

**CARLA MARTINS DE FREITAS**

**A AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES PATERNAIS**

CURITIBA

2004

**CARLA MARTINS DE FREITAS**

**A AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES PATERNAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite.

CURITIBA  
2004

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**CARLA MARTINS DE FREITAS**

***A AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES PATERNAIS***

MONOGRAFIA APROVADA COM REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, NA FACULDADE DE DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA BANCA EXAMINADORA FORMADA PELOS PROFESSORES:

Orientador:



Prof. Eduardo de Oliveira Leite  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Gilda Maria Bergamini Muniz  
Departamento de Direito Privado, UFPR



Prof. Silvana Maria Carbonera  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 05 de novembro de 2004.

*Dedico esta monografia aos meus pais que, por toda a dedicação e carinho prestados, certamente influenciaram na escolha deste tema.*

## SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
INTRODUÇÃO.....	1
<b>Capítulo I – A PATERNIDADE.....</b>	<b>4</b>
1. ORIGEM.....	4
2. CONCEITO.....	5
3. CLASSIFICAÇÃO.....	6
3.1. A Paternidade Jurídica.....	6
3.2. A Paternidade Biológica.....	8
3.3. A Paternidade Afetiva.....	9
<b>Capítulo II – A VERDADE BIOLÓGICA E A ATRIBUIÇÃO JURÍDICA DA PATERNIDADE.....</b>	<b>11</b>
1. O SISTEMA DE ATRIBUIÇÃO DA PATERNIDADE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	11
1.1. A Família Matrimonializada e suas Repercussões no Estabelecimento da Paternidade.....	11
1.2. A Presunção <i>Pater is Est</i> .....	12
1.3. A Contestação da Paternidade: Condicionamentos e Legitimidade.....	17
2. A REVOLUÇÃO GENÉTICA E A PRIMAZIA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA.....	20
2.1. Exames de DNA e a Evolução das Técnicas de Inseminação Artificial.....	20
2.2. A Investigação de Paternidade.....	22
2.3. A Outra Face da Revolução: A Insuficiência do Fator Genético na Atribuição da Paternidade.....	23
<b>Capítulo III – A DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE: A BUSCA DA VERDADE AFETIVA PARA O SEU ESTABELECIMENTO.....</b>	<b>26</b>
1. PAI E GENITOR: A DISTINÇÃO ENTRE FILIAÇÃO E ORIGEM GENÉTICA.....	26
2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	28
2.1. A Nova Família e o Reconhecimento do Vínculo Sócio-Afetivo.....	30
2.2. A Igualdade de Filiação.....	34
2.3. O Melhor Interesse do Menor: O Paradigma da Nova Paternidade.....	37
<b>Capítulo IV- A PATERNIDADE AFETIVA: O NOVO CONCEITO DE PATERNIDADE.....</b>	<b>41</b>
1. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS FUDAMENTOS LEGAIS DA	

PATERNIDADE AFETIVA.....	41
1.1. O Artigo 1.593 e a Abertura do Conceito de Parentesco Civil.	41
1.2. A Inseminação Artificial Heteróloga: A Autorização e o Estabelecimento da Paternidade Fundamentalmente Afetiva.....	42
2. A ADOÇÃO COMO PATERNIDADE AFETIVA POR EXCELÊNCIA..	45
3. O REDIRECIONAMENTO DA FUNÇÃO DA PRESUNÇÃO <i>PATERIS EST</i> .....	47
4. A POSSE DE ESTADO DE FILHO.....	49
<b>Capítulo V – O VÍNCULO AFETIVO NO CONFLITO DE PATERNIDADES....</b>	<b>53</b>
1. A BUSCA DO EQUILÍBRIO ENTRE AS PATERNIDADES: PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS DE SOLUÇÃO.....	53
2. VACILAÇÕES JURISPRUDENCIAIS.....	56
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>65</b>

## RESUMO

As profundas modificações na estrutura atual das famílias e o conseqüente amparo constitucional conferido às chamadas entidades familiares revelam a tendência legislativa, posteriormente confirmada pelo Código Civil de 2002, ao reconhecimento e legitimação das relações sócio-afetivas. Neste mesmo contexto, é forçoso admitir a libertação das relações parentais dos laços puramente legais ou biológicos. A paternidade se revela como algo mais, além dos laços biológicos ou presumidamente biológicos (presunção *pater is est*): é algo que se constrói e que, em muitos casos, funda-se apenas nos laços de afeto. Esse novo, amplo e complexo conceito de paternidade revela a urgente necessidade de reconhecimento da afetividade enquanto fator vinculante nas relações parentais. O presente estudo, que se desenvolve num momento de crescente valorização do elemento subjetivo nessas relações – a vontade, manifestada pelo afeto - e de absoluta primazia do princípio do melhor interesse do menor, vem propor, amparado por vasta e inspiradora doutrina, o equilíbrio entre estes três elementos – jurídico, biológico e afetivo – na efetiva busca pela verdadeira paternidade.

## **AGRADECIMENTOS**

*Ao professor orientador Dr. Eduardo de Oliveira Leite, com meu elevado apreço e gratidão, pela orientação prestada no presente trabalho.*

*Ao Benoît, pela inesgotável compreensão e paciência a mim dispensadas.*

*Ao Dr. Saulo de Tarso, advogado do Escritório Modelo da Universidade Federal do Paraná, pelo aprendizado e estimulantes debates, sem os quais não me seria possível descobrir o gosto pelo Direito de Família.*

*Ao Luiz Henrique, pela preocupação, carinho e consciência com que me estimulou a dedicar-me ao estudo.*

## INTRODUÇÃO:

Presunção jurídica, vínculo genético. Eis os elementos que durante muito tempo nortearam o sistema de estabelecimento da paternidade.

Na tentativa de reproduzir em regras jurídicas a possibilidade e probabilidade de concepção biológica, o Código Civil de 1916, através da chamada presunção *pater is est*, procurou suprir a incerteza que sempre permeou a questão da paternidade.

Imersa na concepção patriarcal dominante no âmbito das relações familiares, a presunção de que “é pai o marido da mãe” permitiu conferir aos filhos classificação absolutamente discriminatória – conforme concebidos, ou não, na vigência do casamento – e tornou, como consequência, extremamente restrita a noção de paternidade.

A Constituição Federal de 1988, porém, revolucionária no tratamento jurídico dispensado às relações familiares, contribuiu de forma decisiva para a evolução da noção de paternidade.

Estabelecida constitucionalmente a igualdade entre os filhos – havidos, ou não, no casamento, bem como os adotivos -, não havia mais como se sustentar a supremacia da instituição matrimonial sobre os interesses dos filhos, não mais classificados em legítimos e ilegítimos.

A transposição dessa barreira, acompanhada da confiabilidade dos exames de DNA – que permitiram conferir certeza à paternidade -, contribuíram para a primazia de um outro – porém não inovador – conceito de paternidade: a chamada paternidade biológica.

Seguiu-se, assim, um período de valorização extrema do vínculo genético, que representou uma verdadeira ‘biologização’ das relações paternas.

Mas a paternidade, na forma como faticamente se revela, do mesmo modo que não se limita a uma presunção legal, não pode ser reduzida à presença de um liame genético.

O fenômeno da ‘biologização’ da paternidade certamente representou avanço necessário para o desenvolvimento das relações paternas, mas não

supriu a insuficiência deste conceito, na forma como até então verificado. Tratou-se, portanto, da simples substituição de reducionismo (legal) por outro (biológico).

As perplexidades trazidas pelo avanço das técnicas de reprodução assistida - especialmente a inseminação artificial heteróloga – e a crescente valorização do elemento subjetivo na atribuição da paternidade, contribuíram para a revelação de um terceiro elemento essencial no âmbito das relações paternas: a afetividade.

A paternidade não é mais apenas um dado; mais que isso, é uma relação complexa e sentimental, cuja construção se faz a cada dia.

A Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que permitiu a emersão do elemento biológico no âmbito das relações paternas, contribuiu, de igual forma, para a sustentabilidade deste novo elemento.

Seja por meio do reconhecimento das chamadas entidades familiares, seja através de regras que permitem a extração do chamado princípio da afetividade, a Carta Constitucional representou o primeiro grande passo para o reconhecimento do afeto enquanto fator vinculante nas relações havidas entre pais e filhos.

Demonstrar a relevância da afetividade e a possibilidade jurídica de sua consideração na atribuição da paternidade são os objetivos primeiros do presente estudo.

É importante ressaltar que, não apenas sob fundamentos constitucionais, a afetividade revela-se um fator componente e constitutivo das relações paternas também sob a perspectiva das novas, e das reiteradas, manifestações jurídicas do afeto presentes no Código Civil de 2002, também tratadas neste trabalho.

Revelado, portanto, este novo, e complexo, dado da paternidade – a afetividade -, tem-se em mente uma questão: qual a consequência desta descoberta para a atribuição da paternidade?

A resposta a essa questão constitui o segundo objetivo deste estudo: a demonstração, com base em vasta doutrina e jurisprudência, do caminho a ser seguido na busca pela “verdadeira paternidade”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A expressão ‘verdadeira paternidade’ não foi aqui empregada no seu sentido corrente, utilizado pela doutrina, de paternidade sócio-afetiva; foi aqui empregado no sentido de representar a espécie de paternidade mais adequada e mais próxima à satisfação do melhor interesse do menor que, dependendo das peculiaridades de cada caso concreto, poderá ser representada por uma de suas modalidades: jurídica, biológica ou afetiva.

## Capítulo I – A PATERNDADE:

### 1. ORIGEM:

O termo paternidade, em sua acepção jurídica, designa “a relação de parentesco que vincula o genitor a seus filhos.”<sup>2</sup>

A função da figura do pai dentro das famílias sofreu grandes variações ao longo da história.

Em Roma, civilização berço da sociedade ocidental, a proteção e domínio da família – composta por pai, mãe, filhos e escravos – era reservada ao *pater familias*, representado pelo ascendente mais velho ainda vivo.

Essa atribuição puramente protetiva e autoritária do *pater*<sup>3</sup>, não mantém grande proximidade com a concepção atual de pai, uma vez que suas relações com os demais membros da família não se fundavam na afetividade. A própria denominação *pater* era antigamente utilizada como referência à idéia de poder, autoridade, ao passo que, quando a intenção era referir-se ao pai, utilizavam-se termos como *gânitar*, *ghenneté*, *genitor*.<sup>4</sup>

Apesar da distância, é da concepção de *pater* e do *patria protesta*<sup>5</sup>, que derivam as noções de pai e de pátrio poder – ou poder parental, em sua mais correta denominação.

Com o advento do cristianismo e a influência social exercida pela Igreja Católica, o pátrio poder romano, como *auctoritas*, é paulatinamente substituído por sua conceituação como um *munus*, um “encargo que tem sua medida no interesse

<sup>2</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade – aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. 2001. p. 43.

<sup>3</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Afiliação – o biodireito e as relações parentais*. 2003. p. 355: “O *pater familias* concentrava os poderes necessários à boa manutenção da família e, na estrutura existente, era diferenciado dos demais familiares como pessoa *sui juris*, ao passo que os demais integrantes eram pessoas *alieni juris* porque se encontravam sob a autoridade do *pater*.”

<sup>4</sup> QUEIROZ, J. F. *ob. cit.* p. 44

<sup>5</sup> DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e das Sucessões*. P. 26. Apud: GAMA, G. C. N. da. *ob. cit.* p. 356: “O *patria protesta* romano não era um *munus*, era uma *auctoritas*, um direito do *pater*, direito construído do mesmo modo que o domínio, de modo que o *pater* estava em face do *filius* como um proprietário em face da coisa: ele é que é o titular do direito, o interesse protegido é o dele, e o *filius* está apenas como um paciente da *auctoritas*, não tem direitos a reclamar, tem uma posição de mera submissão jurídica.”

do filho, o que atenua, de certo modo, a carga de absoluta exclusão da tutela do interesse da criança”.<sup>6</sup>

Foi, talvez, sob a influência germânica, introduzida pelos bárbaros durante a Idade Média, que a concepção de pai como tida hoje ganhou força. Isso porque, como explica GUILHERME CALMON DA GAMA, “a família germânica era do ‘tipo paternal’, ou seja, o pátrio poder era o poder do pai e não o poder do chefe de família”.<sup>7</sup>

As funções paternas sofreram considerável modificação durante a Revolução Francesa. Sua principal contribuição foi a modificação da posição assumida pelos filhos no ordenamento, pois de objeto de poderes, passaram a ser reconhecidos como sujeitos, titulares, de direitos<sup>8</sup>. Apesar, porém, do contexto libertário em que foi concebido, o Código Civil francês de 1804 restabeleceu o poder paternal sobre os filhos, a esposa e o patrimônio sob o nome de ‘autoridade paterna’.<sup>9</sup>

Destarte as influências sofridas, o original conceito do *pater familias* romano, foi, sem vacilações, o precursor da noção de *pai de família*, ainda que não pelo conceito de paternidade, ao menos pela importância da autoridade paterna no âmbito das relações familiares, até pouco tempo inabalável e inquestionável no direito brasileiro<sup>10</sup>.

## 2. CONCEITO:

A paternidade, cuja conceituação reservou-se à doutrina, consubstancia-se, segundo CLÓVIS BEVILÁQUA, “na relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores (...) quando considerada descensionalmente.”<sup>11</sup>

O correspondente inverso dessa relação, sob a perspectiva do filho

<sup>6</sup> GAMA, G. C. N. da, *ob. cit.* p. 362

<sup>7</sup> GAMA, G. C. N. da. *Idem.* p. 363

<sup>8</sup> LEITE, Eduardo Oliveira de. *Exame de DNA, ou, o Limite entre o Genitor e o Pai*. In: Eduardo de Oliveira Leite (coord.)/ GRANDES TEMAS DA ATUALIDADE – DNA como meio de prova da filiação. 2002 p. 70

<sup>9</sup> HURSTEL, Françoise. *La Dèchirure Paternelle*. Apud: LEITE, E. O. de. *ob. cit.* p. 70

<sup>10</sup> QUEIROZ, J. F.. *ob. cit.* p.45

<sup>11</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 1943. p 309.

relativamente aos seus pais, seria a chamada filiação<sup>12</sup>.

Apesar de também haver específica denominação à correspondente relação no que se refere ao filho e à mãe, o termo paternidade, em seu sentido amplo, pode, muitas vezes, conforme destacou WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, designar “tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade”, exemplificando seu uso, mais adiante, quando diz que “é assim (...) que deve ser entendida a expressão ‘paternidade responsável’ consagrada na Carta Política de 1988, art. 226, § 7º.”<sup>13</sup>

### 3. CLASSIFICAÇÃO:

A doutrina não é unânime ao que se refere à classificação da paternidade.

Há os que atribuem a ela classificação binária, limitando à paternidade àquela instituída pelo vínculo biológico e àquela resultante do vínculo afetivo.

No entanto, parte da doutrina é adepta da classificação trinária<sup>14</sup> dessa relação de parentesco, agregando às duas classificações já citadas, a chamada paternidade jurídica.

Com a finalidade de conceder ampla concepção sobre o termo paternidade, na amplitude de sua aceção, faz-se necessária a introdução a esses três modos de definição dessa relação de parentesco, a fim de destacar o elemento que as qualifica e o limite de seu poder de vinculação nas relações havidas entre pais e filhos.

#### 3.1. A Paternidade Jurídica:

A paternidade jurídica corresponde àquela atribuída por lei, de acordo com o critério legalmente adotado para o seu estabelecimento.

<sup>12</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. 6. 2002. p. 321: “Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado.”

<sup>13</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 2001. p. 246

<sup>14</sup> Neste sentido ver FACHIN, Luiz Edson; BARBOZA, Heloisa Helena; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira.

Trata-se, portanto, de paternidade mutável, na medida em que o fator base eleito para o seu estabelecimento é também variável.

Essa atribuição jurídica justifica-se por sua finalidade: acabar com a incerteza que sempre permeou a paternidade.

Sob este prisma, essa espécie de paternidade era a dominante no sistema do Código Civil de 1916, na medida em que, ao eleger como seu fator determinante a base do casamento<sup>15</sup>, refugou as duas outras formas de paternidade, ou seja, a biológica e a afetiva.

Sobre esse vínculo, ressaltou GIULHERME CALMON DA GAMA que:

(...) a filiação jurídica (...) se vinculava obrigatoriamente ao casamento como valor absoluto, impondo o estabelecimento da relação de paternidade-filiação independentemente do fator biológico, já que era presumivelmente impossível que o filho de mulher casada tivesse outro pai que não o marido.”<sup>16</sup>

Apesar de a paternidade jurídica tomar como base o casamento, havia em sua atribuição uma tentativa de aproximação à paternidade biológica, em decorrência das regras de presunção de concepção previstas no Código Civil de 1916 para atribuição legal da paternidade. Dessa forma, através de tais regras, procurava-se atribuir a paternidade, com a máxima probabilidade, ao pai biológico.

Embora, por muitas vezes, a paternidade atribuída juridicamente correspondesse à verdade biológica, não era raro o descompasso entre essas duas formas de atribuição. Nesses casos, a demonstrar a força da legitimidade conferida pelo casamento, o fator biológico ainda era suprimido em respeito à instituição matrimonial<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Novas Relações de Filiação e Paternidade*. In: REPENSANDO O DIREITO DE FAMÍLIA/ Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). 1999. p. 135: “Nesta linha, questão que sempre atormentou o legislador foi a do estabelecimento da paternidade, ante a sua natural incerteza, já que a maternidade era comprovada visualmente. Essa natural incerteza vulnerava o sistema que cuidava de uma família coesa e inviolável. Na verdade, para o legislador de 1916, mais do que a família, instituição social, impunha-se preservar o casamento, instituição jurídica.”

<sup>16</sup> GAMA, G. C. da. *ob. cit.* p. 481.

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. 1992. p. 22: “A paternidade distancia-se de sua base biológica para atender outros interesses em defesa da própria família, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica.”

### 3.2. A Paternidade Biológica:

A paternidade biológica é a relação havida entre pai e filho, estabelecida com base no fator da consangüinidade<sup>18</sup>.

Nesta espécie, por assim dizer, de paternidade, o vínculo que estabelece essa relação seria o fator natural, traduzido na concepção resultante de relação sexual havida entre o homem e a mulher<sup>19</sup>, mais modernamente admitida também a hipótese de concepção resultante de técnicas de reprodução assistida.

O fator biológico, no sistema de 1916, ainda que em situações de conflito permanecesse subordinado à primazia da atribuição jurídica da paternidade com base no casamento, sempre se postou como fator orientador dessa atribuição, na medida em que é o critério jurídico da monogamia patrilinear.<sup>20</sup>

A decadência do modelo patriarcal de família e, com ela, o fim da soberania da instituição matrimonial, contribuíram para a superação das barreiras antes impostas pelo moralismo em nome da “paz nas famílias”, que impediam sua afirmação como critério único na atribuição da paternidade.

Obteve, assim, gradativamente, seu reconhecimento jurídico, evidenciado desde a conquista da possibilidade de reconhecimento dos filhos adulterinos até a igualdade de filiação estabelecida pela Constituição de 1988.<sup>21</sup>

O avanço científico-tecnológico verificado nas últimas décadas refletiu, de forma simultânea e antagônica, na extrema valorização do fator biológico e, em oposição, no seu questionamento enquanto critério de excelência na atribuição da paternidade.

De forma positiva, este avanço foi construtivo uma vez que permitiu novas

<sup>18</sup> QUEIROZ, J. F.. *ob. cit.* p. 46

<sup>19</sup> GAMA, G. C. N. da. *ob. cit.* p. 481: “A filiação biológica, considerada de maneira inferior-hierarquicamente à primeira (jurídica) sob a ótica da paternidade, era aquela resultante do reconhecimento jurídico de que o fato natural é fonte imediata do vínculo jurídico de filiação. como é o caso da relação sexual com a concepção relativamente ao homem e à mulher.”

<sup>20</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Acertos e Desacertos em Torno da Verdade Biológica*. In: GRANDES TEMAS DA ATUALIDADE: DNA como meio de prova da filiação. 2002. p. 240: “O sistema patrilinear, por sua vez, é apenas um critério que especifica as relações de parentesco dos integrantes de uma mesma família e lhes garante a titularidade ao direito de conhecimento da ascendência biológica.”

<sup>21</sup> BARBOZA, H. H. *ob. cit.* p. 136-137

técnicas de inseminação e concepção<sup>22</sup> e tornou, através do exame de DNA, absolutamente precisa a determinação biológica da paternidade, eliminando a incerteza que antes a permeava.

Por outro lado, esse avanço, mais especificamente no que concerne às técnicas de reprodução assistida, trouxe uma série de questionamentos quanto à adequação do critério biológico na atribuição da paternidade. Isso porque esse critério não se sustentava diante dos novos questionamentos que emergiram dessa revolução, aqui bem delineados por HELOISA HELENA BARBOZA: “pai deve ser o que fornece o material fecundante, mesmo que para um ‘banco de sêmen’? Mãe é a que dá à luz, mesmos nos casos da denominada ‘barriga de aluguel’?”.<sup>23</sup>

Assim, aquele que aparentemente parecia ser um critério tão seguro para a atribuição da paternidade, não se mostra eficaz, e nem mais razoável, em alguns casos.

### 3.3. A Paternidade Afetiva:

A paternidade afetiva é revelada pela relação havida entre pai e filho com base em vínculo unicamente afetivo.

O reconhecimento desta espécie de paternidade, evidenciado pelas regras constitucionais que materializam o princípio da afetividade<sup>24</sup>, representa grande avanço do sistema, pois resgata a emocionalidade e valoriza a *affectio* como vínculo subjetivo também capaz de basear as relações parentais<sup>25</sup>.

Na evolução do sistema de filiação, este vínculo representa, de igual forma, um passo de suma importância na busca da verdadeira filiação<sup>26</sup>, na

<sup>22</sup> LEITE, E. de O. *Procriações Artificiais e o Direito – aspectos médico, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. 1995. p. 199: “Os progressos científicos oriundos da biologia, da genética e da técnica aplicada à reprodução permitiram ao homem dominar um setor até então regido pela natureza: o da procriação.”

<sup>23</sup> BARBOZA, H. H. *ob. cit.* p. 137

<sup>24</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado – Direito de Família*. / Álvaro Villaça Azevedo (coord). 2003.p. 40

<sup>25</sup> GAMA, G. C. N. da. *ob. cit.* p. 346.

<sup>26</sup> LEITE, E. de O. de. *Exame de DNA, ou, o Limite entre o Genitor e o Pai*. In: GRANDES TEMAS DA ATUALIDADE – DNA como meio de prova da filiação. p. 79: “A verdadeira filiação – esta mais moderna tendência do direito internacional – só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que

medida em que se apresenta como proposta para a resolução de muitas situações conflitantes, referentes à paternidade.

A exemplo da adoção, que tem reconhecidamente no afeto a sua base, inúmeras são as relações paternas assim fundadas e que, em razão da omissão do legislador, sempre permaneceram à margem do ordenamento jurídico.

Essa nova paternidade, por assim dizer, revela, sob a mesma linha que fundamentou o reconhecimento da família de fato, a necessidade de agregar-se ao sistema de estabelecimento da paternidade o vínculo afetivo que une pai e filho.

Constata-se, portanto, na expressão de LUIZ EDSON FACHIN, que:

(...) a efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade. Assim, para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, à completa integração pai-mãe-filho agrega-se um elemento a mais. Esse outro elemento se revela na afirmação de que a *paternidade se constrói*; não é apenas um dado: ela se faz.<sup>27</sup>

Surge, assim, um novo conceito de paternidade: aquela baseada fundamentalmente na afetividade e que existe independentemente da presença do vínculo biológico entre pai e filho ou do enquadramento da relação na regra do *pater is est*.

---

unem pais e filhos, independentemente da origem biológico-genética.”

<sup>27</sup> FACHIN, L. E. *Estabelecimento...*p. 23

## Capítulo II – A VERDADE BIOLÓGICA E A ATRIBUIÇÃO JURÍDICA DA PATERNIDADE:

### 1. O SISTEMA DE ATRIBUIÇÃO DA PATERNIDADE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916:

#### 1.1. A Família Matrimonializada e suas Repercussões no Estabelecimento da Paternidade:

Apesar da variação da relevância jurídica atribuída à família em cada momento histórico, é certo que a família tem papel central na história social<sup>28</sup>, pois figura como célula da sociedade e base do Estado, a quem cabe o dever de protegê-la, já que esta representa elemento anterior e essencial a sua manutenção<sup>29</sup>.

Estabelecido o modelo de família, cabe ao Direito organizar as relações havidas entre seus membros e entre esses e a sociedade externa a este núcleo.

No tocante às relações internas havidas entre os membros da família, a ordenação de suas relações é possível através da *disciplina jurídica do parentesco*<sup>30</sup>, fundamental para a compreensão da atribuição dos papéis aos membros da família.

O Código Civil de 1916, ao tratar das relações de parentesco, adotou a concepção patriarcal de família, fundada no matrimônio, como único modelo de família legítima, merecedora da tutela do Estado.

Essa função legitimadora do casamento justificava-se pela noção, como bem relatou DIOGO LEITE DE CAMPOS, de que “o casamento era a ‘ordenação’ das paixões, nomeadamente da concupiscência que leva ao rapto, ao incesto, à

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. 2002. p. 20.: “Sem sombra de dúvidas que a família na sociedade destaca-se para o homem como seu mais importante elo de ligação no relacionamento social, pois é no seio dela que ele surge, recebe a proteção indispensável para a continuidade da vida e se prepara para os embates que o futuro lhe reserva em termos de subsistência, evolução pessoal e material que a humanidade busca sem cessar, como fator de seu desenvolvimento e progresso contínuo.”

<sup>29</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 1990. p. 62.

<sup>30</sup> FACHIN, L. E.. *Estabelecimento...* p. 19

violência no interior das famílias e entre elas, lançando a desordem na sociedade.”<sup>31</sup>

Essa concepção de família, que remonta às raízes romano-germânicas, adotada também pelo Código de Napoleão de 1804, caracteriza-se pela subordinação de seus integrantes ao poder autoritário, hierárquico e transpessoal do pai<sup>32</sup>, o chamado pátrio poder. O ordenamento jurídico, diante desse fundamento, calçou-se na proteção econômica da propriedade e dos interesses patrimoniais<sup>33</sup>.

Neste modelo de família, as atribuições de cada um dos cônjuges é diferenciada e sua relação fortemente hierarquizada. Expressão disso no sistema do Código Civil de 1916 foram as regras reunidas pelo legislador em capítulo sob o título de “Dos Direitos e Deveres da Mulher”.

A desigualdade entre os cônjuges evidencia-se, ainda, pelas regras que regulam o direito de filiação. Isso porque somente ao pai cabia o exercício do pátrio poder, poder esse visto como instrumento de imposição de ordem e unidade na família.

Não obstante a tentativa, através da reforma de 1962, de implantar a idéia de cooperação entre os cônjuges, a organização familiar manteve-se sobre os moldes do patriarcalismo, pois a chefia institucional do marido ainda era vista como garantia da preservação da unidade familiar<sup>34</sup>.

## 1.2. A Presunção *Pater is Est*:

<sup>31</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *A Nova Família*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR /Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). 1993. p. 20

<sup>32</sup> CAMPOS, D. L. de. *ob. cit.* p. 20-21: “Cabia ao pai a representação da família nomeadamente no plano político (...). Destinava as funções que cada um devia exercer nos quadros da economia familiar, podendo impedir a esposa e os filhos menores de trabalhar fora de casa. Destinava o casamento das filhas e dos filhos, dotava as filhas e atribuía antecipadamente sua parte hereditária aos filhos; etc. Tudo no âmbito de uma estratégia que visava, ao menos no plano dos princípios, garantir à família os meios da sua sobrevivência econômica, quando não do seu engrandecimento, da sua ordem interna e do seu frutuoso relacionamento com outras famílias.”

<sup>33</sup> CAMBI, Eduardo. *Premissas Teóricas das Uniões Extramatrimoniais no Contexto da Tendência da Personificação do Direito de Família*. In: REPERTÓRIO DE DOUTRINA SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA – aspectos constitucionais, civis e processuais/ Teresa Arruda Alvim e Eduardo de Oliveira Leite (coord). Vol 4. 1999. p. 127

<sup>34</sup> MUNIZ, Francisco José Ferreira. *A Família na Evolução do Direito Brasileiro*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR. p. 73

Independentemente do modelo de família verificado, as relações de parentesco sempre foram de grande relevância ao estudo do direito de família, principalmente a existente entre pais e filhos<sup>35</sup>.

Tendo como base o modelo de família matrimonializada, calcada na consangüinidade entre seus membros, segue a paternidade, em seu estabelecimento, a mesma lógica de legitimação, fato que se justifica pela necessidade de assegurar destino justo ao patrimônio familiar, na medida em que este permanece visceralmente ligado à noção de consangüinidade legítima.<sup>36</sup>

Dessa forma, o sistema de estabelecimento da paternidade do Código Civil de 1916, conforme sua origem se estabeleça ou não na família constituída pelo casamento, é classificada em legítima e ilegítima.

Na medida, porém, em que a maternidade é sempre certa – *mater semper certa est* – pois, como bem narrou ZENO VELOSO, “evidencia-se por sinais exteriores, ostensivos, como a gravidez, o parto, o aleitamento, a companhia”<sup>37</sup>, a paternidade não se reveste da mesma certeza.

Por essa razão, a paternidade sempre foi estabelecida por meio de indícios e presunções de que a concepção deu-se durante a constância do casamento<sup>38</sup> e, a partir dela, era possível presumir-se pai o marido da mãe.

A essa presunção, que se presta ao interesse da segurança jurídica em enclausurar as relações sociais pela eliminação da incerteza<sup>39</sup> e que constitui atribuição jurídica da paternidade - ainda que sua fundamentação esteja estabelecida nos critérios biológicos de concepção – os romanos atribuíram a denominação de *pater is est*.

---

<sup>35</sup> LEITE, E. de O. *Exame de DNA, ou, o Limite entre o Genitor e o Pai*. In: GRANDES TEMAS DA ATUALIDADE – DNA como meio de prova da filiação. p. 63: “ Por isso, não é de se estranhar que, desde as primeiras estruturas jurídicas da ordem familiar, de modelo romano, por exemplo, até as atuais reformas contemporâneas da família, o Direito se preocupa, inicialmente, com as relações pais e filhos para, em segundo momento, tangenciar outras dimensões do ser humano organizado em sede familiar.”

<sup>36</sup> LOBO, P. L N. *ob. cit.*. p. 56.

<sup>37</sup> VELOSO, Zeno. *A Sacralização do DNA na Investigação de Paternidade*. In: GRANDES TEMAS DA ATUALIDADE – DNA como meio de prova da filiação. p. 379.

<sup>38</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 5. 2002. p. 381: “Assim, o casamento dos genitores deve ser anterior não só ao nascimento do filho como também a sua própria concepção; logo, em princípio, o momento determinante de sua filiação matrimonial é o de sua concepção.”

<sup>39</sup> FACHIN, L. E. *Da Paternidade – relação biológica e afetiva*. 1996. p. 34 .

Assim, a principal função da presunção *pater is est* é permitir o estabelecimento da paternidade pelo fato do nascimento, o que significa dizer que “quem nasce de uma mulher casada é filho do marido dessa mesma mulher”<sup>40</sup>.

Subsume-se desta função seu propósito inicial, que se constitui no interesse em preservar a “honra, a ordem social e a dignidade mesma do casamento”<sup>41</sup>, na medida em que tal presunção envolve o filho havido dentro da relação matrimonial.

Quanto a este aspecto, JOÃO BAPTISTA VILLELA bem ressaltou que, “expor abertamente a fidelidade da mulher significava expor também sua honra. E expor a honra da mulher, significava ferir o orgulho do marido tanto quanto arranhar a auto-estima dos filhos. Pronto: estava fechado o circuito lógico-histórico que consolidaria em definitivo a regra *pater is est quem nuptiae demonstrant*.”<sup>42</sup>

A distinção da filiação em legítima e ilegítima constitui característica singular desse sistema, pois revela seu forte propósito na defesa da estrutura e da paz da família matrimonializada<sup>43</sup>.

Na intenção de atribuir legitimidade aos filhos havidos dentro do casamento, o Código Civil de 1916 abrigou, em seu art. 337, a presunção *pater is est*, ao prever a legitimidade dos filhos concebidos na constância do casamento.

Embora este dispositivo tenha sido posteriormente revogado pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, permaneceu em vigor o art. 338, do Código Civil de 1916, que tratava dos critérios para a determinação desta legitimidade<sup>44</sup>.

Assim, presumem-se concebidos na constância do casamento (*caput*) os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a

<sup>40</sup> FACHIN, L. E. *Da Paternidade* ... p. 35

<sup>41</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 3 ed. 1947 p. 46-47 Apud: FACHIN, Luiz Edson. *DA PATERNIDADE*... p. 34

<sup>42</sup> VILLELA, João Baptista. *O Modelo Constitucional da Filiação – Verdade e Siperstições*. In REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr./jun., 1999

<sup>43</sup> LEITE, E. de O. *Temas de Direito de Família*. 1994. p. 123: “Em tratamento eminentemente discriminatório o código civil manifesta sua maior ou menor repulsa à aceitação dos filhos, que passou a depender de *standards* jurídicos criados pelo legislados a partir da existência ou não de casamento, da existência de impedimentos, do vínculo de parentesco, etc.”

<sup>44</sup>FACHIN, L. E. *Estabelecimento*... p. 48: “Por outro lado, no âmbito daquele sistema, o art. 337, que trata da presunção de paternidade, e o artigo 338, que cuida da presunção de concepção, se completam e se correlacionam, mas não se confundem. Esta última (a do artigo 338) compreende os limites temporais que envolvem as durações mínima e máxima da gravidez.”

convivência conjugal (inciso I) e os nascidos dentro dos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação (inciso II).

Pode-se dizer, portanto, que a *pater is est*, no sistema do Código Civil de 1916, não constitui apenas meio de presunção da paternidade, mas também opera na presunção da legitimidade desta relação.

Esses espaços temporais, como bem esclarece PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “não correspondem às médias fixadas pela ciência e pela experiência de gestação humana”, tendo, no entanto, por finalidade, “afastar qualquer dúvida quanto ao vínculo da paternidade.”<sup>45</sup>

Ressalte-se, por oportuno, que a regra de presunção somente tem validade na atribuição da paternidade se considerada certa a fidelidade da mulher<sup>46</sup>, através da já citada presunção *mater semper certa est*.

Partindo da análise do que aqui foi dito, percebe-se que, apesar da visível preocupação do sistema em atribuir juridicamente a paternidade ao pai biológico – o que permitiria destacar o papel da verdade biológica na atribuição jurídica da paternidade -, nem sempre essa correspondência era verificada.

Em casos de descompasso entre paternidades, “impunha-se ao marido uma paternidade eventualmente indesejada, para se evitar o sinete da ilegitimidade”<sup>47</sup>, fato que torna evidente a prevalência da presunção, ainda que correspondente a uma ficção, em nome da preservação da reputação e da aparência<sup>48</sup>.

Em retomada ao visível caráter discriminatório do sistema de estabelecimento de filiação do Código Civil de 1916, cumpre lembrar que a distinção entre os filhos não se limita ao fator de sua legitimação pelo casamento.

---

<sup>45</sup> LÔBO, P. L. N. *ob. cit.* p. 48.

<sup>46</sup> MIRANDA, P. de. *Tratado de Direito de Família*. Apud.: LÔBO, Paulo Luiz Netto. CÓDIGO CIVIL COMENTADO. p. 48

<sup>47</sup> LOBO, P. L. N. *ob. cit.* p. 69.

<sup>48</sup> FACHIN, L. E. *Estabelecimento...* p. 22: “A paternidade jurídica distancia-se de sua base biológica para atender outros interesses em defesa da própria família, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica. Esse procedimento atendeu a uma determinada concepção de família que se espalhou nas codificações”.

Os filhos ilegítimos, havidos fora do casamento, eram classificados, conforme ensinamentos de MARIA HELENA DINIZ,<sup>49</sup> em duas categorias: os *naturais*, nascidos de pais que, apesar de não casados entre si, não estavam impedidos do matrimônio à época da concepção, e os *espúrios*, categoria em que se enquadravam os oriundos de relação entre homem e mulher impedidos de constituir matrimônio entre si.

Dentre os filhos espúrios, havia distinção interna, de acordo com a natureza do impedimento do matrimônio. Classificavam-se em (a) espúrios adúlteros os filhos de indivíduos impedidos de casar-se em razão de casamento anterior e em (b) espúrios incestuosos, havidos de casal que, em razão de parentesco próximo – natural, civil ou afim – estavam impedidos, ainda que moralmente de, à época da concepção, contrair núpcias.

Cumpra, aqui, ressaltar que a distinção existente entre os filhos biológicos – legítimos ou ilegítimos, dentre eles os naturais, espúrios ou incestuosos – apenas demonstra, no entendimento de PAULO LUIZ NETTO LÔBO, que “a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares”<sup>50</sup> e que, de igual forma, enquanto ainda instaurada a soberania da instituição matrimonial, não era o fator biológico o elemento principal a ser considerado no estabelecimento da paternidade.

Não bastassem, no entanto, as distinções trazidas pelo sistema de filiação adotado, seu caráter discriminatório evidencia-se ainda mais pelo disposto em outros artigos deste código. Exemplo disso é o disposto no art. 1.605, § 1º, do Código Civil de 1916, que, embora revogado pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, previa a divisão desigual do quinhão hereditário, sendo reservada ao filho ilegítimo apenas metade daquilo que cabia ao legítimo.

Com o passar do tempo, e ainda sob a vigência do Código de 1916, a legislação evoluiu de forma significativa, conferindo aos filhos havidos fora do casamento direitos que até então lhes eram negados, na tentativa de corresponder aos clamores da evolução social e de atribuir ao fator biológico maior relevância no estabelecimento da paternidade.

---

<sup>49</sup> DINIZ, M. H. *ob. cit.*, p. 393-394.

<sup>50</sup> LÔBO, P. L. N. *ob. cit.*, p. 43

Exemplo desse avanço, conforme ensina GUSTAVO TEPEDINO<sup>51</sup>, foi a permissão de reconhecimento de filho adulterino, instituída pelo Decreto Lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942 e pela Lei nº 883, de 21 de outubro de 49, sob a condição de ocorrer após a dissolução da sociedade conjugal.

Essa permissão foi, posteriormente, ampliada pela já citada Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 que, ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 1º da Lei 883, permitiu o reconhecimento de filho adulterino por testamento. Através da Lei nº 7.250, de 14 de novembro de 1984, deu-se mais um passo em direção ao avanço iniciado, com a ampliação da hipótese de reconhecimento de filho adulterino através de sentença transitada em julgado.

À parte as discriminações previstas neste sistema e das sucessivas e significativas mudanças aqui narradas, no sentido de tornar mais condizente o sistema à realidade social, permaneceu incólume o sistema de estabelecimento da paternidade no que concerne à sua atribuição jurídica pela presunção *pater is est*.

As hipóteses presuntivas de concepção, elencadas nos já citados incisos I e II, do art. 338 do Código Civil de 1916, são, porém, passíveis de impugnação, na medida em que a impossibilidade de coabitação pode suprimir a presunção *pater is est*.

### 1.3. A Contestação da Paternidade: Condicionamentos e Legitimidade.

Como se viu, o sistema do Código Civil de 1916 utilizou-se da presunção *pater is est* para, através da atribuição jurídica da paternidade, acabar com a incerteza que caracteriza esta espécie de parentesco.

Essa presunção, como já tratado, funda-se em um conjunto de probabilidades e regras, que permitem atribuir ao marido da mãe a paternidade em relação ao filho, diante da forte probabilidade de ter ele sido concebido na constância do casamento<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Jurídica da Filiação*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR. p. 226.

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. *Estabelecimento da Filiação*. 1997.p. 59: “Ela (presunção de paternidade) serve para estabelecer a paternidade dos filhos nascidos dentro do casamento e de concepção antematrimonial, dos filhos concebidos e nascidos durante o matrimônio da mãe, e ainda dos filhos concebidos durante o

Assim tratada, a regra *pater is est* acaba por revelar-se como regra de presunção da concepção. E essa presunção, fundada nas hipóteses presuntivas previstas nos incisos I e II, do art. 338, do Código Civil de 1916, é de caráter relativo, ou seja, *juris tantum*.<sup>53</sup>

Como bem destacou ZENO VELOSO,

(...) não se trata de presunção absoluta (*juris et de jure*), mas '*juris tantum*', ou relativa, na medida em que pode ser afastada, por iniciativa do marido, (...) se provar uma das causas legais taxativamente enumeradas, verdadeiros pressupostos de admissibilidade da ação negatória de paternidade<sup>54</sup>

Assim, a presunção legal de paternidade é passível de contestação pelo pai presumido<sup>55</sup>, desde que provada ao menos uma das causas legais previstas no art. 340, do Código Civil de 1916: (I) a impossibilidade física do marido de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos). que houverem precedido ao nascimento do filho e (II) a prova de que, a esse tempo, encontravam-se os cônjuges legalmente separados.

Segundo ensina LUIZ EDSON FACHIN, tais hipóteses “revelam, indiretamente, as presunções de coabitação e de geração que sustentam a própria presunção *pater is est*”<sup>56</sup>

Observe-se, por oportuno, que a segunda hipótese refere-se à presunção de geração, cuja impossibilidade remonta à idéia de impotência absoluta (art. 342).

Especificamente sobre a hipótese prevista no inciso II, do art. 340, que trata da presunção de coabitação, cumpre lembrar que a separação perde o efeito de desconstituição da presunção se, durante o período em que estiveram

---

casamento e nascidos depois de sua dissolução.”

<sup>53</sup> DINIZ, M. H. *ob. cit.* p. 382.

<sup>54</sup> VELOSO, Zeno. *A Sacralização do DNA na Investigação de Paternidade*. In: GRANDES TEMAS DA ATUALIDADE ... p.380.

<sup>55</sup> OLIVEIRA, G. de. *Estabelecimento da Filiação*. p. 84: “(...) a referência à *improbabilidade* de o marido ser o pai envolve uma certa atitude doutrinal que vê na regra *pater is est* ...uma autêntica presunção legal, assente, como é próprio das presunções, num juízo de probabilidade. Esta posição de princípio justifica, sem mais, um regime liberalizado de impugnação no que toca à prova do contrário do fato presumido.”

<sup>56</sup> FACHIN, L. E. *Estabelecimento...*p. 49.

separados, os cônjuges tiverem por algum dia convivido sob o mesmo teto conjugal (art. 341).

O Código Civil de 1916 atribuiu com exclusividade ao marido da mãe a legitimidade ativa para a interposição de ação de contestação de paternidade (art. 344), permitindo que fosse, posteriormente, assumida por seus herdeiros (art. 345).

Naquele ordenamento, o prazo decadencial para a medida, previsto pelo art. 178, §§ 3º e 4º, inc. I, era reduzido, sendo de (§ 3º) 02 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido e de (§ 4º, inc. I) 03 (três) meses, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, contando o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo.

No que pertine ao objetivo desse estudo, interessa saber as conseqüências e motivações da possibilidade de contestação da paternidade atribuída com base na regra do *pater is est* ao sistema de estabelecimento da paternidade.

A previsão legal do direito à impugnação da paternidade jurídica indica certa 'flexibilidade' do sistema, pois este direito à contestação representa uma limitação ao domínio da presunção *pater is est* e uma tentativa de, nas palavras de LUIZ EDSON FACHIN, "fazer desaparecer as filiações fictícias."<sup>57</sup>

Apesar disso, no tocante aos condicionamentos impostos para o exercício desse direito, verifica-se novamente a obstacularização ao reconhecimento do vínculo biológico.

Sobre esse aspecto, concluiu FACHIN que, ao prever a hipótese de impossibilidade de afastamento da presunção de paternidade quando, ainda que por um dia, tivesse o casal separado convivido sob o mesmo teto conjugal, estaria o Código de 1916 a constituir "um injustificável obstáculo à busca da verdadeira paternidade, do ponto de vista biológico."<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> FACHIN, L. E. *Estabelecimento...* p. 78

<sup>58</sup> FACHIN, L. E. *Idem.* p. 52

## 2. A REVOLUÇÃO GENÉTICA E A PRIMAZIA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA:

### 2.1. Exames de DNA e a Evolução das Técnicas de Inseminação Artificial:

A obstacularização ao reconhecimento da paternidade biológica e a permanente incerteza em torno dela, contribuiu para um retorno bastante drástico por parte da sociedade, pautado no clamor à cientificidade e na exacerbada valorização da qualificadora 'certeza'.

Diante da sempre incerta paternidade, o desenvolvimento e a confiabilidade do exame de DNA representaram, a partir da segunda metade do século XX, o estabelecimento da certeza na determinação da paternidade, de acordo com o vínculo genético.

A lei, através da presunção *pater is est*, buscava atribuir a paternidade ao marido da mãe e, dessa forma, sempre esteve fundamentada no fato biológico da maternidade, único capaz de conferir a certeza da procedência genética.

O exame de DNA, por sua vez, permitiu tanto a inclusão quanto a exclusão da paternidade, com confiabilidade superior a 99,9999%, ou seja, quase que absoluta, suplantando todas as técnicas hematológicas utilizadas até então.

Assim, a indefinição antes verificada, suprimida por uma presunção nem sempre correta, ganha agora, nas palavras do EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, "uma conotação de realismo e confiabilidade com manifesta incidência na estabilidade familiar e no interesse do menor, em proveito da verdade biológica."<sup>59</sup>

A confiabilidade desse exame acaba por resultar na supremacia do fator biológico – diante da supressão que representou às falhas e incertezas da presunção *pater is est* -, e na consideração única da consangüinidade no estabelecimento da paternidade<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> LEITE, E. de O. *Reflexões sobre a Prova Científica da Filiação*. In: REPERTÓRIO DE DOUTRINA SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA/ Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira Leite (coord). Vol. 4. 1999. p. 191

<sup>60</sup> BARBOZA, H. H. *ob. cit.* p. 137: "No momento em que se conseguiu um meio de determinação da paternidade com quase absoluta precisão, impositivo foi admitir a denominada 'paternidade biológica'."

Assim, para a atribuição da paternidade não é mais suficiente a filiação fundada no casamento, na medida em que o fator biológico - na busca do qual fundamentou-se primordialmente a presunção *pater is est* -, pode, agora, ser provado.

Não foi, porém, somente em decorrência da precisão dos exames de DNA que o processo de 'biologização' da paternidade se enfatizou.

O domínio científico da procriação, revelado pelas técnicas de reprodução assistida (em especial, a inseminação artificial e a inseminação *in vitro*) de igual forma confrontou com o sistema de estabelecimento de paternidade vigente.

Essas técnicas trouxeram perplexidade a um sistema que, calcado em regras de probabilidade de concepção, jamais poderia conceber a possibilidade do domínio dessa incerteza pelo homem através da ciência.

No que se refere à inseminação artificial, pode essa técnica ser classificada em duas espécies: a) inseminação homóloga, que ocorre quando a inseminação do óvulo da mulher é realizada com a utilização do espermatozóide de seu marido ou companheiro; e a b) inseminação heteróloga, caracterizada pela utilização do material genético da mãe e pela sua inseminação por espermatozóide de terceiro alheio à relação, geralmente obtidos através dos chamados 'bancos de sêmen'<sup>61</sup>.

A primeira delas, apesar de não ter ido de encontro à atribuição da paternidade segundo o sistema vigente - ao marido da mãe -, contribuiu, em muito, ao excesso de valorização ao liame genético no estabelecimento dessa relação, na medida em que possibilitou, ainda que artificialmente, a concretização desse fator.

Já a segunda delas, não somente confronta-se com a racionalidade do Código de 1916, como traz grandes questionamentos quanto à verdadeira paternidade. Essa, porém, é uma matéria a ser analisada mais adiante.

O que importa, aqui, é perceber que a biologização da paternidade atingiu seu ápice com o advento dessa verdadeira revolução - representada tanto pela precisão conferida pelos exames de DNA, como pelo desenvolvimento e a

---

<sup>61</sup> LEITE, E. de O. *Temas de Direito de Família*. p. 106

utilização das técnicas de reprodução assistida -, que revelou a preocupação crescente em tornar efetivo o critério biológico nas relações paternas.

## 2.2. A Investigação de Paternidade:

O reconhecimento do filho pelo pai pode dar-se de duas formas: a) voluntariamente, quando, por ato pessoal<sup>62</sup> de vontade, o pai reconhece o filho como seu, outorgando-lhe o *status* correspondente; e b) judicialmente, quando ajuizada ação de investigação de paternidade, em razão do não reconhecimento espontâneo do filho pelo pai.

Essa ação tem caráter pessoal, na medida em que a legitimidade ativa para seu ajuizamento está reservada exclusivamente ao filho (art. 363), embora possa ser continuada por seus herdeiros.

O Código de 1916, porém, limitou sua interposição aos filhos ilegítimos naturais e espúrios, vedando a legitimidade ativa aos filhos incestuosos, ao dispor, no referido art. 363, que a ação pode ser ajuizada pelos filhos ilegítimos “de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI”, que trata do impedimento de casamento entre parentes próximos.

A legitimidade para contestar a ação, porém, não se limita à pessoa do pai, podendo ser a ação impugnada por qualquer pessoa que nela tivesse interesse (art. 365).

A propositura dessa ação está, porém, condicionada a uma série de fatores previamente elencados no Código Civil de 1916, especificamente em seu art. 363, inc. I, II e III. Conforme esse Código, a paternidade somente poderia ser investigada quando (I) ao tempo da concepção a mãe estivesse concubina com o pretendido pai; (II) quando a concepção do filho fosse coincidente com o rapto da mãe pelo suposto pai ou suas relações sexuais com ela e (III) quando existisse escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-se expressamente.

---

<sup>62</sup> DINIZ, M. H. *ob. cit.* p. 400: “É, realmente, ato pessoal dos genitores, não podendo ser feito por avô ou tutor, sucessores do pai ou herdeiros do filho; todavia, será válido se efetuado por procurador, munido de poderes especiais e expressos, porque nesse caso a declaração de vontade já está contida na própria outorga de poderes, de maneira que o mandatário apenas se limita a formalizar o reconhecimento.”

Ocorre, porém, que sob a perspectiva da revolução causada pelos exames de DNA em decorrência da exatidão com que permite identificar o pai biológico, tais exigências do sistema de 1916 se mostraram inócuas.

A exigência, como pressupostos de admissibilidade para a ação de investigação de paternidade, da demonstração de ao menos um dos fatores previstos nos incisos do artigo 363, cai por terra diante da certeza conferida pelo teste de DNA.

Neste particular, a evolução genética representou o fim desses pressupostos (já não acolhidos pelo Código de 2002) e a conseqüente desnecessidade de prova da conjunção carnal<sup>63</sup>, à época, a mais convincente para a atribuição da paternidade.

É nesse sentido que a possibilidade da determinação e de acesso ao vínculo biológico facilitaram a investigação da paternidade e reforçaram, ainda mais, essa corrente de valorização dos laços de sangue.

### 2.3. A Outra Face da Revolução: A Insuficiência do Fator Genético na Atribuição da Paternidade:

“Tudo parecia indicar que a verdade biológica iria triunfar”.<sup>64</sup>

Diante da euforia produzida pelas evoluções no campo da genética - pela manipulação da concepção através das novas técnicas de reprodução e pela confiabilidade depositada nos exames de DNA -, o vínculo biológico parecia finalmente conquistar a primazia na atribuição da paternidade.

A certeza com que era conferida tornava inóspita a necessidade de prova de coabitação nas ações de investigação de paternidade.

Apesar das conquistas, ou em razão delas, todo esse movimento científico, direcionado a uma verdadeira ‘biologização’ da paternidade, trouxe

---

<sup>63</sup> VELOSO, Z. *ob. cit.* p. 386: “Provar que houve um relacionamento sexual entre a mãe do investigante e o investigado pai já não é simples, nem fácil. E, até há pouco tempo, era impossível determinar que de tal relacionamento decorreu a fecundação. Mesmo com o avanço da ciência, nas últimas décadas, os exames sanguíneos só conseguiam excluir a paternidade, não podiam afirmá-la, com segurança.”

<sup>64</sup> LEITE, E. de O. *Exame de DNA, ou, o Limite entre o Genitor e o Pai...* p. 78

consigo questionamentos, de ordem ética e moral, que não encontraram respostas nos dados genéticos.

A atribuição da paternidade de maneira quase que instantânea pelo exame de DNA e a possibilidade de concepção artificial até mesmo em casais estéreis, pelo 'empréstimo' de material conceptivo de terceiro, confrontam-se, muitas vezes, com valores que não permitem o reducionismo do conceito de paternidade à origem genética e a manipulação inconseqüente das técnicas de reprodução, sem a avaliação adequada de suas repercussões.

A paternidade biológica passa a ser questionada por seus próprios promotores. As técnicas de reprodução assistida, em especial a modalidade de reprodução heteróloga, criaram perplexidades no âmbito da filiação que fizeram repensar-se o verdadeiro conceito de paternidade.

A utilização de espermatozóide de terceiro para a fecundação da mulher justifica-se, única e tão somente, por ser a única forma de realização de ato de vontade do casal: ter um filho.

Eis o impasse: seria o pai aquele que doou seus espermatozóides que fecundaram a mãe? É neste momento que a paternidade biológica é questionada, pois pela aplicação cega do biologismo, a paternidade deveria ser atribuída ao doador, e não ao marido da mãe.

Essa nova lógica na atribuição da paternidade confronta-se fortemente com o Código de 1916 e não encontra nele respaldos jurídicos de justificação, na medida em que contraria toda a tentativa do sistema de exprimir em regras a verdade biológica.

A admissão, através da perplexidade aqui produzida, da insuficiência do liame genético nas relações parentais, acrescenta ao conceito de paternidade um novo elemento: o da afetividade, enquanto expressão do elemento subjetivo da vontade.

O anonimato do doador e a criação de vínculo jurídico entre as pessoas que desejaram a concepção e o filho gerado são fatores que só vêm a materializar o papel desse elemento na atribuição da paternidade.

Nas palavras de EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, que bem soube explicar este fenômeno, “tornando relativa a verdade genética, voluntariamente apagada pelo anonimato dos doadores, a nova ordem funda a filiação sobre a vontade e sobre a promessa da verdade afetiva.”<sup>65</sup>

A importância da afetividade, enquanto expressão da vontade de ser pai, transparece também nos casos de reconhecimento compulsório de paternidade através de ação de investigação de paternidade. Ainda que essa forma de reconhecimento coadune-se com a noção de paternidade responsável, a garantir, ao menos, os direitos sucessórios ao filho assim reconhecido, não há como, através dela, suprir-se o vácuo deixado pela ausência da afetividade, o que caracteriza a paternidade enquanto uma relação a ser constantemente construída<sup>66</sup>.

Há, portanto, duas verdades no que diz respeito à questão da filiação: a verdade biológica – representada pelos laços de sangue - e a verdade afetiva – que corresponde a filiação construída, vivida a cada dia sob as bases do amor e do afeto.

O questionamento da verdade biológica põe em evidência o afeto como novo elemento na busca da verdadeira paternidade, permitindo-se afirmar como bem observa EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, que, em muitos casos, “a verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológica-genética.”<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> LEITE, E. de O. *Procriações Artificiais e o Direito...* p. 202.

<sup>66</sup> VELOSO, Z. *ob. cit.* p. 389: “A paternidade mais viva, autêntica e apreciável implica uma adoção que se renova a cada dia. A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos (...) a poderosíssima prova de DNA, em muitos casos, pode não ter importância nenhuma, pode não ter qualquer serventia, pode não interessar coisa alguma, porque a verdade que se busca e se quer revelar e prestigiar, nos aludidos casos, não é a verdade de sangue, mas a verdade que brota exuberante dos sentimentos, dos brados da alma e dos apelos do coração.”

<sup>67</sup> LEITE, E. de O. *Procriações Artificiais e o Direito...* p. 202

### **CAPÍTULO III – A DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE: A BUSCA DA VERDADE AFETIVA PARA SEU ESTABELECIMENTO.**

#### **1. PAI E GENITOR: A DISTINÇÃO ENTRE FILIAÇÃO E ORIGEM GENÉTICA:**

Diante do reconhecimento da afetividade como elemento essencial no alcance da verdadeira paternidade, torna-se impositiva a sua distinção – da paternidade – em relação à origem genética do indivíduo.

Isso porque, como visto, e bem ressaltado por PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “a filiação não é um determinismo biológico (...) ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.”<sup>68</sup>

Neste contexto, a exatidão dos exames de DNA, que viabilizam a atribuição judicial da paternidade mediante ação investigatória, deve ser questionada no sentido de se saber se sua função, por muitas vezes, não se subsume apenas à indicação do genitor do investigante.

A paternidade é relação complexa, que não se restringe ao reducionismo do vínculo biológico e, por esse motivo, com ele não se confunde.

A imposição da paternidade meramente em razão do reconhecimento da origem genética representa uma paternidade baseada em elementos outros que não a vontade e, por esse motivo, acaba por não assegurar os interesses da criança.

Como bem observa EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE:

Invocar somente o critério genético na determinação da filiação faz com que, triste e injustamente, retornemos à situação das crianças-objeto, em manifesto desconhecimento da vitória dos sujeitos sobre os objetos; em notório abandono das conquistas mais recentes da ciência psicanalítica onde a questão da origem do sujeito não se coloca mais em termos de ‘saber’ (sua origem), mas em termos de ‘desejo’ (como a vida lhe foi transmitida).<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> LÔBO, P. L. N. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord)/ DIREITO DE FAMÍLIA: a família da travessia do milênio. 2000. p. 252.

<sup>69</sup> LEITE E. de O. *Exame de DNA, ou, o Limite entre o Genitor e o Pai...* p. 76-77.

O direito ao conhecimento da origem genética não está necessariamente relacionado à presunção da paternidade. Isso porque, “sua sede é o direito de personalidade, de que toda pessoa humana é titular, na espécie de direito à vida.”<sup>70</sup>

O direito da personalidade ao conhecimento da origem genética não se confunde, dessa forma, com o direito à filiação, ainda que biológica.

Em conclusão, PAULO LUIZ NETTO LÔBO de forma elucidativa expressou que,

(...) a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos.<sup>71</sup>

Assim, genitor e pai nem sempre se confundem, uma vez que o determinismo puramente biológico de um não corresponde, necessariamente, à contínua e complexa construção afetiva e cultural do outro.

Em conclusão, considerando a submersão do conceito de afetividade como fator a ser considerado nas relações parentais, cumpre citar lição de SÉRGIO GRISCHKOW PEREIRA, quando assim define a paternidade:

(...) a paternidade é conceito não só genético ou biológico, mas psicológico, moral e sócio-cultural. Em grande número de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico o fracasso da relação de paternidade sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva, em nível de paternidade, saudável, produtiva, responsável.<sup>72</sup>

Cara e necessária, portanto, a distinção entre a origem genética do indivíduo – cujo conhecimento pertence à esfera dos direitos de personalidade – e

<sup>70</sup> LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado...* p. 55

<sup>71</sup> LÔBO, P. L. N. *Idem.* p. 56

<sup>72</sup> PEREIRA, Sérgio Grischkow. *Algumas considerações sobre a Nova Adoção*. Revista dos Tribunais, nº 682, agosto/92, p. 65 Apud CARBONERA, Silvana Maria. *O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família*. In: REPENSANDO FUNDAMENTOS DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO/ Luiz Edson Fachin e Carmem Lucia Silveira Ramos (coord.). 1998. p. 306

a paternidade que, pela complexidade que comporta, não pode ser reduzida a um simples dado biológico.

## 2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

O Direito, por ser constituído não apenas de normas, mas também do contexto sócio-cultural em que está inserido, é dinâmico e mutável, na medida em que se mostra em constante tentativa de adaptação aos fatos vivenciados pela sociedade, a qual se presta regular<sup>73</sup>.

Sabendo-se disso, pode-se dizer que o Direito de Família é o ramo do direito em que se sente de forma mais veemente a constância das mudanças nas relações sociais e seu clamor por reconhecimento e tratamento jurídico condizente<sup>74</sup>.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a estrutura da família e as relações de seus integrantes entre si e com o mundo que lhe é exterior, sofreu substanciais modificações, não tutelados de forma correspondente pelo sistema vigente.

Essa carência social, que representava uma lacuna no ordenamento jurídico em vigor, veio a ser suprida quando promulgada a Constituição Federal de 1988. Com ela, internalizaram-se em nosso país princípios decorrentes das Declarações Internacionais dos Direitos do Homem, de 1948, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O descompasso entre os fatos e sistema do Código Civil de 1916 vão muito além de sua inadequação ao estabelecimento da verdadeira paternidade, fundada em laços de afeto e respeito. O próprio modelo de família, da forma em que era tratado pelo Código, apresentava evidente defasagem, pois não mais condizia com a família contemporânea, cuja formação se dá também com base na mútua cooperação e afeto.

---

<sup>73</sup> DINIZ, M. H. *As Lacunas no Direito*. 1995. p. 73

<sup>74</sup> OLIVEIRA, J. S. de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. p. 76

Diante disso, buscando a conformidade do sistema aos fatos, foram operadas através da Constituição de 1988 mudanças das mais significativas. As mais relevantes, na esfera das relações familiares, conforme bem definiu CARLOS ALBERTO BITTAR, foram as seguintes: a) o posicionamento da família como base social e como entidade a ser protegida pelo Estado (art. 226, *caput*); b) a instituição da família através do casamento (§ 1º); c) a igualdade de direitos entre o homem e a mulher na relação conjugal (§ 5º); d) a dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (§ 6º); e) a igualdade de direitos entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento, e adotivos (art. 227, § 6º).

Sobre isso, ressalta, ainda, BITTAR:

Além disso, a Constituição reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º), bem como a união estável entre homem e mulher, esta para proteção do Estado (§ 3º), a par de outras regras sobre deveres da família, sobre planejamento familiar, sobre adoção e sobre mecanismos de defesa do menor e do idoso (arts. 226 e 227, e seus parágrafos).<sup>75</sup>

Tais mudanças representaram significativo avanço, pois demonstram a tendência de humanização das relações havidas entre os indivíduos, inclusive as familiares, com a valorização da pessoa humana e da afetividade, enquanto fator que as vincula.

O chamado Princípio da Afetividade, muito mais do que um fato exclusivamente sociológico ou psicológico, tem fundamento constitucional, pois sua previsão se mostra nas várias normas que regulam as relações familiares.

Conforme PAULO LUIZ NETTO LÔBO,

(...) encontram-se na Constituição Federal brasileira quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XX: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) o direito à convivência familiar, e não à

---

<sup>75</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 1990. p. 59-60

origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*).<sup>76</sup>

Tais regras, que serão a seguir tratadas, corroboram na intenção do legislador em valorizar as relações afetivas, na medida em que sobrepõem o afeto aos vínculos puramente biológicos ou institucionais, como fator de integração das relações existentes entre os entes familiares, seja no que diz respeito à questão da filiação, seja na própria concepção de família.

## 2.1. A Nova Família e o Reconhecimento do Vínculo Sócio-Afetivo:

Muitos dos vários institutos basilares do Código Civil de 1916, com a evolução da sociedade ocidental e sua fundamentação em princípios e valores próprios, não possuem mais os mesmos sentidos que lhes foram empregados no passado.

Exemplo disso é o modelo de família sobre o qual se erigiram as regras daquele ordenamento. Objeto de diversas transformações, a concepção patriarcal, matrimonializada de família, repleta de preceitos discriminatórios, já não condiz mais com sua concepção contemporânea.

As mudanças sociais introduzidas pela proliferação das grandes concentrações urbanas e pela conseqüente inserção da mulher no mercado de trabalho, contribuíram para a transformação do modelo clássico de família.

Na medida em que a mulher passa a delinear seu espaço e suas funções na sociedade, a família moderna evolui no sentido de buscar o estabelecimento da igualdade entre os cônjuges<sup>77</sup>.

Através do art. 226, § 5º da Constituição de 1988, essa igualdade foi conferida aos cônjuges e representou a inserção, no plano jurídico, de uma

---

<sup>76</sup> LOBO, P. L. N. *ob. cit.* p.43.

<sup>77</sup> LEITE, E. de O. *Temas de Direito de Família...* p. 98: “Suprimiu-se a autoridade paterna e procurou-se realizar o nivelamento dos cônjuges, estabelecendo uma distribuição mais democrática dos comportamentos do pai e da mãe em relação aos filhos. O que antes era o apanágio do homem, tornou-se privilégio do casal, e o pátrio poder foi substituído pela noção mais justa de poder parental.”

“vontade de tratamento uniforme das pessoas que compõem a família, e, de conseqüência, uma concepção não patriarcal ou hierarquizada da família.”<sup>78</sup>

Essa desvinculação da família do modelo patriarcal e hierarquizado antes existente se justifica pelo fato de que a igualdade entre os cônjuges, conforme bem destacou CARLOS ALBERTO BITTAR,

(...) rompe com todas as regras discriminatórias existentes em nossa legislação codificada, tanto as de proeminência do marido, quanto as de compensação ou de privilégios outorgadas à mulher, tais como a chefia do lar conjugal, a fixação do domicílio do casal, a representação da família pelo marido, a formação de patrimônio próprio pela mulher e outras.<sup>79</sup>

Além do estabelecimento da igualdade conjugal, outra significativa mudança introduzida pela Constituição de 1988 foi o reconhecimento jurídico, na qualidade de ‘entidades familiares’<sup>80</sup>, da comunidade monoparental (art. 226, § 4º) – formada por qualquer dos pais e seus descendentes –, bem como da família não matrimonializada – união estável havida entre homem e mulher (art. 226, § 3º) e a facilitação de sua conversão em casamento –, destituindo-se do casamento a função legitimadora da família e da filiação<sup>81</sup>.

Apesar da não obrigatoriedade do casamento para a legitimação da família, o Estado, por óbvio, não obsteu a utilização das formas tradicionais de constituição familiar. Longe disso, e como bem esclarece ÁLVARO DE VILLAÇA AZEVEDO,

(...) a Constituição Federal de 1988 abriu caminho à livre escolha popular de seu modo de convivência familiar, exemplificando as forma que podem ser escolhidas e resgatando a figura do casamento de fato, pelo reconhecimento da união estável, embora este não se apresente, como aquele, com força de matrimônio.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> FACHIN, L. E. *Estabelecimento...* p. 22-23

<sup>79</sup> BITTAR, C. A. *ob. cit.* p. 64

<sup>80</sup> BITTAR, C. A. *Idem.* p. 67

<sup>81</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Temas de Direito de Família*. In: O DIREITO NA DÉCADA DE 1990: novos aspectos – Estudos em homenagem ao prof. Arnaldo Wald/Paulo Dourado de Gusmão e Semy Galnz (coord.). 2002. p. 96: “o casamento perdeu, para o constituinte de 1988, aquela posição de primazia, que desfrutava anteriormente; hoje é a família, derivada ou não do matrimônio, vinda ou não da união estável entre um homem e uma mulher, ou mesmo a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que está sob a proteção especial do Estado.”

<sup>82</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406,*

Segundo EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, define-se a família como monoparental “quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e convive com uma ou várias crianças.”

Seu reconhecimento jurídico, da mesma forma como ocorreu com a união estável, mostrou-se bastante tardio, já que essa ‘espécie’ de família sempre existiu. A falta de seu reconhecimento como categoria específica permitiu sua marginalização jurídica até sua efetiva tutela pela Constituição de 1988.

No que se refere à união estável, o ordenamento jurídico brasileiro sempre repudiou a idéia da existência de qualquer forma de união entre homem e mulher que não fosse estabelecida sob a forma prescrita em lei, ou seja, o casamento. Tais uniões eram categorizadas pela conotativa denominação de concubinato<sup>83</sup>.

Diante disso, pode-se dizer que o reconhecimento da união estável havida entre homem e mulher como entidade familiar representa, talvez, o mais significativo progresso do Direito brasileiro em direção à valorização da afetividade nas relações familiares.

Como bem defendeu FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ,

(...) a família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento, de estabilidade e de responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos.<sup>84</sup>

Daí ser possível verificar-se a preocupação do legislador não apenas com a condição estrutural da família, mas também, e principalmente, com sua condição funcional.

A atribuição de legitimidade jurídica às entidades familiares não matrimonializadas e monoparentais, representa, ainda, a garantia constitucional daquele que seria, no âmbito do Direito de Família, o mais fundamental dos direitos humanos: o direito à família<sup>85</sup>. Esse direito é assim enquadrado em razão

---

de 10-01-2002. 2002. p.271

<sup>83</sup> OLIVEIRA, J. S. de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. p. 233

<sup>84</sup> MUNIZ, Francisco José Ferreira. *A Família na Evolução do Direito Brasileiro*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR/ Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord) . p. 77

<sup>85</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos da Família: dos fundamentais aos operacionais*. In:

da assertiva de que “não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.<sup>86</sup>

Ademais disso, o fato de o reconhecimento jurídico da família estar agora dissociado da necessidade de seu estabelecimento pela solenidade do casamento, revela a supremacia da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional, na medida em que, conforme ensina LUIZ EDSON FACHIN, “ a família, ao transformar-se, valoriza as relações afetivas entre seus membros”.<sup>87</sup>

Até mesmo o intenso conteúdo patrimonializante do Código Civil de 1916 cede lugar ao fenômeno da personificação do direito de família. Essa tendência personificadora, calcada na valorização da pessoa humana, neste específico ponto, representa o abandono da supremacia do aspecto patrimonial na regulação das relações familiares para que se efetive, conforme alusiva expressão de SEBASTIÃO OLIVEIRA, o “resgate de todos os valores imateriais que devem existir no seio familiar e que são os efetivos responsáveis por sua manutenção”. Em referência a estes valores, destacou mais adiante que, “entre eles estão: afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, carinho e toda característica que prestigie o mútuo respeito.”<sup>88</sup>

Nesse contexto, resta evidente a valorização do afeto como fator integrador e fundamental das relações familiares, uma vez que houve o reconhecimento constitucional da união estável e das comunidades monoparentais sob a forma, juridicamente legitimada, das chamadas ‘entidades familiares’.

---

DIREITO DE FAMÍLIA E PSICANÁLISE: rumo a uma nova epistemologia/ Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). 2003. p. 147-148: “Quando se pensa em direitos humanos fundamentais o que primeiro vem à mente é o direito à vida. Mas já nesse instante primário se evidencia o quão fundamental é a família, pois no mundo dos seres humanos – e, portanto, dos seres humanos – não se pode pensar a vida sem pensar a família. Uma implica a outra, necessariamente, a partir do nascimento e ao longo do desenvolvimento do ser humano. Daí que – também necessariamente – o direito à vida implica o direito à família, fundando-o primordialmente: como o primeiro na ordem jurídica da família, o mais fundamental dos direitos da família.”

<sup>86</sup> MICHEL, Andrée. *Modèles Sociologiques de la Famille dans le Sociétés Contemporaines*. In: *ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT*. Paris: Sirey, 1975. *Apud*: FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. p. 25

<sup>87</sup> FACHIN, L. E. *Estabelecimento...* p. 25

<sup>88</sup> OLIVEIRA, J. S. de. *ob. cit.* p. 248

Mais que isso, além da superação da forma pela substância – no que se refere às relações familiares -, a valorização constitucional da afetividade evidencia-se pela manutenção do direito ao divórcio, introduzido em nosso sistema pela Emenda Constitucional nº 09/77 à Constituição de 1967 e pela ampliação das possibilidades de sua obtenção. Essa assertiva justifica-se na medida em que o direito ao divórcio, como bem definiu CARLOS ALBERTO BITTAR, “reside na necessidade de conferir-se à pessoa a busca da felicidade própria, nem sempre encontrada em uma união”.<sup>89</sup>

Não resta dúvidas de que a afetividade, enquanto elemento integrador das famílias, ganhou ainda mais relevância no modelo familiar contemporâneo. Em correspondência a essa idéia, oportuna se faz a transcrição das palavras de JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA, quando diz:

A afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.<sup>90</sup>

A superação da forma pela substância, a valorização do indivíduo e o reconhecimento da família como meio para o seu desenvolvimento retratam a forte tendência de valorização da afetividade que, enquanto fator integrador das famílias, permitiu o reconhecimento jurídico das chamadas entidades familiares e a desconstituição do caráter legitimador até então conferido ao matrimônio.

## 2.2. A Igualdade de Filiação:

Afora as relevantes modificações ocorridas no âmbito estrutural das famílias, dentre as mais importantes mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988, está o estabelecimento da igualdade entre os filhos, sejam eles nascidos ou não de relação de casamento, ou adotivos (art. 227, § 6º), proibidas quaisquer designações discriminatórias.

---

<sup>89</sup> BITTAR, C. A. *Ob. cit.* p. 65

<sup>90</sup> OLIVEIRA, J. S. de. *Ob. cit.* p. 233

Torna-se inadmissível a interpretação das normas que regem as relações de filiação de forma que possa revelar qualquer resíduo de desigualdade no tratamento entre os filhos.

A norma constitucional que representou a libertação dos filhos antes tratados de forma discriminada, foi reproduzida pelo art. 20 da Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente, que constitui “o último patamar de uma longa e tormentosa evolução legislativa, que altera radicalmente o tratamento diferenciado conferido pelo legislador civil aos filhos, segundo a espécie de relação existente entre seus pais”.<sup>91</sup>

Foi lenta a história da emancipação e da redução das desigualdades havidas entre os filhos, na medida em que o direito de filiação sempre esteve escorado na preocupação com a destinação do patrimônio familiar, sempre fortemente ligado à idéia de consangüinidade legítima.<sup>92</sup>

Como já narrado em capítulo anterior, o Código Civil de 1916 estabelecia a classificação discriminatória dos filhos, em legítimos ou ilegítimos, conforme havidos, ou não, do casamento.

Dentre os filhos ilegítimos, diferenciava-os conforme sua origem: denominava naturais os filhos havidos de relações extramatrimoniais entre pessoas não impedidas para o casamento e de espúrios aqueles havidos fora do casamento entre pessoas impedidas de se casarem entre si.

Desta classificação surgiam ainda duas novas distinções: os filhos espúrios incestuosos, concebidos por parentes próximos e os adúlteros, oriundos de relação entre pessoas que, no momento da concepção, já se encontravam casadas com terceiro.

A repulsa pelos filhos ilegítimos e a condição subalterna dos filhos adotivos cessaram em razão dessa norma constitucional que, conforme palavras de JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA, “pôs fim a uma das maiores heresias prestigiadas pelo Código Civil, ou seja, à ‘punição’ dos filhos não havidos na

---

<sup>91</sup> TEPEDINO, G. *A disciplina Jurídica da Filiação*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR. p. 225

<sup>92</sup> LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*. p. 56-57

constância do casamento, por evento natural em relação ao qual não possuíam nenhuma responsabilidade.”<sup>93</sup>

Na medida em que a Constituição de 1988 legitimou as entidades familiares enquanto comunidades condizentes à função exercida pelas famílias, ainda que não estabelecidas pelo casamento, mostrou-se insustentável a manutenção da classificação dos filhos em legítimos ou ilegítimos.

Como se vê, a igualdade de filiação funda-se nas mesmas bases da reformulação do conceito de família, que vão desde o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>94</sup>, até a emersão, do também constitucional, princípio da afetividade.

A hipocrisia da desigualdade entre os filhos, até então sustentada pelo sistema jurídico, cede lugar à verdade, e o faz sob o corolário da ‘paternidade responsável’.

Essa expressão traduz a nova acepção da paternidade que, pela evolução do próprio conceito de família aqui tratado, transformou-se de poder - representado pelo autoritarismo exacerbado - em dever, consubstanciado na responsabilidade de prover ao filho todos os direitos a ele conferidos, especialmente aqueles elencados no *caput* do artigo 227, da Carta constitucional.

O tratamento igualitário dispensado aos filhos biológicos e adotivos demonstra, ainda, que a primazia da origem genética foi abandonada pela Constituição de 1988, e substituída pela valorização do fator que lhes é comum: a relação fundada no afeto.<sup>95</sup>

A confirmar essa idéia, concluiu EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE que “vedando as discriminações entre ambas as categorias o legislador se inseriu num movimento já comum à realidade jurídica européia: o da ‘desbiologização da paternidade’. Assim”, continua, “a lei rendeu-se às evidências ditadas pela

---

<sup>93</sup> OLIVEIRA, J. S. de. *ob. cit.* p. 253.

<sup>94</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986. p. 77 Apud LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade*. In: DIREITO DE FAMÍLIA: a família na travessia do milênio./ Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). 2000. p.251: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.”

<sup>95</sup> LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*. p. 55

natureza: todo ser que nasce é filho de alguém e, como tal, sujeito de direitos que deverão, necessariamente, ser imputados a um pai.”<sup>96</sup>

### 2.3. O Melhor Interesse do Menor: O Paradigma da Nova Paternidade:

A Constituição de 1988 mostrou-se bastante sensível no tratamento dispensado às questões de direito de família, especialmente aquelas que envolviam o interesse do menor, enquanto pessoa em desenvolvimento.

O legislador incluiu na Carta constitucional preceitos de proteção ao menor, que marcaram a contribuição do Estado na ativa realização de seus direitos fundamentais e na corroboração com a idéia de que o menor

(...) deixou de ocupar o papel de apenas *parte integrante* do complexo familiar para ser mais um *membro individualizado* da família humana que, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive da devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.<sup>97</sup>

O art. 227, *caput*, merece destaque nessa busca, na medida em que assim determinou:

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.

A norma *supra* citada foi incorporada pela legislação infraconstitucional, mais especificamente pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegurou os mesmos direitos constitucionalmente previstos ao menor, com base nas diretrizes estabelecidas

<sup>96</sup> LEITE, E. de O. *Temas de Direito de Família*...p. 114

<sup>97</sup> BARBOZA, H. H. *O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente*. In: DIREITO DE FAMÍLIA: a família na travessia do milênio. /Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). 2000. p.203

pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU, em 1959 e reafirmadas na convenção da ONU de 1989.<sup>98</sup>

Esse estatuto veio a corroborar com a função estatal de garantir não só direitos, mas meios eficazes para o seu exercício pelos cidadãos.<sup>99</sup>

Essa previsão coaduna-se com o mandamento constitucional de se dar absoluta prioridade aos direitos da criança e do adolescente, o que não significa dizer, no entanto, que deva haver, invariavelmente, a supremacia deste sobre todos os demais direitos fundamentais. Em casos de direitos conflitantes, a regra é o balanceamento de interesses para a solução no caso concreto.

Nas palavras de MIGUEL COLLERO BRUÑOL, ao discorrer sobre essa problemática, sendo as crianças parte da humanidade

(...) e seus direitos não se exerçam separada ou contrariamente ao de outras pessoas, o princípio não está formulado em termos absolutos, mas que o interesse superior da criança é considerado como uma 'consideração primordial'. O princípio é de prioridade e não de exclusão de outros direitos e interesses.<sup>100</sup>

No tocante à paternidade, o art. 227, *caput*, trouxe repercussões positivas. Isso porque, através dessa norma, o legislador definiu como prioridade à criança, atribuindo-lhe *status* constitucional, o direito 'à convivência familiar' e não à origem genética.<sup>101</sup>

Partindo dessa perspectiva, não é difícil perceber que a prioridade da criança está na possibilidade de conviver em família e receber todo o afeto e proteção por ela dispensados, fatores esses que tiveram sua importância elevada e reconhecida.

<sup>98</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. 2001. p. 214

<sup>99</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Menor, Esse Desconhecido*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR. p. 337: "O Estado, como cediço, não cria os direitos fundamentais – à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, etc. São eles direitos naturais, inerentes ao próprio ser humano. Cabe-lhe, sim, reconhecer tais direitos e dar-lhes realização e eficácia, inclusive através de legislação complementar e ordinária, editando os textos ainda não existentes ou aperfeiçoando os já existentes."

<sup>100</sup> BRUÑOL, Miguel Cillero. *Infância, Autonomia y Derechos: una cuestión de principios*. In: INFÂNCIA: boletim del instituto interamericano del niño – OEA, nº 234: 1-13, p. 8, Oct. 1997. Apud LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. p. 45

<sup>101</sup> LÔBO, P. L. N. *Idem*. p. 43

Esse direito, reconhecido ao menor pela Constituição de 1988, somente vem a confirmar a tendência personificadora do direito de família, na medida em que o seu direito à convivência familiar – considerando-se, aqui, o novo conceito de família constituída com base no afeto -, supera o reducionismo empregado na idéia de que as relações de parentesco entre pais e filhos devam resumir-se a um liame genético.

Partindo-se desse raciocínio, pode-se concluir que, em muitos casos, a atribuição da paternidade com base no elemento da afetividade constitui a forma mais condizente com os interesses do menor, pois permite a diferenciação entre o direito à filiação e o direito à origem genética.

Em conformidade com esse raciocínio está HELOISA HELENA BARBOZA quando sustenta que

(...) o estabelecimento da paternidade, revolucionado pela possibilidade de determinação do vínculo biológico mediante exame de DNA, encontrou no princípio do melhor interesse da criança um dos fundamentos da denominada paternidade socioafetiva, que reconhece efeitos ao vínculo gerado pela afetividade, a desafiar todas as regras jurídicas existentes.<sup>102</sup>

Como se vê, a relevância empregada ao princípio do melhor interesse do menor possibilitou o reconhecimento das relações eminentemente afetivas, já que muitas vezes representam, de forma fática e efetiva, a base familiar de que necessitam.

Em conclusivo trecho destacado de sua obra, HELOISA HELENA BARBOZA assim observou:

(...) a Constituição de 1988, reconhecendo e atendendo aos clamores sociais, estabeleceu princípios norteadores das relações familiares que alteram profundamente sua estrutura. Ao incorporar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, autoriza o reconhecimento á relação afetiva (...)<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> BARBOZA, H. H. *O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente*. p. 208

<sup>103</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *O Reconhecimento Jurídico*. In. DEL REY REVISTA JURÍDICA. a. 4. nº 08. 2002. p. 23 Apud FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XVIII/ Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Forense, 2003. p. 23.

Tem-se, assim, o princípio do melhor interesse do menor como um dos elementos que mais fortemente contribuem para o reconhecimento da paternidade afetiva, uma vez que permite – sob o fundamento de proteção dos interesses e direitos da criança – a manutenção dos laços afetivos e a legitimação da relação daí derivada.

## Capítulo IV – A PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA: O NOVO CONCEITO DE PATERNIDADE:

### 1. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS FUNDAMENTOS LEGAIS DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA:

#### 1.1. O Artigo 1.593 e a Abertura do Conceito de Parentesco Civil.

O Código Civil de 2002 inovou ao elastecer a forma de caracterização do parentesco civil.

Segundo a redação do artigo 1.593, sem precedente no Código Civil de 1916, o parentesco civil pode ser estabelecido conforme resulte de *outra origem*, que não a consangüinidade.

Nos seus exatos termos, estabelece que:

Art. 1.593. o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Em observação a esse dispositivo, não é temerário dizer que sobre o parentesco natural não há grandes indagações. Isso porque basta, para aferi-lo, a presença do vínculo sanguíneo entre pessoas que compartilham o mesmo tronco ancestral.

É salutar, porém, ressaltar que sua distinção em matrimonial ou extramatrimonial, com a exclusão jurídica da segunda, não encontra mais motivação no sistema do Código Civil de 2002.

Ao contrário, a análise do parentesco civil, por sua vez, é de extrema relevância ao presente estudo. A razão dessa afirmação está na abrangência do termo *outra origem* empregado pelo artigo 1.593, do Código Civil de 2002, na aferição dessa espécie de parentesco.

Afora a adoção, típico exemplo de parentesco civil - já reconhecido pelo ordenamento anterior, pois derivado de relação não consangüínea -, a redação do referido dispositivo legal permite o reconhecimento das diversas outras hipóteses

de relações eminentemente afetivas, principalmente aquelas havidas entre pais e filhos.

A abertura possibilitada pelo termo empregado no artigo 1.593 torna, segundo LUIZ EDSON FACHIN, “induidoso que o Código Civil reconheça (...) outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo a paternidade afetiva, fundada na posse de estado de filho.”<sup>104</sup>

Em complemento, segundo SÍLVIO RODRIGUES, a expressão *outra origem* contemplaria, também, “a situação da inseminação artificial, em que o próprio Código também considera a paternidade presumida, com resultado idêntico à filiação consangüínea (art. 1.597)”<sup>105</sup>

Seja pela prova da posse de estado de filho, seja pelo reconhecimento da paternidade decorrente da inseminação artificial heteróloga, é fato que a redação do artigo 1.593 permitiu o reconhecimento, enquanto parentesco civil, das relações parentais estabelecidas com base unicamente na afetividade.

Essa previsão, assim, vêm apenas a confirmar a tendência personificadora do direito civil, que, conforme bem delineado por GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

(...) reflete a circunstância de que as alterações havidas têm como escopo fazer com que o Direito de Família passe a girar fundamentalmente em torno dos fenômenos humanos, ligados à esfera afetiva, espiritual e psicológica de pessoas envolvidas, e de facetas de natureza predominantemente material.<sup>106</sup>

## 1.2. A Inseminação Artificial Heteróloga: A Autorização e o Estabelecimento da Paternidade Fundamentalmente Afetiva.

Como já tratado em capítulo anterior (capítulo II; sessão 2), sabe-se que a revolução genética, ao mesmo tempo em que contribuiu de forma imprescindível à valorização do fator biológico no estabelecimento da paternidade, trouxe consigo perplexidades que levaram a um necessário questionamento quanto à relevância

<sup>104</sup> FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo código Civil*...p. 22

<sup>105</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*...Apud LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*....p. 28

<sup>106</sup> GAMA, G. C. N. da. *Das Relações de Parentesco*..ob. cit..p. 106.

desse mesmo fator.

Perplexidade mais notável, e a que esse estudo interessa, diz respeito à problematização trazida pela chamada inseminação artificial heteróloga.

Nesta técnica de inseminação, em que o óvulo da mãe é fecundado por espermatozóide de terceiro doador, atribui-se a paternidade ao marido da mãe, desde que este a tenha previamente autorizado<sup>107</sup>.

A perspectiva reducionista, que irremediavelmente vinculava a paternidade à origem genética, não permitia uma solução satisfatória nestes casos.

Há, aqui, uma necessária relativização da verdade biológica, na medida em que a paternidade não poderia ser atribuída, de forma razoável, ao doador anônimo, que apenas contribuiu, com seu material genético, para que a fecundação fosse possível.

Essa situação, em razão de sua inegável relevância, foi tratada pelo Código Civil de 2002 – especificamente em seu artigo 1.597, inciso V -, que atribuiu a paternidade ao marido da mãe, condicionando-a, porém, a sua autorização prévia à aplicação da técnica. Nos seus exatos termos, assim estabelece:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Como se vê, a paternidade resultante de inseminação artificial heteróloga é legalmente atribuída ao marido da mãe e está condicionada a sua prévia autorização.<sup>108</sup>

<sup>107</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Nova Afiliação...*p. 883: “A procriação assistida heteróloga atribui a condição de filho à pessoa concebida relativamente ao pai que não contribuiu com material fecundante, com os mesmos direito e deveres, inclusive sucessórios, não se estabelecendo qualquer vínculo com doador e parentes deste, salvo os impedimentos matrimoniais.”

<sup>108</sup> Carlos Aberto Bittar defende, ainda, que a atribuição da paternidade ao marido da mãe, nos casos de reprodução artificial heteróloga, deve condicionar-se a “um regime de respeito às leis biológicas (...) e em hipóteses de extrema necessidade, em que fatores adversos impeçam a fecundação e a gestação normais (geralmente deficiências congênitas, ou mesmo acidentais, no complexo sexual do casal, ou de um dos cônjuges”. (*Direito de Família*. Rio de Janeiro, 1993. p. 222)

Essa autorização representa a exteriorização da vontade de ser pai, e, por essa razão, mostra-se essencial ao adequado estabelecimento da paternidade.<sup>109</sup>

Como bem destacou PAOLO VERCELLONE, “(...) a paternidade só é paternidade quando se funda num ato preciso de vontade.” Segue o autor, na tentativa de analisar o papel da vontade no estabelecimento da paternidade, dizendo que,

(...) na fecundação natural a voluntariedade da concepção não é solicitada, mas pelo menos, a voluntariedade da cópula com aquela mulher determinada do qual, depois, eventualmente, nascerá um filho é a regra. Na fecundação artificial, por definição, não há cópula, por conseguinte deve subsistir, pelo menos, a vontade precisa de que o próprio esperma seja usado na fecundação de uma certa mulher (...)<sup>110</sup>

Em que pesem as considerações do citado autor, a vontade necessária para o estabelecimento da filiação na fecundação artificial é especialmente aquela manifestada pelo casal que utiliza o esperma do doador, ainda mais especificamente a do marido.<sup>111</sup>

Isso porque, nas palavras de EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, “a nova ordem funda a filiação sobre a vontade e sobre a promessa da verdade afetiva.”<sup>112</sup>

A afetividade, enquanto forma de materialização desta vontade, mostra-se como fator vinculante e caracterizador da paternidade atribuída ao marido da mãe.

Tem-se, portanto, na paternidade resultante da inseminação artificial

<sup>109</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Nova Afiliação...* p. 813: “o consentimento do marido na inseminação com o doador de sêmen representa a adesão ao projeto familiar comum – projeto de parentalidade – e à investidura no estatuto jurídico-social da paternidade.”

<sup>110</sup> VERCELLONE, Paolo. *As Novas Famílias*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR. p. 29. No tocante à vontade específica do doador, ressaltou Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “a vontade da pessoa do doador é totalmente irrelevante para o fim de estabelecimento da paternidade, maternidade filiação no que toca à futura criança, porquanto tal vontade não se insere em qualquer projeto parental pessoal do doador, o que o exclui de qualquer vinculação, no que toca à parentalidade, com a criança a ser concebida e posteriormente a nascer.” (*A Nova Afiliação...* p. 767)

<sup>111</sup> Neste sentido, esclarece Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “a decisão livre e responsável do casal não se resume ao número de filhos, ao espaçamento entre eles, mas à possibilidade de ter acesso às técnicas concepcionistas quando os meios naturais se mostram ineficazes ou inábeis para a procriação.” Ressalta, porém, que “não há como se fazer confusão entre o efeito da vontade manifestada para fins de ter acesso ao procedimento médico de procriação e o outro efeito da mesma vontade como pressuposto necessário para o estabelecimento dos vínculos de parentesco civil. (...) o projeto parental se mostra importante para possibilitar a procriação assistida, e, nesse sentido o consentimento de ambos os cônjuges (expresso ou tácito) é necessário. No entanto, além deste efeito, o consentimento do marido será fundamental para o estabelecimento do vínculo de paternidade-filiação entre ele e a criança (...)” (*A Nova Afiliação...* p. 812)

<sup>112</sup> LEITE, E. de O. *Procriações Artificiais e o Direito...* p. 202

heteróloga, forte exemplo de que há que se reconhecer – como de fato fez o Código Civil de 2002 – a afetividade como fator auferidor da paternidade.

Como bem dispôs PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “por linhas invertidas, a tutela legal desse tipo de concepção vem fortalecer a natureza fundamentalmente afetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade.”<sup>113</sup>

Há aqui, portanto, a superação do biologismo pela afetividade, com base na idéia de que, em alguns casos, “a verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independentemente da origem biológico-genética.”<sup>114</sup>

Cumprir lembrar, por fim, que esse critério de atribuição da paternidade justifica, inclusive, a vedação legal existente em relação ao ajuizamento de ação negatória de paternidade pelo pai que consentiu com a realização da procriação artificial<sup>115</sup>, bem como a impossibilidade de investigação de paternidade pelo genitor, doador do espermatozóide fecundante<sup>116</sup>.

## 2. A ADOÇÃO COMO PATERNIDADE AFETIVA POR EXCELÊNCIA.

Em definição doutrinária, a adoção seria “o instituto que permite ao menor integrar-se como filho numa família substituta desde que atendidos os requisitos da lei.”<sup>117</sup>

A adoção, portanto, consiste em uma das maneiras pelas quais é possível

<sup>113</sup> LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*...p. 54

<sup>114</sup> LEITE, E. de O. *Procriações Artificiais e o Direito*...ob. cit. p. 202.

<sup>115</sup> DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*... p. 380. Apud: LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*...p. 54: “Se se impugnar fecundação heteróloga consentida, estar-se-á agindo deslealmente, uma vez que houve deliberação comum dos consortes, decidindo que o filho deveria nascer. Esta foi a razão de ser do art. 1.597, V, que procurou fazer com que o princípio da segurança das relações jurídicas prevalecesse diante do compromisso vinculante entre os cônjuges de assumir paternidade e maternidade, mesmo com componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não ao biológico.”

<sup>116</sup> GAMA, G. C. N. da. *Filiação e Reprodução Assistida*. In: PROBLEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL/ Gustavo Tepedino (coord.). 2001. p. 534-535: “O doador, portanto, será apenas o genitor biológico (genético), despido de direitos e deveres em relação à criança, produto da concepção medicamente assistida, submetendo-se, no entanto, aos efeitos jurídicos negativos, comparativamente a um estranho, em relação à pessoa resultante do seu gameta. Desse modo, diante da sua própria vontade, no ato da doação do embrião ou do gameta, o genitor biológico estaria renunciando a qualquer direito em relação à criança a ser concebida através de técnica de reprodução assistida, também não sofrendo deveres, apenas restrições peculiares a sua condição de genitor.”

<sup>117</sup> SIQUEIRA, Liborni. *Adoção no Estatuto e no Código Civil*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR. ob. cit. p. 273

o estabelecimento da filiação. Nela, o vínculo parental é instituído através de mecanismo jurídico próprio, ou seja, por meio de contrato<sup>118</sup> ou decisão judicial.<sup>119</sup>

Diferentemente do parentesco natural, estabelecido pelos laços de sangue, a filiação adotiva, por depender de uma "combinação da lei e da vontade do indivíduo"<sup>120</sup>, para a sua efetivação, é uma espécie de parentesco civil.

Assim, a adoção depende, principalmente, da vontade dos adotantes em estabelecer esta relação.

Ademais disso, conforme ressalta CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, os requisitos exigidos em lei, para que possa efetivar-se a adoção, levam em consideração "que se apurem as reais vantagens para o adotando e se funde em motivos legítimos. Relação de afinidade a afetividade deve ser, em princípio, priorizado."<sup>121</sup>

Neste contexto, por se tratar de vínculo de filiação estabelecido unicamente em razão da vontade, tanto dos adotantes, quanto do adotado<sup>122</sup>, pode-se afirmar que a adoção é a paternidade afetiva por excelência.

Em alusiva expressão de GUSTAVO TEPEDINO, "a adoção viabiliza e concretiza parentesco por assimilação, um parentesco eletivo. Consagra a paternidade sócio-afetiva, baseando-se não num fator biológico, mas num fator sociológico."<sup>123</sup>

Como se vê, a adoção sempre se mostrou como forma de estabelecimento de uma paternidade fundada basicamente na vontade e no afeto, suprimindo-se a origem biológica como fator integrador<sup>124</sup>, pois, nas palavras de

---

<sup>118</sup> Antonio Chaves discorda, ao dizer que "a idéia de contrato (...) deve ser afastada como essência do instituto, porque as relações contratuais são fundamentalmente de conteúdo econômico, ao passo que o vínculo que a adoção estabelece é essencialmente espiritual e moral."

<sup>119</sup> BITTAR, C. A. *Direito de Família*. 1993. p. 215

<sup>120</sup> CHAVES, A. *ob. cit.* p. 31. Defende essa combinação como indispensável na fundamentação da adoção, enquanto 'instituto jurídico'.

<sup>121</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil – alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro. 2001. p. 220.

<sup>122</sup> Neste sentido, ressalta Washington de Barros Monteiro que: "O terceiro requisito (da adoção) diz respeito ao consentimento do adotado. O Código Civil não aludia expressamente à anuência do adotado *sui jûris*, mas esta sempre se submeteu. A Lei nº 3.133, modificando a redação do art. 372, assim estatuiu: 'Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.'" (*Curso de Direito Civil*. 2001. p. 278.

<sup>123</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito Constitucional*. Rio de Janeiro. 2001. p. 540.

<sup>124</sup> MOURA, Mário Aguiar. *Adoções no Direito Brasileiro*. In. REVISTA DE DIREITO CIVIL, v. 4, 1985.

ZENO VELOSO, “viabiliza e concretiza o parentesco por assimilação, um parentesco civil eletivo. Consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não num fator biológico, mas num fator sociológico”.<sup>125</sup>

### 3. O REDIRECIONAMENTO DA FUNÇÃO DA PRESUNÇÃO *PATER IS EST*.

O Código Civil de 2002, apesar de ter mantido a tradicional presunção *pater is est*, introduziu nela algumas mudanças bastante significativas e permitiu a reconfiguração de sua função, em conformidade à evolução do próprio conceito de paternidade.

As inovações introduzidas, através dos incisos III a V, do artigo 1.597, foram relativas à previsão das hipóteses de presunção de concepção, na constância do casamento, dos filhos (III) havidos por fecundação artificial homóloga; daqueles (IV) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excendatários, decorrentes de concepção artificial homóloga; bem como daqueles (V) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Essa inovação representou o suprimento de uma crescente necessidade: a de fornecer adequado tratamento jurídico às relações paternas advindas de concepção através das técnicas de inseminação artificial, já analisadas nos itens anteriores.

À parte as inovações introduzidas, a própria função da presunção *pater is est* sofreu substancial reformulação.

As mudanças introduzidas pela Constituição de 1988, em resposta a bastante questionada tendência desta presunção à valorização de um critério

---

Apud CHAVES, A. *ob. cit.* p. 24: “Uma pessoa, denominada adotante, assume a posição jurídica de pai ou mãe relativamente a outra, denominada adotada. A opção eletiva dos interessados, valorizada pelo direito e que, portanto, se funda na liberdade, supre o fato biológico da geração.”

<sup>125</sup> VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: 1997 Apud GAMA, G. C. N. da. *Das Relações de Parentesco*. In: DIREITO DE FAMÍLIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL/ Maria Berenice Dias e Rodrigo Calmon Nogueira da Gama (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 106.

“nupcialista da paternidade”<sup>126</sup>, não permitem mais se falar em presunção de legitimidade. Extrai-se daí que a presunção, na forma como evidenciada no sistema atual, apenas atua no âmbito da presunção da paternidade.<sup>127</sup>

Além da perda de sua função meramente ‘legitimadora’ da paternidade, pode-se dizer que a presunção *pater is est* sofreu, de igual forma, significativa reformulação quanto a sua função de ‘atribuir a paternidade ao marido da mãe’.

No sistema do Código Civil de 1916, em razão da exacerbada valorização dispensada à instituição matrimonializada, a atuação dessa presunção se direcionava ao estabelecimento da correspondência entre o fator biológico e o institucional.

Assim, quase que invariavelmente, atribuía-se ao marido da mãe a paternidade do filho, fosse ele, ou não, o genitor da criança.

Atualmente, sob a inegável influência dos princípios constitucionais regedores das relações familiares, a função da presunção *pater is est* não se basta na cega atribuição da paternidade ao marido da mãe.

Não é mais suficiente, para o estabelecimento da paternidade, a condição de marido da mãe; hoje, mais que isso, faz-se necessária à configuração fática do verdadeiro exercício da paternidade.

Numa visão bastante esclarecedora de JOÃO BAPTISTA VILLELA, “atribuir a paternidade ao marido da mulher não significa proclamar uma derivação biológica”. Isso porque, complementa,

a família não tem *deveres de exatidão biológica* perante a sociedade, pelo que, se a mulher prevarica e pare um filho que não foi gerado pelo seu marido, isso, tendencialmente, é matéria da economia interna da família. Pode ser um grave problema do casal. Como pode não ser problema.<sup>128</sup>

<sup>126</sup> Expressão utilizada por Luiz Edson Fachin, ao referir-se ao critério de estabelecimento da paternidade “segundo o qual é reconhecido como pai aquele que contraiu núpcias com a mãe” (*Estabelecimento...*p. 33)

<sup>127</sup> FACHIN, L. E. *Estabelecimento...* p. 48: “Com a adoção do estatuto da filiação, conforme já exposto, carece de sentido falar em presunção de legitimidade, até porque vedada a designação discriminatória de filiação legítima, a qual, por si só, pressupõe a existência em grau de desigualdade da filiação ilegítima. Não deixa de ter sentido, porém, a presunção de paternidade, posto que o sistema mantém a distinção entre filhos havidos dentro do casamento e filhos havidos fora do casamento.”

<sup>128</sup> VILLELA, João Baptista. *O Modelo Constitucional da Filiação: verdade e superstições*. In: REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. nº 2:121-142. Porto Alegre, jul./set. 1999. p. 128 Apud LOBO, P. L. N. *Código Civil Comentado...*p. 75

Assim, de acordo com sua função atual, cabe à presunção *pater is est* não mais o estabelecimento da correspondência entre o fator biológico e o institucional, mas lhe cabe sim assegurar que, em respeito aos princípios da afetividade e do melhor interesse do menor, seja atribuída a paternidade àquele que de fato exerça a função de pai.

#### 4. A POSSE DE ESTADO DE FILHO:

Partindo-se da postura reformuladora que assumiu a presunção *pater is est*, bem indiciada por PAULO LUIZ NETTO LÔBO em trecho reproduzido no item anterior, em que afirma que a paternidade deve ser conferida ao marido da mãe, desde que este de fato exerça a função de pai, pode-se extrair a idéia e relevância da chamada posse de estado de filho.

A posse de estado de filho funda-se na situação em que, nas palavras de LUIZ EDSON FACHIN<sup>129</sup>, “a verdade objetiva, aquela que se posta diante dos olhos, reflete um estado interior, psíquico”. Tal definição, continua o autor, é extraída da seguinte situação:

(...) o filho que se apresenta nas relações sociais nessa condição espelha um querer interno. Isso deflui da naturalidade com que se edifica a vida em relação. Ninguém se diz filho, não o sendo. É o que normalmente se observa e até mesmo se espera. Não obstante, por exceção, é imaginável a construção fictícia, por exemplo, de uma filiação que se queira imputar a alguém.

Sendo assim, não há que se restringir a paternidade ao fato de estar o homem casado com a mãe ou ao fato de existir, entre o homem e a criança, vínculo genético. O vínculo afetivo e social, de igual forma, revelam sua importância na atribuição da paternidade.

A própria reestruturação da família que, de entidade eminentemente patriarcal, passou a assumir contornos menos rígidos, e sua absorção, enquanto organização democrática, igualitária, pluralista, pelo sistema jurídico brasileiro,

---

<sup>129</sup> FACHIN, L. E. *Da Paternidade...* p. 61.

revelam a necessidade de, também no âmbito das relações paternais, reconhecer-se a importância da posse de estado de fato.

A posse de estado de filho, configura-se pela presença de três elementos:

(...) o *nomen*, ou seja, que a pessoa traga o nome paterno; *tractatus*, isto é, que a pessoa seja tratada na família como filha, e a *fama*, ou seja, que tenha sido constantemente reconhecida pelos presumidos pais, pela família e pela sociedade como filha.<sup>130</sup>

É oportuno destacar, aqui, que tais elementos conferem à paternidade assim configurada, caráter também sociológico que, somado ao afetivo, se expressa pelo que a doutrina denomina de “paternidade sócio-afetiva”.

Afora esta observação, é possível constatar-se que a configuração da posse de estado de filho depende, essencialmente, da vontade dos pais, pois “são eles que atribuíram a esta criança a situação que se pode qualificar de ‘posse de estado’.”<sup>131</sup>

O Código Civil de 1916 não fazia referência expressa à posse de estado de filho. Implicitamente, porém, admitia, como meio de prova da filiação, elementos fáticos que, na falta ou defeito da certidão de nascimento, pudessem comprovar a condição de filho.

Essa previsão, trazida pelo disposto no artigo 349 daquele Código, foi inteiramente reproduzida pelo Código Civil de 2002, através de seu artigo 1605, que nos seguintes termos determina:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:  
I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;  
II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Assim, pela expressão “veementes presunções resultantes de fatos já certos” extrai-se a possibilidade de, através da posse de estado de filho, provar-se

<sup>130</sup> DINIZ, M. H. *Direito de Família...* p. 391.

<sup>131</sup> RAYNAUD, Pierre. *Actes du Colóque des 15 et 16 juin 1979, organisé sous l'égide de l'Association Famille et Droit des Universités de Paris II et de Paris XI*, p. 95-96 Apud LEITE, E. O. de. *Procriações Artificiais e o Direito...* p. 207

a paternidade nos casos em que o registro não se mostre suficiente a provar essa relação.<sup>132</sup>

Nesse contexto, não é temerário afirmar que, "se a posse de estado de filho, na ausência de registro, gera presunção é certo que a lei civil está a reconhecer valor à dimensão social da filiação."<sup>133</sup>

Por exigir, para sua configuração, a correspondência entre a verdade exterior, objetiva, e uma verdade interior, psicológica, caracterizada pela vontade de ser pai e de ser filho, a posse de estado de filho está a valorizar, também, a afetividade como forma de estabelecimento da paternidade.

Para LUIZ EDSON FACHIN, "esse aspecto social, com o reconhecimento do afeto como fundante das relações parentais, aliado a um elemento volitivo daí decorrente, torna inafastável a consagração da posse de estado de filho como o instituto apto a permitir o acolhimento da filiação como fato socioafetivo."<sup>134</sup>

Limitar a paternidade ao critério genético ou ao presuntivo legalmente determinado seria repudiar as mais recentes conquistas da ciência psicanalítica, "onde a questão do sujeito não se coloca mais em termos de 'saber' (sua origem) mas em termos de 'desejo' (como a vida lhe foi transmitida)".<sup>135</sup>

O reconhecimento da posse de estado de filho como meio apto a provar a paternidade, representa, de certa forma, a louvável preocupação do legislador na busca da verdadeira paternidade e do respeito ao interesse da criança, já que ela "exige, o que ela interroga, (...)é o desejo dos pais, aquele mesmo desejo que presidiu seu nascimento, que decidiu o seu projeto de vida, que determinou a sua vinda e o seu lugar privilegiado em um projeto que continua sendo, parental, de

---

<sup>132</sup> BITTAR, C. A. *Direito de Família...*p. 221: "O estado de filiação comporta a demonstração, ainda, através da posse pelo interessado, que pública e notoriamente, foi tratado como tal pelos pais. Com efeito, em consonância com a lei, na falta ou defeito do termo de nascimento, pode provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito, quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; ou quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Desse modo, por ação dos pais em certo escrito, ou porque perdido o livro de registro ou não mencionado o pai no registro, ou outro fator qualquer, está apto o filho a obter o reconhecimento judicial, se casados os seus pais. De outro lado, pela posse de estado de filiação, pode também obter decreto judicial de reconhecimento, para que se produzam os efeitos próprios, desde que oriundo o casamento válido e putativo."

<sup>133</sup> FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil...*p. 108-109.

<sup>134</sup> *Idem.* p. 108.

<sup>135</sup> LEITE, E. de O. *Exame de DNA, ou, o Limite entre o Genitor e o Pai...* p. 85.

ambos, do pai e da mãe.”<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> HURSTEL, Françoise. *La Déchirure Paternelle* .p. 138. Apud LEITE, E. de O. *ob. cit.* p. 85.

## Capítulo V – O VÍNCULO AFETIVO NO CONFLITO DE PATERNIDADES.

### 1. EM BUSCA DO EQUILÍBRIO ENTRE AS PATERNIDADES: PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS DE SOLUÇÃO.

O presente estudo, procurou, ainda que de forma sintética, tratar das várias espécies, por assim dizer, de paternidade, analisar o fator caracterizador de cada uma delas, de maneira a permitir concluir-se sobre os limites de importância de cada um deles na atribuição e na busca da verdadeira paternidade.

Buscou, principalmente, tratar da importância da afetividade enquanto elemento de vinculação e da necessidade de sua consideração no momento de atribuição da paternidade.

Situações bastante comuns em que não há a desejada correspondência entre a paternidade na forma como definida legalmente, e a origem genética do indivíduo, ou, de outra forma, a ausência de correspondência entre a paternidade biológica e aquela estabelecida pelos laços afetivos, ensejam momentos de grande reflexão e crítica do sistema na forma como posto a tratar o tema.

É importante, porém, ressaltar, que o conflito não está mais representado pelo descompasso entre a paternidade, na forma como presumida legalmente, e a verdade biológica, antes renegada em respeito à instituição matrimonial e à honra do pai de família.

Com a possibilidade de afastar a dúvida quanto à procedência genética – através dos praticamente infalíveis exames de DNA – e em razão de já ultrapassada a excessiva importância antes conferida ao matrimônio – em razão do reconhecimento jurídico das entidades familiares –, o conflito mais relevante, ensejador de profundas reflexões doutrinárias passa a ser aquele representado por situações em que a paternidade afetiva não correspondente à biológica.

A doutrina, diante de tais situações - à solução das quais o sistema mostra-se insatisfatório -, é equânime ao defender uma proposta de ponderação e harmonia entre os fatores caracterizadores de cada uma das 'espécies' de paternidade, de forma a estabelecer o equilíbrio entre elas.

O presente estudo, na tentativa de demonstrar a relevância fática e jurídica da afetividade na atribuição justa da paternidade, respalda-se na proposta doutrinária que, longe de defender o vínculo afetivo como único a ser considerado no estabelecimento da paternidade, prima pela sua valorização de forma a possibilitar sua inserção no plano jurídico, enquanto fator a ser analisado no momento em que travada a busca pela paternidade.

Esta proposta de equilíbrio entre as formas de atribuição de paternidade tem como única finalidade possibilitar o destaque da mais verdadeira delas para cada caso concreto, buscando, com isso, a satisfação daquele que deve ser o norte desta tarefa: o melhor interesse do menor.

Como bem ressaltou ZENO VELOSO, “a disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos”<sup>137</sup>.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, em atual observação, ainda que questionando o regime jurídico anterior, alertou que “o papel da afetividade (...) nos obriga a raciocinar a filiação em termos diversos dos, até hoje, repetidos pelo mundo jurídico.”<sup>138</sup> Ressalta, quanto a isso, que, à luz do direito comparado, verifica-se que “embora a verdade biológica seja invocada como ponto de partida, as reformas consideram, igualmente, a verdade sócio-afetiva (...)”<sup>139</sup>.

O mesmo autor, em momento diverso, ao pensar a tarefa de atribuição da paternidade – que, tanto quanto possível, deve se dar na forma mais adequada e próxima da verdade – revela a importância de questionar se “a vontade de ter um filho é suficiente, ou único fundamento do vínculo da filiação”<sup>140</sup>.

Em conformidade a essa constatação, sustentou HELOÍSA HELENA BARBOSA<sup>141</sup> que há casos em que, ainda que contrariando a notória preferência legal ao vínculo biológico no estabelecimento da paternidade, há que se considerar o interesse da criança para, em certos casos, fazer prevalecer a paternidade afetiva. Em suas palavras, assim defendeu:

---

<sup>137</sup> VELOSO, Z. *A Sacralização do DNA na Investigação de Paternidade...* p. 389.

<sup>138</sup> LEITE, E. de O. *Temas de Direito de Família...* p. 122.

<sup>139</sup> LEITE, E. de O. *Exame de DNA, ou, o Limite entre o Genitor e o Pai...* p. 79.

<sup>140</sup> *Idem.* p. 81.

<sup>141</sup> BARBOSA, H. H. *Novas Relações de Filiação e Paternidade...* p. 141.

A Lei nº 8.069/90 assegura à criança e ao adolescente o direito a ser criado e educado no seio de *sua* família e, excepcionalmente, em família substituta (art. 19). De acordo com a citada norma, *família natural* é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25) e *família substituta* aquela a que se passa pertencer por força do deferimento da guarda, tutela ou adoção (art 28). Parece claro, portanto, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente que o critério predominante deva ser o biológico.

Contudo, por força da mesma norma 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 de seus direitos fundamentais: o direito à convivência familiar.

Este posicionamento se coaduna com a concepção do jurista francês GÉRARD CORNU, de que “o direito à filiação não é somente um direito da verdade. É, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida do tempo que passa (...)”<sup>142</sup>.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA foi mais além, ao defender que “a verdade jurídica, se acompanhada da verdade afetiva, deverá prevalecer sobre a verdade biológica, o que demonstra a complexa reformulação de critérios”<sup>143</sup>.

Inevitável, portanto, conceber-se a paternidade como figura complexa, não mais enquadrável em apenas um conceito, fechado e limitado.

A doutrina é uníssona ao propor a construção de uma nova paternidade e a necessidade de um sistema jurídico de estabelecimento da paternidade condizente a essa evolução.

A concluir, cumpre citar as inspiradoras palavras de LUIZ EDSON FACHIN<sup>144</sup> quando reflete sobre a questão:

*A voz do sangue* está posta no código genético; a *voz do coração* pode estar exposta na apreensão jurídica do liame socioafetivo. Equilibra-se a paternidade entre o dado e o construído, ou, como prefere João Baptista VILLELA, entre o fato e norma.  
(...)

<sup>142</sup> CORNU, Gerard. *Droit Civil. La Famille*. Vol. 2, nº 201, p. 299 Apud LEITE, E. de O. *Procriações Artificiais e o Direito...* p. 203.

<sup>143</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Nova A filiação...* p. 682.

<sup>144</sup> FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil...* p. 58 e 62-64.

O decreto do fim da era biologista não deve corresponder à fixação de um mito ou estigma. O que está em questão é uma perspectiva em construção da nova paternidade jurídica e não apenas a substituição *tout court* de um modelo por outro, estanque, rígido e definido.

Isso corresponde à busca da verdade da filiação, mas *verdade é parte* de um todo ambivalente. Eis o desafio de instabilidade e incerteza que passam a informar a suposta estabilidade e certeza jurídica que dominavam a representação jurídica das relações familiares.

Eis um convite à constatação dos limites, perene abordagem, circuito inacabado de um enlaçar que se reconstrói indefinidamente. Feneceu a obra prima dos conceitos prontos, melodia tranqüila que obteve, durante décadas e séculos, o mérito escolar. Nasceu, renascendo, a instância do possível método de construção contínua e incessante dos conceitos: pai que se faz e refaz permanentemente, na ambivalência de verdades abertas ao captar de novas luzes.

Da paternidade obstada, pela lei codificada da exclusão, à paternidade revelável a qualquer meio, vai tomando corpo um pai juridicamente fragmentado na travessia da relação unitária à conformação plural da família.

Por fim, diante da inegável revolução dos valores sobre os quais se assenta o conceito de paternidade, conclui o autor que

Fragmentado está o conceito de paternidade. Não se trata apenas de uma dilaceração conceitual. Cogita-se de um repensar do sentido e do alcance da paternidade em diversas direções. Nasce, pois, a paternidade plural, emergente da crise que sofreu a percepção tradicional da paternidade e da superação do desenho exclusivamente patrimonial e sucessório da relação paterno-filial.

Um universo não suscetível de captação apenas pelos usuais saberes jurídicos. Um desafio que a apresentação desse mundo ainda requer. Uma fotografia cuja moldura está por construir-se.

Na pluralidade, as soluções não estão adredemente postas à disposição dos fatos, mas a dimensão construtiva dos fenômenos sociais edifica equacionamentos, menos definitivos que antes.

Nesse contexto, o liame paterno-filial não se sustenta tão só numa explicação matrimonial ou de seqüelas sucessórias. A paternidade se faz *inter vivos* e não apenas para surtir efeitos *mortis causa*. O legado verdadeiro do testamento paterno-filial se dá em vida, precisamente, quando pai e filho crescem mutuamente sob a lei mais relevante que é a do amor.

A proposta, portanto, não é a substituição de um reducionismo por outro; diferentemente disso, o que se pretende é o equilíbrio entre os fatores caracterizadores das relações parentais, fato que torna imprescindível o reconhecimento da afetividade.

## 2. VACILAÇÕES JURISPRUDENCIAIS:

Os Tribunais pátrios, em absoluta consonância com a discussão doutrinária travada sobre o tema, vêm demonstrando a preocupação em considerar, no momento de atribuição da paternidade, o inegável elasticamento de seu conceito.

Reflexo disso é o fato de que, nos últimos anos, muitas das decisões têm se pautado na consideração ao novo conceito afetivo da paternidade, resguardando-se o interesse do menor na superação do, muitas vezes reducionista, conceito de paternidade biológica.

Exemplos dessa verdadeira revolução jurisprudencial foram colhidos dos mais importantes Tribunais do país. Confira-se:

“ANULACAO DE RECONHECIMENTO DE FILHO EXTRAMATRIMONIAL. PREVALENCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Não ofende a verdade o registro de nascimento que espelha a paternidade socioafetiva, se não corresponder à parentalidade biológica, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para atribuir ou negar a paternidade. A relação jurídica de filiação se constrói também a partir de laços afetivos e de solidariedade humana entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue. negaram provimento, à unanimidade.”

(Apelação Cível nº 70008566697, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 30.06.2004)

“NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DECLARAÇÃO FALSA NO REGISTRO DE FILIAÇÃO. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MÁ-FÉ. SUCUMBÊNCIA. 1. Se o autor reconheceu formalmente o infante, sendo sabedor da inexistência do liame biológico, mas deixando evidenciada a situação de paternidade socioafetiva, não pode pretender a desconstituição do vínculo, pretensão esta que se confunde com pedido de revogação. Vedação dos art. 1.609 e 1.610 do Novo Código Civil (e, também, do art. 1º da Lei nº 8.560/92). 2. A litigância de má-fé não ficou evidenciada tendo as partes estabelecido o debate judicial de suas

pretensões de forma leal. 3. Os honorários advocatícios foram corretamente arbitrados tendo em mira a relevância da causa e o trabalho profissional desenvolvido. Recursos principal e adesivo desprovidos.”

(Apelação Cível nº 70008712283, Sétima Câmara Cível, TJ/RS Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 30/06/2004)

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE COM PAI REGISTRAL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALÊNCIA. Estabelecida a paternidade socioafetiva entre a autora/investigante e o pai registral, descabe o reconhecimento da paternidade biológica, já que aquela deve prevalecer sobre esta. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Apelação desprovida, por maioria.”

(Apelação Cível nº 70007306822, Oitava Câmara Cível, TJ/RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, julgado Em 24/06/2004)

“APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DOS DEVERES INERENTES À PATERNIDADE. A impressão que fica é que o apelante está aqui se insurgindo contra a decisão e ofertando alimentos apenas para não dizer que perdeu a filha para outro homem, para o atual marido de sua mulher, em uma mera disputa de poder. Agora quer a filha porque soube que outro a quer. O apelante foi um dia pai de v., na concepção e no registro civil. Além disso, nada mais. Eles não se conhecem, nada sabem um do outro, porque o apelante assim o quis. Outro foi o verdadeiro pai da menina. E este é o atual marido da mãe, que formou com ela verdadeira relação socioafetiva, que, tudo indica, levará à concretização da adoção. O ato de ser pai não se limita à procriação, mas exige amar, compartilhar, cuidar, construir uma vida juntos. E se a procriação é apenas um dado, a efetiva relação paterno-filial exige mais do que apenas os laços de sangue.

Acordam os desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar a preliminar suscitada pelo m.p. de 1º grau e negar provimento ao apelo.

(Apelação Cível nº N° 70008755159 – TJ/RS – Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 11/08/2004)

"APELAÇÃO CÍVEL - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO ATRAVÉS DO REGISTRO CIVIL DO INFANTE - ANULAÇÃO - ATO JURÍDICO IRREVOGÁVEL - EXEGESE DO ART. 1º DA LEI Nº 8.560/92 - EXTINÇÃO DO FEITO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - SENTENÇA CONFIRMADA.

(...) *In casu*, segundo a própria exordial o autor assumiu espontaneamente a paternidade do réu desde tenra idade. E depois de se separar da sua mãe resolveu livrar-se desse filho como forma de aliviar suas despesas, já que passa por dificuldades econômicas. Ora, em que mundo estamos? Que pouco caso com que existe de mais sério! Veja-se que a paternidade não pode ser tratada como algo descartável, que hoje se quer, porque se está a viver com a mãe da criança, e amanhã não se desiste, porque o romance não deu certo. Ser pai é para sempre. (...) Acordam, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação".

(Apelação Cível n. 2002.018546-4 - TJ/SC - Relator: Des. José Volpato de Souza, decisão em 04.04.2003).

"AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL POR FALSIDADE IDEOLÓGICA. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO, POR PARTE DO CÔNJUGE VARÃO QUANTO AO REGISTRO DO MENOR. PROVA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. O estado das pessoas, relativo à filiação, e os registros civis respectivos não devem ficar à mercê da vontade única de qualquer indivíduo, porque o direito procura dar estabilidade a tal espécie de relações, tanto que a evolução do direito brasileiro tornou a adoção irrevogável. Inexistentes provas no sentido de que o ato registral do menor se deu sem o consentimento do autor da ação em que se pretende a nulidade do registro, é de se julgar improcedente o pedido, mantendo-se o vínculo da filiação e, via de consequência, o direito daquele que de tal forma foi legitimado, criado como filho, não podendo, sem a anuência deste, ver modificada sua situação. Recurso a que se nega provimento."

(Apelação Cível nº 1.0194.01.014984-8/001 – TJ/MG – Relator: Célio César Paduani, julgados em 20/04/2004, DJ 28/05/2004)

"APELAÇÃO. Anulação de assento de nascimento lavrado em decorrência de "adoção à brasileira". Paternidade declarada

voluntariamente pelo marido a pai biológico das recorrentes, já falecido, que considerava a ré como filha. Reconhecimento jurisprudencial do "paternidade socioafetiva". Status de filha que o tempo consolidou. O interesse econômico das apelantes não se sobrepõe ao princípio inscrito no art. 1º, III, da Constituição da República. Recurso desprovido.

(Apelação Cível nº 2004.001.10200 – TJ/RJ – Relator: Jessé Torres, julgado em 23/06/2004)

Não obstante as decisões citadas, favoráveis ao reconhecimento da paternidade afetiva, o Superior Tribunal de Justiça mantém, de forma diversa, postura inflexível em relação à matéria. Exemplo disso é o acórdão proferido no REsp nº 440394/RS, pela Colenda Quarta Turma, sob a relatoria do Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, que assim decidiu:

“AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. UNIÃO ESTÁVEL. DECADÊNCIA. Não se reconhece a decadência do art. 178, § 3º, do CCivil para o companheiro propor a ação negatória de paternidade de filho nascido durante a união estável. Precedentes. Inexistência dos pressupostos que justificariam a preservação dos laços que decorrem da paternidade sócio-afetiva. Recurso conhecido e provido.”

(REsp nº 440394/RS – STJ – Quarta Turma, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, julgado em 24.11.2002, DJ de 10.02.2003)

Apesar do entendimento ainda conservador adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, as decisões dos Tribunais de segunda instância – a exemplo daquelas aqui citadas - demonstram a tendência da jurisprudência nacional ao reconhecimento da paternidade em todos os seus aspectos, inclusive de seu caráter puramente afetivo.

## CONCLUSÃO:

O conceito de paternidade sofreu significativas mudanças ao longo da história. Desde suas raízes romanas, em que se ligava à noção autoritária e protetiva do *pater família*, passou por inúmeras influências que deflagraram sua concepção na forma como hoje é conhecida.

Apesar de longo o período de alterações, a noção de paternidade na forma como posta pelo sistema do Código Civil de 1916 apresentava, ainda, forte ligação a sua concepção romana.

Isso porque, conforme se verificou no presente estudo, o Código Civil de 1916 se erigiu sobre o modelo de família com fortes ranços patriarcais, no qual a honra do chefe de família e a paz familiar eram os valores a serem primordialmente defendidos.

Em razão disso, a paternidade, na forma como aferida legalmente através da presunção *pater is est*, submetia-se à defesa destes interesses superiores, inclusive com o subjugo da verdade biológica na pretensão de proteção à instituição matrimonial.

Tamanha era a importância conferida ao matrimônio – enquanto única forma de tornar existente uma relação familiar –, que os filhos, conforme havidos, ou não, de relações matrimonializadas, eram classificados em legítimos e ilegítimos.

A classificação absolutamente excludente conferida aos filhos – não apenas em legítimos e ilegítimos, como, dentre esses últimos, em espúrios, incestuosos e adulterinos –, fazia supor uma noção bastante restrita da paternidade, intimamente ligada ao caráter patrimonial no Código Civil de 1916.

Ainda que admitida, pelo sistema anterior, a contestação da paternidade atribuída legalmente, essa medida não apresentava grande eficácia, uma vez que permitia apenas a, muitas vezes impossível, prova de impossibilidade de coabitação ou concepção.

As mudanças sociais, em especial as ocorridas no âmbito das relações familiares, porém, não permitiam mais a permanência destas já defasadas noções discriminatórias.

A existência de famílias unidas por vínculo puramente social e afetivo, desprovidas de qualquer proteção jurídica, e a evolução da ciência, no sentido de possibilitar o fim da incerteza que sempre permeou a paternidade, evidenciaram a necessidade de uma reforma radical nas noções de família e paternidade conferidas pelo Código Civil de 1916.

Em resposta a esse anseio, veio a Constituição Federal de 1988 que, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, representou grande marco na evolução das relações familiares.

A Carta Constitucional de 1988 reconheceu, através de seu art. 226, §§ 3º e 4º, respectivamente, a união estável e as comunidades monoparentais como entidades familiares, conferindo-lhes proteção e legitimidade.

Além disso, no âmbito da filiação, estabeleceu a igualdade absoluta entre os filhos – havidos ou não do casamento, e os adotivos – e a proibição de quaisquer designações discriminatórias.

Através desse dispositivo, a Constituição de 1988 permitiu o livre reconhecimento da paternidade biológica, ainda que em detrimento da honra do 'marido da mãe' e da própria paz familiar.

Essa previsão encontra amparo na tendência personificadora da Constituição de 1988, materializada, no que respeita especialmente a questão da paternidade, pela supremacia do princípio do melhor interesse do menor em qualquer situação de conflito.

No entanto, referida previsão constitucional, ao mesmo tempo em que possibilitou a expansão do conceito de paternidade, permitiu o início de uma verdadeira biologização das relações paternas. Isso porque, acompanhada da forte confiabilidade depositada nos exames de DNA, permitiu uma verdadeira redução da paternidade à constatação do vínculo genético entre pai e filho.

Assim, embora essa tendência tenha possibilitado aos filhos biológicos o reconhecimento de sua filiação - independentemente de terem sido concebidos na constância do casamento -, a noção de paternidade ainda se apresentava insuficiente.

De uma presunção legal, submetido às moralidades de uma sociedade

eminentemente patriarcal, a paternidade, em substituição, passou a se resumir a um conceito puramente genético que, muitas vezes, não é acompanhado de qualquer fundamento fático ou emocional.

Não obstante essa tendência, a igualdade conferida constitucionalmente aos filhos permitiu, ao mesmo tempo, aferir-se novos contornos ao conceito de paternidade.

Esse dispositivo que, juntamente com o disposto no art. 226, § 4º e 227, *caput* e § 5º, informam o princípio constitucional da afetividade que conferiu à paternidade noção mais abrangente, em consonância com a crescente necessidade de consideração do elemento subjetivo enquanto fator vinculante nas relações parentais.

A importância da introdução do elemento subjetivo – a vontade - na atribuição da paternidade mostrou-se ainda mais evidente diante da baixíssima – quase inexistente – taxa de acolhimento emocional dos filhos pelos pais assim declarados através dos exames de DNA e das perplexidades surgidas em decorrência da utilização da técnica de inseminação artificial heteróloga.

Neste contexto, a afetividade, enquanto forma de materialização do elemento volitivo nas relações havidas entre pais e filhos, passou a ter cada vez mais relevância no tratamento da matéria.

Assim, não é mais possível limitar a paternidade a sua presunção legal, nem mesmo à existência de um liame genético entre o genitor e o filho. Há casos em que, muito mais que a presunção legal e que dados puramente biológicos, a construção emocional da relação paternal deve ser valorizada.

O novo conceito de paternidade não permite mais sua limitação a um vínculo específico. Para o estabelecimento da paternidade, há que se considerar, para além dos vínculos legal e genético, a situação fática de filiação, configurada através da chamada paternidade afetiva (ou socioafetiva, como alguns preferem), quando devidamente comprovada pela posse de estado de filho.

A consideração do elemento afetivo no momento de atribuição da paternidade é essencial para que se trave a justa e ideal busca pela verdadeira paternidade.

Isso porque, longe de algo estático, a paternidade é algo que se constrói a cada dia.

O que se observa, porém, não é a pretensão de substituição de um reducionismo por outro, atribuindo-se a supremacia à paternidade afetiva. Mais que isso, o que se identifica na doutrina e na jurisprudência é a tendência ao reconhecimento jurídico da paternidade afetiva, assim como verificado em relação às demais espécies, de modo a possibilitar, em situações conflitantes e a cada caso concreto, aferir-se a paternidade da maneira mais justa possível.

A justiça aqui referida, ou seja, o efetivo alcance da “verdadeira paternidade”, vem representada por soluções que, acima de tudo, permitam dar efetividade ao princípio do melhor interesse do menor que, acompanhado do princípio da dignidade da pessoa humana, justificam o que se procurou demonstrar no presente estudo: a necessidade de valorização da afetividade nas relações paternais.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Novas Relações de Filiação e Paternidade*. In: REPENSANDO O DIREITO DE FAMÍLIA/Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente*. In: DIREITO DE FAMÍLIA: A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO/Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB – MG: Del Rey, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos da Família: dos fundamentais aos operacionais*. In: DIREITO DE FAMÍLIA E PSICANÁLISE: RUMO A UMA NOVA EPISTEMOLOGIA./Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Rio de Janeiro: Imago, 2003

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 7º ed. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

\_\_\_\_\_. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1990.

BRASIL, Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

BRASIL, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL, Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Diário Oficial da União. Brasília, 16 jul. 1990.

CAMBI, Eduardo. *Premissas Teóricas das Uniões Extramatrimoniais no Contexto da Tendência da Personificação do Direito de Família*. In: REPERTÓRIO DE DOCTRINA SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA – aspectos constitucionais, civis e processuais/ Teresa Arruda Alvim e Eduardo de Oliveira Leite (coord). Vol 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A Nova Família*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR./ Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CARBONERA, Silvana Maria. *O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família*. In: REPENSANDO FUNDAMENTOS DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO/ Luiz Edson Fachin e Carmem Lucia Silveira Ramos (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XVIII: *do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*/ Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *Da Paternidade – relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

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

\_\_\_\_\_. *Filiação e Reprodução Assistida – introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In: PROBLEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL/ Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Exame de DNA, ou, o Limite entre o Genitor e o Pai*. In: GRANDES TEMAS DA ATUALIDADE – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002

\_\_\_\_\_. *Procriações Artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre a Prova Científica da Filiação*. In: REPERTÓRIO DE DOUTRINA SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA. Vol. 4 /Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira Leite (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693*, Vol. XVI./ Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. In: DIREITO DE FAMÍLIA: A FAMÍLIA DA TRAVESSIA DO MILÊNIO/ Rodrigo da Cunha Pereira (coord). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB – MG: Del Rey, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. *A Família na Evolução do Direito Brasileiro*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR/ Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Estabelecimento da Filiação*. Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade – aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. 6. – 27 ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito de Família*. In: O DIREITO NA DÉCADA DE 1990: novos aspectos – Estudos em homenagem ao prof. Arnaldo Wald./ Paulo Dourado de Gusmão e Semy Galnz (coord.)

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Acertos e Desacertos em Torno da Verdade Biológica*. In: GRANDES TEMAS DA ATUALIDADE:DNA COMO MEIO DE PROVA DA FILIAÇÃO./ Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIQUEIRA, Liborni. *Adoção no Estatuto e no Código Civil*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR/ Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Jurídica da Filiação*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR/ Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Menor, Esse Desconhecido*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR/ Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VELOSO, Zeno. *A Sacralização do DNA na Investigação de Paternidade*. In: GRANDES TEMAS DA ATUALIDADE – DNA COMO MEIO DE PROVA DA FILIAÇÃO/ Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VERCELLONE, Paolo. *As Novas Famílias*. In: DIREITOS DE FAMÍLIA E DO MENOR/ Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VILLELA, João Baptista. *O Modelo Constitucional da Filiação – Verdade e Superstições*. In REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr./jun., 1999