

OS NOVOS DIREITOS E A FILIAÇÃO: ALGUMAS NOTAS SOBRE OS NOVOS PROBLEMAS, DILEMAS, CONCEPÇÕES DA FILIAÇÃO.¹

Carmela Salsamendi de Carvalho²

RESUMO

O presente artigo estuda a filiação dentro do assunto dos novos direitos, abordando algumas transformações históricas, o atual estado de filiação na perspectiva civil-constitucional e alguns problemas relacionados à nova filiação. Do matrimônio, a nova filiação se desprende e ganhou outro contorno. A Constituição Federal de 1988 proclamou uma nova racionalidade jurídica no Direito de Família, baseada nos princípios eudemonista, da igualdade entre os filhos, da proteção integral à criança e ao adolescente, do pluralismo, no valor jurídico do afeto. Acompanha as transformações filiais, a busca da verdadeira paternidade ou maternidade. Hoje, contempla-se as verdades biológica e afetiva, ao lado da verdade jurídica. Porém, se o horizonte da filiação expande-se, novas problemáticas surgem, devendo elas serem enfrentadas e solucionadas conforme os ditames da Constituição Federal.

Palavras chaves: Novos direitos, Constituição e filiação.

ABSTRACT

The present article studies the filiation, inserted in the theme of new rights. It analyses some historical changes, the current state of filiation in the civil- constitutional perspective and some problems relating to new filiation. The new filiation loosened to the matrimony and got another profile. The Federal Constitution of 1988 proclaimed a new juridical rationality in family law, that is based on the principles eudaemonistic equality among children, protection for the child and adolescent, pluralism, the value of affect. The search for true paternity or maternity follows the filial changes. Today, biological and affective truths are also observed, and not just the legal truth. However, if the filiation' horizon is amplified, new problems appear, which must be faced and solved according to the Constitution rules.

Key-words: New rights, Constitution and Filiation.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. NOVOS PROBLEMAS E DILEMAS DA FILIAÇÃO; 2. ALGUMAS REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS DA FAMÍLIA E DA FILIAÇÃO; 2.1 A família do Código Civil de 1916 e a desigualdade dos filhos; 2.2 Algumas mudanças, pequenos passos; 3. ALGUMAS NOTAS SOBRE A NOVA FILIAÇÃO; 3.1 A Constituição Federal de 1988; 3.2 "A vida como ela é" e as verdades jurídica, biológica e

¹ Artigo apresentado no evento "Diálogos entre Direito e Antropologia: primeiras aproximações interdisciplinares", realizado nos dias 21, 22 e 23 de outubro na UniBrasil, em Curitiba, Paraná.

² Advogada inscrita na OAB/PR nº. 45.364, Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Especialista pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná - FEMPAR e Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL. E-mail: carmelasdc@hotmail.com.

socioafetiva; 3.2.1 A verdade jurídica; 3.2.2 A verdade biológica com o teste de DNA. Os problemas estão resolvidos? 3.2.3 A verdade socioafetiva; **CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS; MÉTODOS.**

INTRODUÇÃO

O Direito de Família é hoje outro. A Família, a filiação, tudo mudou. Por isso, fala-se em nova filiação, em razões das novas necessidades e contingências históricas, sociais e econômicas da vida humana que incidiram sobre as relações filiais.

Mesmo que os novos direitos não sejam inéditos, o novo é a forma de considerar os direitos que não cabem mais na visão clássica. É exatamente isso o que ocorre no Direito da filiação. A estrutura tradicional da filiação não dá mais conta da realidade contemporânea; são reconhecidos novos direitos ligados a relação materno-paterno-filial, como o direito de ter filho biológico. Além disso, o Direito procura rever seus conceitos e diretrizes na busca da concreção das normas constitucionais relativas ao Direito de Família.

Neste trabalho, inicialmente, procurar-se-á mostrar alguns casos reais da vida humana, trazendo a realidade mais próxima das preocupações e discussões teóricas, a fim apenas de chamar a atenção aos novos problemas e dilemas quanto à filiação de hoje.

Depois, serão investigadas as transformações históricas da filiação, passando pela família tradicional, codificada, até as famílias contemporâneas, constitucionalizadas. Por último, considerando o novo panorama da filiação, buscar-se-á determinar as formas de paternidade reconhecidas pelo Direito, a jurídica, biológica e afetiva, e apontar, ao mesmo tempo, alguns pontos problemáticos na construção e aperfeiçoamento da nova filiação.

1. NOVOS PROBLEMAS E DILEMAS DA FILIAÇÃO.

Para elucidar os novos problemas e dilemas da filiação, vale recorrer a alguns casos emblemáticos. Muitos devem lembrar do "Caso Pedrinho" (e de sua irmã), noticiado no ano de 2002, quando foi descoberto, mediante o exame de DNA, que o adolescente Osvaldo Borges Filho, de 16 anos, não era filho de Vilma, a mulher que o tinha registrado como filho e lhe tratou como tal, e sim era o filho de Jayro e Maria Auxiliadora, chamado Pedro e que havia sido seqüestrado ainda recém nascido no hospital.

Após essa descoberta, outra, também baseada no exame de DNA, veio à tona: a irmã de Pedrinho, Roberta, também havia sido raptada por Vilma e registrada como sua filha. Na verdade, era a Aparecida, a filha seqüestrada recém-nascida de Francisca.

Nessas situações, porém, os irmãos Pedrinho e Roberta tomaram caminhos diferentes. Ele acabou aceitando os pais biológicos, que haviam empreendido uma incessante busca pelo filho. Já a Roberta, filha biológica de Francisca, preferiu continuar morando com mãe de criação Vilma.

O exame de DNA possibilitou a descoberta da verdade biológica. Mas o desenvolvimento biotecnológico com reflexo no Direito de Família não se reduziu a este exame. Ainda surgem outras questões sobre a filiação, pois está não advém mais tão somente da procriação carnal dos pais. Como é sabido, é possível realizar um sonho de ter filho através de uma fecundação ou procriação artificial, também chamada de reprodução humana assistida, pelo método da inseminação artificial (I.A.) ou pelo método da fertilização in vitro (F.I.T), com possibilidade inclusive de gestação por outrem.

Nesse rumo, vale trazer outro caso a reflexão, que pode revelar os novos problemas encontrados no estabelecimento da filiação. Trata do caso, divulgado neste ano pelos jornais do país, do famoso médico especialista em reprodução humana, Dr. Roger Abdelmassih, que teria abusado sexualmente de algumas de suas pacientes e realizado a fecundação natural com elas, bem como teria usado seu próprio material genético ou ainda material genético de terceiro sem a permissão do marido nas fecundações artificiais, além de outras irregularidades.

Deixando de lado a controvérsia que grassa em torno da existência ou não de crimes e/ou infrações éticas - já que o aludido médico e empresário ainda está sendo investigado, pela Justiça e pelo Conselho Federal de Medicina - como ficam os eventuais filhos nascidos com o auxílio irregular das técnicas de reprodução assistida? É o caso de anular os registros de nascimentos em que o pai registral foi induzido a erro ao registrar a criança, achando que era seu filho biológico, em detrimento do interesse da pessoa em desenvolvimento?

Ainda deve-se questionar: essas técnicas estão sendo fiscalizadas pelo Poder Público? O mesmo pergunta-se sobre as empresas que realizam os proliferados testes de DNA: estão sendo fiscalizadas regularmente?

Os problemas não param por aí. Os filhos frutos da reprodução assistida heteróloga - a qual utiliza o sêmen de terceiro e, por isso, precisa da autorização do marido - daqui a

alguns anos poderão se encontrar pelo mundo a fora. Só na clínica do Dr. Roger Abdelmassih são feitas milhares reproduções humanas assistidas no mês. Tendo em vista isso, é o caso de suscitar o debate ético frente ao desenvolvimento científico e ao princípio do sigilo da revelação do doador do material genético, o qual é adotado pela Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que trata das técnicas de reprodução humana assistida.

Feitas as menções acima, vale trazer as palavras de Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva a respeito:

a fecundação deixou o ventre materno para passar a ser realizada, também, em laboratórios; o pai deixou de ser, presumidamente, o marido da mãe; a mãe deixou de ser somente aquela que dá à luz. O que era certo passou a ser uma possibilidade e as certezas da filiação passaram a habitar o campo das incertezas.³

Por conseguinte, impõe-se um repensar sobre as novas relações filiais e propor soluções adequadas para viabilizar sua concreção de direitos fundamentais das crianças e adolescentes e das famílias como um todo.

2. ALGUMAS REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS DA FAMÍLIA E DA FILIAÇÃO.

2.1 A família do Código Civil de 1916 e a desigualdade entre os filhos.

A família do Código de 1916 era patriarcal, hierárquica, matrimonial, patrimonial, transpessoal e baseada na desigualdade entre os filhos.

Tinha um conceito fechado e excludente. Correspondia, de certa forma, à sociedade tradicional, que tinha um caráter conservador, visava antes de tudo ao casamento, em que os relacionamentos eram vigiados e a mulher tinha que manter a virgindade para o futuro marido, os papéis eram bem definidos - o marido era responsável pelo sustento do lar e a mulher pelos cuidados da casa e dos filhos.

Evidenciava-se a preocupação com a felicidade da instituição da família, a paz familiar, e não se seus membros. Nesta linha, muitos casamentos eram arranjados e baseados no dote e se mantinham de aparências, pois o divórcio era proibido. E os filhos eram apenas

³ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Os filhos da democracia. *In*: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). *Direito privado e Constituição. Ensaios para uma Recomposição Valorativa da Pessoa e do Patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 355-356.

aqueles havidos dentro do casamento, uma vez que não convinha que os filhos nascidos fora do matrimônio fossem reconhecidos.

Nos claros dizeres de Paulo Lobo, "A família, nessa concepção de vida, deveria ser referencial necessário para a perpetuação das relações de produção existentes, inclusive e, sobretudo, mediante regras formais de sucessão de bens, de unidade em torno do chefe, de filiação certa"⁴.

Daí as características, desse tempo, da indissolubilidade do vínculo matrimonial, da subordinação impressionante da mulher ao cônjuge varão, da chefia centralizada da sociedade conjugal conferida ao homem, dos excessivos poderes do pátrio poder, da presunção de paternidade do marido, em favor da paz doméstica. Nos dizeres de Gustavo Tepedino,

É precisamente neste contexto axiológico que, na esteira de tais mecanismos asseguradores da unidade formal da família, poderá ser compreendida a discriminação sofrida pelos filhos ilegítimos e adotivos, bem como a preocupação exagerada do legislador civil para com os aspectos patrimoniais das relações de filiação, manifestada na sucessão hereditária e nas normas reguladoras do pátrio poder (...).⁵

Portanto, neste modelo, codificado de família, a relação conjugal condicionava a relação paterno-filial, que

se dava por conta do modo de tratamento jurídico destinado às relações de família então: o casamento civil válido era a única forma de constituição de família juridicamente relevante. Assim sendo, todas as outras formas de constituição de família permaneciam unicamente no plano fático ou, tecnicamente falando, no plano da ilegitimidade⁶.
(grifos não constantes no original)

E em consequência, os filhos legítimos eram os filhos havidos do matrimônio. Os filhos foram do casamento eram denominados de filhos ilegítimos e se subdividiam em filhos naturais e filhos espúrios. Os naturais era aqueles que nascidos de pais não casados, mas que não tinham nenhum impedimento. Já os espúrios eram fruto de adultérios, incesto e sacrilégios. Ainda, existiam os filhos adotivos, que compunham a filiação civil e não gozavam dos mesmos direitos que os filhos legítimos.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das Famílias. *In: Revista Brasileira do Direito de Família*, n. 24, p. 152.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In: Direito de Família Contemporâneo. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 550.

⁶ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. *Op. cit.*, p. 347.

Havia, pois, um sistema de filiação plural, no sentido de que havia várias espécies de filhos, sendo que apenas o filho legítimo tinha o pleno exercício dos direitos filiais. Bem explicam Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva que era um "estatuto plural de filiação", no qual "o caráter da relação dos pais determinava a condição jurídica de filho e permitia, ou não, o pleno exercício dos direitos decorrentes da filiação"⁷.

A diferenciação dos filhos implicava a diferenciação de tratamento quanto ao reconhecimento de filiação e também quanto aos direitos dela decorrentes, como o limite imposto aos filhos adotivos para herdar (art. 1.605, §2º, CC/1916, redação original⁸).

Do tratamento diferente, Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva observam que

o ordenamento jurídico então vigente fazia com que os filhos sentissem os efeitos dos atos dos pais, tutelando-os ou excluindo-os de proteção a depender de como os pais haviam se relacionado e dos efeitos jurídicos possíveis, ou não, daquela relação.⁹

Conclui-se que a tutela jurídica da família na Codificação de 1916, fruto da cultura histórica e econômica do país naquela época, tinha como objeto a paz familiar e, nessa ótica, tutelava um único modelo, fechado, excludente e discriminatório de família. Como decorrência, somente um tipo de filho tinha legitimidade: o filho legítimo, nascido dentro do casamento civil válido. Apenas essa espécie de filho fazia parte da família codificada.

2.2 Algumas mudanças, pequenos passos.

A proibição de reconhecimento de filhos fora do casamento foi objeto de abrandamentos aos poucos, com a promulgação de algumas leis esparsas.

Em 1941, o Decreto -Lei nº. 3.200 determinava que não se fizesse menção da filiação ilegítima no registro civil, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de decisão judicial (art. 14).

O Decreto-Lei nº 4.737/42 permitia que, depois do desquite, o filho nascido fora do casamento poderia ser reconhecido ou demandar que se declare a sua filiação. Em 1949, esse

⁷ Idem.

⁸ Art. 1.605. §2º. Ao filho adotivo, se concorrer com os legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um deles.

⁹ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 347-348.

Decreto-Lei foi revogado pela Lei 883/49, que abrandou o rigor do art. 358 Código Civil, que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos. Autoriza, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho extramatrimonial e ao próprio filho a ação para que fosse declarada a filiação.

Em dezembro de 1977, com a Lei 6.515, foi introduzido um parágrafo único no art. 1º da Lei 883/49, permitindo o reconhecimento na constância do matrimônio, mas desde que fosse por testamento cerrado.

Depois, em 1984, com a Lei 7.250, outro parágrafo foi acrescentado a Lei 883/49, trazendo uma relevante alteração: autorizava o reconhecimento de filho adulterino era possível após a separação de fato por mais de cinco anos.

O Código Civil de 1916 foi alterado, permitindo o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, apenas com a Lei 7.841 de 1989, que repetiu a previsão da Constituição Federal de 1988 que igualou os filhos nascidos dentro e fora do casamento.

3. ALGUMAS NOTAS SOBRE A NOVA FILIAÇÃO.

3.1 A Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1988 faz uma gigantesca transformação no Direito de família, contemplando uma nova racionalidade, baseada nos princípios eudemonista¹⁰, na igualdade entre os filhos¹¹, entre os cônjuges¹², entre os pais e filhos, no pluralismo das entidades familiares, na liberdade, na solidariedade, no valor jurídico do afeto. Foi com a Constituição de 1988 que se deu o passo definitivo em direção à democratização da família brasileira, como assinala Maria Celina Bodin de Moraes¹³.

¹⁰ § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹¹ Art. 227. (...)

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

¹² Art. 226. (...)

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In*: Família e Dignidade humana (Coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Anais do V Congresso brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 620.

A família não se restringe mais àquela união estruturada no matrimônio. A Constituição Federal de 1988 protege expressamente outras formas de constituição de família, quais sejam a união estável e a família monoparental, como se pode conferir:

Art. 226 (...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Além dessas entidades familiares expressamente mencionadas na Carta Maior, há outras que também gozam de proteção jurídica, como por exemplo, uma comunidade de irmãos e união entre homossexuais. Assim, pode-se dizer que temos hoje uma família constitucionalizada, que é plural.

No que toca à liberdade na família, a Carta Magna explicitou a possibilidade de divórcio, autorizando inclusive a facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto¹⁴.

Com relação à filiação, a Constituição superou a distinção entre os filhos legítimos, ilegítimos e adotivos. Assim, dispõe o seu art. 227, §6º:

Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações relativas à filiação.

Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva destacam que a alteração constitucional que consagrou o princípio da unidade da filiação constitui um momento especial de longa trajetória¹⁵. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino¹⁶.

Após a Constituição de 1988, sobrevieram o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 e a Lei nº. 8.560 em 1992, que disciplina a averiguação oficiosa de paternidade.

A isonomia dos filhos foi, segundo Gustavo Tepedino, mais do que igualar os direitos patrimoniais e sucessórios, o que era possível desde a Lei do Divórcio (art. 57), ela

¹⁴ Art. 226. (...)

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

¹⁵ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 342.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In*: Direito de Família Contemporâneo. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinariedade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 549.

traz a "nova tábua axiológica, com eficácia imediata para todo o ordenamento", que exige uma correta exegese da normativa. Consoante sua límpida demonstração:

"A disciplina do Código Civil, pela qual a tutela dos filhos estava vinculada à espécie de relação pré-existente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista bem definida. Em primeiro lugar, os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consaguínea, como que resguardados pelos laços de sangue. Em seguida, e em consequência, por atrair o monopólio da proteção estatal à família, o casamento representava um valor em si, identificava-se com a noção de família (legítima), de sorte que a sua manutenção deveria ser preservada a todo custo, mesmo quando o preço da paz (formal) doméstica fosse o sacrifício individual dos seus membros, em particular da mulher e dos filhos sob pátrio poder".
(grifos não constantes no original)

Agora, com a Constituição Federal, seus princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, informando toda a disciplina familiar, a nova tábua de valores, segundo Gustavo Tepedino, faz nascer três laços característicos em matéria de filiação, quais sejam: "1. A **funcionalização** das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A **despatrimonialização** das relações entre pais e filhos; 3. A **desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores**". (sem grifos no original)

São essas características que definem o novo perfil da filiação e implicam nova atitude do intérprete.

A condição jurídica de filho hoje independe do vínculo jurídico, existente ou não, entre os genitores. Ocorre uma dissociação entre a filiação e o casamento, e, com ela, afirmam Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva que o Direito de Filiação é um capítulo autônomo e merece ser objeto de reflexão especial.

Os sujeitos da relação paterno-filiais passaram por um processo de valorização, de modo que os papéis de pai e filho foram reescritos à luz dos princípios constitucionais da dignidade e igualdade.

Paulo Lôbo aponta a afetividade é um elemento nuclear que define a base da família tutelada pela Constituição, que conduz ao fenômeno que se denomina de repersonalização. Repersonalização é a colocação da pessoa no centro das destinações jurídicas, de modo a valorar o ser e não o ter.¹⁷

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das Famílias. In: **Revista Brasileira do Direito de Família**. n. 24, p. 151.

Vale trazer à tona, uma advertência de Paulo Lôbo: "A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. Essa mudança de rumos é inevitável"¹⁸.

Deve-se destacar que essa preocupação com a pessoa humana não é uma retomada do individualismo liberal. Aqui, tem-se em mente um humanismo na solidariedade. Assim, bem adverte Paulo Lôbo:

"A repersonalização, postas nestes termos, não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da dignidade de seus membros como pessoas humanas concretas, em suma, do humanismo que só se constrói na solidariedade, com o outro."¹⁹

No mesmo sentido, também anota Gustavo Tepedino:

O processo evolutivo acima enfocado, demarcado pela funcionalização, despatrimonialização e despenalização das relações de filiação, expressão de uma mutação axiológica que não escapou à percepção e à argúcia de alguns civilistas nacionais, não há de se confundir com o que poderia parecer um retorno ao individualismo. Neste prevalecia a vontade individual, o voluntarismo, ao qual se curvava a tábua de valores do ordenamento. No sistema civil-constitucional, ao reverso, sobreleva a dignidade da pessoa humana, a cujo respeito irrestrito deve-se subordinar a vontade privada.²⁰

Portanto, a filiação tem um novo perfil, adquirido sobremaneira com a Constituição de 1988.

3.2 "A vida como ela é" e as verdades jurídica, biológica e socioafetiva.

Do princípio que institui a igualdade entre os filhos, decorre o direito de os filhos serem declarada a sua verdadeira paternidade. Isto é, o direito de ter pai passa pela busca da verdadeira paternidade.

Maria Cristina de Almeida aduz que

o tema da paternidade ou da filiação no Direito de Família contemporâneo implica, necessariamente, focar os três momentos que hoje se interligam na relação paterno-filial: a paternidade jurídica ou presumida (dado legal - imposto pela ordem jurídica), a paternidade científica, biológica ou genética

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 156.

¹⁹ Idem.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 553-554.

(dado revelado ou conquistado pela medicina genética) e a paternidade socioafetiva (dado cultural ou histórico, construído em conformidade à ordem axiológica de uma determinada época)²¹.

As filiações jurídica e biológica já são consagradas pelo ordenamento jurídico. A filiação afetiva, a seu turno, é uma teoria inovadora, adotada em alguns países, como na França e em Portugal, e caracteriza-se como uma forma de se determinar a filiação principalmente nas relações de afeto paterno-materno-filiais.

Por vezes, essas verdades, jurídica, biológica e sócio-afetiva, não coincidem, e aí surgem as complexidades e problemáticas. Aquele conceito de família, em que o pai de sangue é quem registra a criança e quem a cria nem sempre traduz a realidade.

Como afirmam Luiz Edson Fachin e Ana Carla Harmatiuk Matos, "A realidade (e o discurso que a explica) escapa dessa simplicidade e assume uma dimensão plural e complexa, dado que dilemas da vida e dos afetos indicam que as paternidades biológica, jurídica e socioafetiva podem ou não se focar em uma mesma pessoa"²².

E quando não coincidem as verdades, como solucioná-los? Qual é a verdadeira paternidade? Ou quais são as verdades que devem prevalecer? Pode uma pessoa ter mais de um pai ou mãe? Como resolver os casos em que a verdade biológica e a verdade sócio-afetiva não recaem numa mesma pessoa²³?

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: IBSFAM/Del Rey, 2002. p. 449.

²² FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo. 2009. p. 266.

²³ Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. **Peculiaridades.**

- A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.

- O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

- O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.

- Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.

- A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registraes, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.

Para esboçar a realidade da vida contemporânea, tem-se as famílias recompostas. Uma mulher pode casar-se novamente, e o seu novo marido torna-se para seu filho um autêntico pai. Ou ainda, um filho de um dos cônjuges ou companheiros e os filhos do outro cônjuge ou companheiro podem viver como verdadeiros irmãos.

Observam com agudeza Luiz Edson Fachin e Ana Carla Harmatiuk Matos que as situações descritas têm aspectos em comum com a noção de posse de estado de filho, notadamente quanto a ausência da vinculação biológica, mas não se identificam, já que não há o reconhecimento registral, isto é, o elemento do nome da posse de estado de filho²⁴.

A posse de estado de filho deve ser vista como um referencial importante no reconhecimento da filiação socioafetiva, e não como uma configuração indispensável, sob pena de se apoiar em conceitos excludentes, que tanto se combate atualidade. A esse desiderato, calha transcrever a posição sustentada pelos autores em questão:

Pugna-se para o reconhecimento da concepção de filiação socioafetiva que **tenha na posse de estado de filho um parâmetro e não a veja sob o prisma dos requisitos absolutamente necessários para sua configuração**. Tal noção fundamenta-se também na interpretação sistemática do atual Código Civil.²⁵

(grifos não constantes no original)

A situação mais complexa fica quando há o reconhecimento formal do pai biológico e a criança trava com o novo marido da mãe uma relação nitidamente de pai e filho, de modo que ocorre uma co-existência de figuras paternas: um pai biológico e formal e outro afetivo.

Essa coexistência entre dois pais ou mesmo duas mães simultaneamente é uma marca da família reconstituída, do tempo contemporâneo, que acaba ponto em cheque o paradigma tradicional de família.

- Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.

- **Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.**

Recurso especial provido.

(REsp 833.712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007 p. 347)

(grifos não constantes no original)

²⁴ FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Op. cit., p. 270.

²⁵ Ibidem, p. 271.

Outro caso em que é possível encontrar dois pais ou duas mães é o da união entre pessoas do mesmo sexo. Uma vez deferida a adoção por um homossexual, o seu parceiro ou a sua parceira pode estabelecer também uma relação verdadeiramente paterna ou materna com a criança. Igualmente pode acontecer de o filho biológico de um homossexual ser criado como filho pelo seu parceiro. Uma terceira hipótese fática possível é a "adoção à brasileira" feita por homossexuais.

Não se pode esquecer da possibilidade de filiação com o auxílio da reprodução assistida heteróloga, em que se utiliza de material genético de doador. Luiz Edson Fachin e Ana Carla Harmatiuk Matos citam um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se deferiu o direito-dever de visitas a parceira, mãe socioafetiva da criança, que foi fruto da reprodução humana assistida planejada conjuntamente pelas duas mulheres (TJRS - Ap. Cív. 70013801592 - 7ª CC - Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos - j. 05.04.2006)²⁶.

Diante da realidade da vida é que Luiz Edson Fachin e Ana Carla Harmatiuk Matos verificam "a necessidade de estudos jurídicos aptos a construir respostas para os dramas nos quais tais noções [pai ou mãe jurídico(a), biológico(a) e socioafetiva(a)] são dissonantes"²⁷.

3.2.1 A verdade jurídica

A verdade jurídica, muitas vezes, se mostrou falha, ao fundar-se na presunção *pater is est*. Há exemplos conhecidos, trazidos na obra Direito de Família, dos Professores Francisco José Ferreira Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira, conforme Fachin²⁸.

Um exemplo é a situação da mulher casada que, separada de fato há anos do marido e que mantém união estável com outro homem, tem filhos desse, do companheiro. A paternidade, pela presunção legal *pater is est*, seria do marido. Desse modo, vê-se que a paternidade jurídica se distancia da realidade.

Pode-se observar que a paternidade legal estava vinculada ao modelo matrimonializado de família, típico da Codificação de 1916, em que a paz familiar sobrepunha-se à felicidade de cada um dos membros da família e à verdade biológica.

²⁶ Ibidem, p. 273.

²⁷ Ibidem, p. 266.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**. Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 34.

A propósito, segundo o Código de 1916, a negação de paternidade se dava por ação específica, em que era legitimado apenas o marido, o lapso temporal era exíguo e as hipóteses eram restritas. Chamava-se de sistema de causas determinadas, fundado na tutela da família, baseada no casamento civil válido e na desigualdade da filiação.

Assim, naquela época, prevalecia a verdade jurídica, ficta. A filiação biológica não tinha lugar. A verdade biológica era uma verdade proibida. Vinculada à família matrimonial, transpessoal, do Código Civil de 1916, só era filho aquele havido dentro do casamento. A norma jurídica proibia a investigação de paternidade em prol da "paz das famílias".

Nos dizeres de Maria Cristina de Almeida, "com tal consagração legislativa, a paternidade legalmente esculpida distancia-se da sua base ou origem biológica para atender a interesses da própria família codificada, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica"²⁹.

Por fim, cabe frisar que a verdade jurídica, ficta, embora não corresponda em alguns casos a realidade, não pode ser desconsiderada por completo, a ponto de ser retirada do ordenamento.

3.2.2. A verdade biológica com o teste de DNA. Os problemas estão resolvidos?

Com os progressos nas técnicas médicas, a verdade biológica ganhou suma reverência. Primeiro, com os exames de sangue e, depois, de DNA. O pai pode agora reconhecer seu filho biológico, pode ser demandado para o reconhecimento da paternidade e, até mesmo, impugnar a paternidade que lhe foi atribuída.

O teste de DNA (ácido desoxirribonucléico) proporciona um resultado comprovado de probabilidade de paternidade de 99,9999% e exclusão de 100%. De uma presunção (*pater is est*) ou de uma convicção judicial baseado numa certeza moral e relativa passa-se a ter a possibilidade de uma certeza científica do DNA nas decisões³⁰.

²⁹ ALMEIDA, Maria Christina. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 451-452.

³⁰ Admite-se a negatória de paternidade, desde que comprovado erro ao proceder ao registro da criança. Nesse sentido:

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade c.c. declaratória de nulidade de registro civil. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido.

Tornou-se, assim, o exame de DNA, um grande meio de prova da revelação da verdade biológica, e não único³¹, embora não seja contemplado expressamente no Código Civil de 2002³².

- O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto.

- Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigador para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano – tão falho por muitas vezes – livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução. Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-pais.

- **O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento**, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o “pai registral” foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto.

- Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento.

- **A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos**, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1003628/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 10/12/2008)

(grifos não constantes no original)

³¹ Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Interesse maior da criança. Vício de consentimento. Ausência de alegação. Mera dúvida acerca do vínculo biológico. Exame de DNA não realizado. Cerceamento de defesa não caracterizado.

- O ajuizar de uma ação negatória de paternidade com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco nos autos, conforme demonstrado no acórdão impugnado, que o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente, a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de se alegar a existência de vício de consentimento, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito.

- Se a causa de pedir da negatória de paternidade repousa em mera dúvida acerca do vínculo biológico, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC, por carência da ação.

- Uma mera dúvida, curiosidade vil, desconfiança que certamente vem em detrimento da criança, pode bater às portas do Judiciário? Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, consciente no momento do reconhecimento voluntário da paternidade, leva para o universo do infante os conflitos que devem permanecer hermeticamente adstritos ao mundo adulto. Devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado.

- É soberano o juiz em seu livre convencimento motivado ao examinar a necessidade da realização de provas requeridas pelas partes, desde que atento às circunstâncias do caso concreto e à imprescindível salvaguarda do contraditório.

- Considerada a versão dos fatos tal como descrita no acórdão impugnado, imutável em sede de recurso especial, mantém-se o quanto decidido pelo Tribunal de origem, insuscetível de reforma o julgado.

Deve-se atentar que a realização do exame de DNA não é a única prova a ser produzida para fundamentar uma sentença e que o seu deferimento precede a livre convicção do juiz, sempre guiada com o máximo cuidado, em atenção a criança ou adolescente, pessoas em desenvolvimento.

Junto com o progresso científico do DNA, surgiram novos dilemas. Oportuno citar, por exemplo, que mesmo na situação em que o marido da mãe registra e cria a criança como seu filho fosse, desconhecendo que não é seu filho biológico, não se deve descurar da proteção integral da criança e adolescente. Ao revés, há decisões que admitem a negatória da paternidade e anulação do registro civil de nascimento, desde que o pai registral tenha sido induzido a erro ao registrar a criança. Contudo, essa é sempre a solução razoável? O interesse da criança está sendo observado?

Impõe destacar a importância deste avanço biotecnológico, principalmente para aqueles que não tinham nenhum pai. Saliente-se que o abandono material não é o principal dano; "o mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não-presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, a segurança e a proteção"³³.

Transparece facilmente um dano à personalidade dos filhos, já que, com o reconhecimento da filiação, ocorre um salto no rendimento escolar dessas crianças e/ou adolescentes. É o que revelam os trabalhos das escolas, realizados com o apoio do Poder Público, desenvolvidos para ter as crianças reconhecidas.

Ainda neste tópico, cabe apontar algumas questões, que aparecem nesse novo cenário. Assim é necessária a reflexão quantos aos casos em que se julgou improcedente a investigação de paternidade por falta de provas. Como esses casos ficam? O Superior Tribunal de Justiça, por sua 4ª Turma, inovou em caráter inédito a compreensão do instituto

- A não demonstração da similitude fática entre os julgados confrontados, afasta a apreciação do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional.

Recurso especial não provido.

(REsp 1067438/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 20/05/2009)

³² Por outro lado, o Código Civil abordou a questão relativa à inseminação artificial e à fertilização *in vitro*, normatizando algumas presunções.

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise**. Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 225.

da coisa julgada e do princípio da segurança jurídica, em 2002, quando admitiu a repetição de ação investigatória de paternidade julgada anteriormente³⁴.

Na decisão, considerou a evolução pela qual passou as relações filiais, trazidas pela revolução biotecnológica, a qual o Direito deve observar, e buscou firmar posição que atenda aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum. Fundamentou que o exame de DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, e que a primitiva ação foi julgada improcedente por insuficiência de provas que corroborasse tanto a paternidade como a sua negativa.

A verdade biológica rompe com um compromisso arraigado pelo Código Civil brasileiro com a verdade jurídica. Ao lado da verdade jurídica da filiação, passa a existir a verdade biológica. Elucidam Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva que

com a tecnologia dando amplas condições para uma determinação mais precisa de resultados, a vinculação entre genitores e gerado passa a ser uma verdade passível de conhecimento. A esfera jurídica se apropria desse conhecimento antes desconhecido, e o laudo passa a informar a possibilidade jurídica da criação de uma relação paterno-filial.³⁵

Já Maria Carihstina de Almeida verifica que

diante do avanço Biotecnológico, passa-se a admitir ser possível na contemporaneidade, em ações de investigação de paternidade, revisitar um julgado no qual não se tenha utilizado o critério científico na apuração da verdade, para torná-lo cientificamente seguro, isto porque a sentença proferida pode, ou, coincidir com a verdade biológica, dada a sua estabilidade jurídica como fruto da persuasão íntima do julgador, e não uma comprovação científica.³⁶

Segundo a aludida autora, a permissão de se rediscutir a coisa julgada no processo civil pode se dar com a ação rescisória, quem tem um prazo decadencial de 2 anos do trânsito em julgado da decisão, como uma nova ação de investigação de paternidade, ultrapassado o referido prazo.

Outro ponto a pensar é a sacralização do exame de DNA. Zeno Veloso bem adverte que:

temos que alertar sobre os grandes riscos e perigos que se corre com esta confiança cega, irrestrita, absoluta, nos testes genéticos. A veneração, a sacralização, a divinização do DNA (e sem, mesmo, ter-se conhecimento de quem faz, ou de como foi feito o exame) é atitude desarrazoada, que tem causado

³⁴ STJ, Resp. nº. 226.436-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Texeira, j. 28.06.2001, DJU 04.02.2002.

³⁵ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 356.

³⁶ ALMEIDA, Maria Christina. Op. cit., p. 170-171.

transtornos e desvios. A questão ainda está envolvida de muita incerteza e insegurança. Em países muito mais desenvolvidos do que o nosso, os próprios cientistas têm sugerido que se tenha cuidado com a supervalorização dos testes de DNA.³⁷

Neste ano, foi noticiado sérias acusações, que apontavam irregularidades de ordem ética-médicas, contra a maior clínica de fecundação artificial do Brasil e seu proprietário, o deve chamar atenção zelosa fiscalização dessas clínicas.

Porém, sem desconsiderar a verdade biológica, deve perguntar: a certeza da verdade biológica é a certeza da verdadeira filiação?

A verdade biológica também não se revela suficiente, absoluta, porque a filiação não é só um dado. Entre pai/mãe e filho, muitas vezes, não há vínculo genético, o que faz surgir "uma nova face da filiação", conforme Maria Christina de Almeida, que assevera que "ser filho é algo mais que ser geneticamente herdeiro de seu genitor, porquanto a figura paterna pode não ter contribuído biologicamente para o nascimento daquele que é seu filho, porém possibilitou que o vínculo fosse construído sobre outras bases, que não genéticas"³⁸.

Portanto, não obstante o desenvolvimento e a reverência da verdade biológica, vem à tona o questionamento de que ela traz uma visão reducionista ao esgotar o elo paterno-filial ao mero ato de geração.

Daí a necessidade de se repensar sobre as relações filiais à luz da realidade social e dos valores introduzidos na Constituição Federal de 1988. A filiação significa muito mais que mero laço de sangue. Ela se constrói, passando a verdade afetiva a ganhar força no tema da filiação.

3.2.3 A verdade sócio-afetiva.

A definição da paternidade, da maternidade igualmente leva em conta conceitos reveladores de um parentesco socioafetivo. Pai também é aquele que estabelece laços de paternidade sócio-afetiva, que lhe dá o nome de família, que lhe trata como filho.

A filiação sócio-afetiva tem uma visão inovadora na medida em que prioriza os sentimentos de pai e filho sobre os laços biológicos.

³⁷ VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 379-390.

³⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit*, p. 179.

Afirma-se que a paternidade sócio-afetiva é captada juridicamente na expressão da "posse de estado de filho". A legislação pátria não contempla a "posse de estado de filho" como elemento importante na definição da filiação, como faz outros países, como França e Portugal. Mas alguns doutrinadores vêm defendendo a prevalência da "posse de estado de filho" como uma resolução mais benéfica às partes envolvidas nesses conflitos, preservando principalmente a criança ou o adolescente.

E o que é a "posse de estado de filho"? Jacqueline Nogueira entende que é "a relação de afeto íntimo e duradouro, exteriorizado e com reconhecimento social, entre homem e uma criança, que se comportam e se tratam como pai e filho, exercitando os direitos e assumem as obrigações que essa relação paterno-filial determina"³⁹.

São seus elementos, conforme a doutrina, o nome, o trato e a fama, tendo um importante peso principalmente o segundo elemento, ou seja, o tratamento de pai para filho.

Jacqueline Filgueras Nogueira⁴⁰, em sua obra, conclui que a proteção da "posse de estado de filho" evidencia a verdadeira a relação que deve estar presente entre pais. Diz que a verdadeira e única filiação que mereça a tutela jurídica é o relacionamento sócio-afetivo entre pais e filhos e que, por isso, a "posse de estado de filho" deve receber específica previsão e proteção legal. São casos desta forma de filiação as adoções e as reproduções humanas heteróloga.

Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva sustenta que

a filiação é uma relação construída, quotidianamente, e exige de seus membros um agir positivo, um comportamento qualificado pela existência de um tratamento recíproca de pai e filho. Em outras palavras, trata-se da construção fática da posse de estado de filho, que representa a valorização da vertente afetiva da relação, e que transcende o sentido biológico que pode, ou não ter lhe dado origem. Contemporaneamente, o papel de pai é muito mais amplo, muito mais rico em detalhes do que o papel de genitor, visto que 'a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético'.⁴¹

Na mesma idéia, pergunta sabiamente Zeno Veloso:

Mas quem deve ser o pai? Este, ou o cidadão que acolheu e embalou a criança, que a acompanha à escola, ao estádio de futebol? Que a assiste, alimenta, corrige, educa, cria? Quem ama o filho? Com certeza absoluta, não é o laudo do biólogo molecular que resolverá o problema. Afinal, a paternidade

³⁹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001. p. 194.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 357.

se faz e se constrói. A paternidade é mais viva, autêntica e apreciável implica uma adoção que se renova a cada dia.⁴²

Em seguida, prossegue o autor em questão:

Paradoxalmente, nas vésperas de um novo milênio, a poderosíssima prova do DNA, em muitos casos, pode não ter importância nenhuma, pode não ter qualquer serventia, pode não interessar coisa alguma, pode não interessar coisa alguma, porque a verdade que se busca e se quer revelar e prestigiar, nos aludidos caos, não é a verdade de sangue, mas a verdade que brota exuberante dos sentimentos, dos brados da alma e dos apelos do coração"⁴³.

A filiação socioafetiva põe em cheque a verdade biológica da filiação. Essa verdade torna-se relativa, o que não significa que o vínculo afetivo entre pais e filhos afasta a verdade genética. De acordo com Maria Christina de Almeida,

Hoje, há várias faces ou verdades da filiação, e a instituição de mais de um modelo não exclui que ser filho é, antes de tudo, um dado biológico, diante do interesse e relevância do conhecimento da origem genética delineados neste estudo para a formação do vínculo cognatício, qual seja, fundado na igualdade de sangue⁴⁴.

Indica FACHIN uma saída:

A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos. **É uma moldura** a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, **mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos.**⁴⁵
(grifos não constante no original)

A disciplina jurídica da determinação da filiação deve conjugar esses vetores, segundo Fachin, de modo que poderá encontrar a superação das deficiências do sistema clássico, acolhendo a paternidade verdadeira, e não ficta, na ambivalência sopesada das verdades biológica e socioafetiva⁴⁶.

A busca da verdadeira filiação enfrenta ainda os avanços tecnológicos na reprodução humana, surgindo questões sobre as possibilidades e os limites da nova filiação.

⁴² VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 389.

⁴³ Idem.

⁴⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit, p. 184.

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 29.

⁴⁶ Idem, p. 33.

Jacqueline Nogueira defende que "a realidade das procriações artificiais revelou aos juristas que o vínculo genético a tudo não justifica, que a base do real relacionamento entre pais e filhos, acima do sangue e das leis dos homens, é mais forte e mais profundo".⁴⁷

Não se está aqui defendendo a adoção única ou prevalecente da verdade sócio-afetiva sobre as demais, o que seria deixar um modelo, um paradigma para adotar outro.

Nesse sentido também é Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva:

Todavia, é preciso que se tenha em conta que não há nenhuma sustentação jurídica definitiva para afirmar a supremacia de um dos sentidos em relação ao outro. O que se tem, a rigor, é a necessidade de uma análise específica em cada caso concreto, respeitando assim o sentido proposto pelo princípio material.

CONCLUSÃO

Vem ocorrendo uma releitura do Direito de Família para se adequar a realidade e buscar a efetividade das normas constitucionais, cujo fim primeiro é tutelar a pessoa humana.

Ao lado da igualdade da filiação está o princípio da busca da verdadeira paternidade. Abre-se o horizonte da filiação e impõe-se um repensar sobre o tema.

O ordenamento jurídico brasileiro não diz qual é a verdadeira paternidade, devendo os operadores do direito conciliar as verdades biológica e sócio-afetiva como forma de superar as insuficiências do sistema clássico, em que se tinha uma filiação ficta, dispare com a realidade.

Hoje não existe mais verdade absoluta. A complexidade que envolve as relações de parentesco tem que ser vista à luz do caso em concreto, sempre com o cuidado de não sair de um paradigma para adotar outro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Christina de. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade da Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à

⁴⁷ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 98.

presente Resolução. **Revista Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná.** Curitiba, v. 10, n. 37, 1993.

CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Os filhos da democracia. *In:* CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). **Direito privado e Constituição.** Ensaios para uma Recomposição Valorativa da Pessoa e do Patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p. 321-260.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-filiação e os Efeitos Jurídicos da reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade:** Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. *In:* **Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo.** 2009. p. 266.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das Famílias. *In:* **Revista Brasileira de Direito de Família.** n. 24, p. 136-156.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" Entidades Familiares. *In:* MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org). **A Construção de Novos Direitos.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 16-32.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem.** Determinação da maternidade. "Mãe de aluguel". 1. ed. São Paulo: Genesis, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In:* **Família e Dignidade humana** (Coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Anais do V Congresso brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 613-640.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói:** o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? *In:* GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise.** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 219-228.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas:** da unidade codificada à pluralidade constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação civil-constitucional. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo**. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Dey Rey Editora, 1997. p. 547-583.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da Filiação:** entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos direitos fundamentais de uma teoria geral dos "novos direitos". *In:* Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite (Org). **Os "Novos" Direitos no Brasil**. Naturezas e perspectivas. Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas. Saraiva, 2003. p. 1-31.

MÉTODOS

Pesquisa realizada baseou-se na doutrina, na legislação e em jurisprudências.