmicos-Porto Alegre Livraria do Advogado - 1998 - p.119

MIRANDA, Pontes de Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, v.9.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito de Família*. v.2. Atualizado por SILVA, Regina B. T.da. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Paternidade e Coisa Julgada*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

NOGUEIRA, Jacqueline Figueira Nogueira. *A Filiação que se constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

PEREIRA, Sergio Gischkow. **A Igualdade Jurídica na Filiação Biológica em face do novo sistema de direito de família no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família uma Abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Tânia da S. *A Ética da Convivência Familiar, sua efetividade no Cotidiano dos Tribunais. O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

\_\_\_\_\_.O cuidado como valor jurídico. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=216>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

PERROT, Michele. "O nó e o ninho", *Veja 25: reflexões para o futuro*, São Paulo: Abril, 1993<<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/ninho.htm>> acesso em 02.07.2010

RELATOS DE UM JUIZ. Disponível em: <<http://www.diariodeumjuiz.com/?p=1827>>. Acesso em: 06 set. 2010.

RODINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. *Direito de Família*. v.6. São Paulo: Saraiva, 2007.

SINGLY, Francois de. Sociologia da Família Contemporânea Editora Fundação Getúlio Vargas. Tradução de Clarice Ehlers Peixoto. 2.ed. 2004 - p. 149

SOUZA, [Carlos Affonso](#); [SAMPAIO, Patrícia Regina P.](#) Princípio da Proporcionalidade. Disponível em: <<http://www.algosobre.com.br/direito-administrativo/principio-da-proporcionalidade.html>>. Acesso em: 05 set. 2010.

SOUZA, Euclides de. *Alienação parental, perigo iminente*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-435121337>>. Acesso em: 29 ago. 2010.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001

OBSERVATÓRIO de gêneros. Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/aumenta-percentual-mundial-de-mulheres-no-parlamentoMaisMulheresnoPoderBrasil>>.

VALLE, Gabriel. *Ética e Direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

VENCESLAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

VENOSA, Silvo. Curso de Direito Civil. v.6. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2008.

VILELA, João Batista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, a. 27, n. 21 ,maio 1979, p.401-419.

YAZAKI, Lúcia Mayumi. Fecundidade da mulher paulista abaixo do nível de reposição. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000300005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000300005&script=sci_arttext) >. Acesso em: 29.08.2010

WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 15.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

WATKINS, Frederick M. *A idade da ideologia: o pensamento político, de 1750 até o presente*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966. p. 9.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a Filiação Biológica e a Afetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.14, jul.set.2002.