

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO

FERNANDO PECHANESKY HELLER

FILIAÇÃO E PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Porto Alegre

2010

FERNANDO PECHANSKY HELLER

FILIAÇÃO E PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

Porto Alegre

2010

FERNANDO PECHANSKY HELLER

FILIAÇÃO E PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em Porto Alegre, em ____ de _____ de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo
Examinador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof.^a Dr.^a Vera Maria Jacob Fradera
Examinadora
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como escopo, em um primeiro momento, a exposição objetiva das hipóteses de filiação, elencadas pelos diplomas legislativos nacionais, para, posteriormente, passar a uma análise crítica acerca do instituto da presunção de paternidade. Afortunadamente, a filiação recebe, atualmente, tratamento distinto do que recebia nos primeiros ordenamentos legais aplicados no Brasil, advindos da Coroa Portuguesa, quando se utilizava do termo *ilegítimo* para referir-se aos filhos concebidos fora casamento. Preconceituosa concepção decorria do estabelecimento da instituição do casamento como centro do Direito de Família, por uma questão de observação de preceitos de ordem e moral. Ainda que pausadamente, as leis passaram a admitir a investigação de paternidade - mesmo que tendo indivíduos casados como parte - e até a atribuir direitos patrimoniais aos filhos havidos fora do casamento. Todavia, muito embora os profundos esforços de, mais do que estabelecer a igualdade entre os filhos e vedar qualquer tipo de discriminação, a positivação desta questão no atual Código Civil não foi feliz no cumprimento deste objetivo, infelicidade aprofundada pela utilização de um instituto ultrapassado como o da presunção de paternidade. Por outro lado, haver-se-ia de pensar que a evolução de técnicas científicas, possibilitando um juízo de quase certeza com relação aos vínculos genéticos aproximaria a relação paterno-filial, mas o que se viu foi um protagonismo por parte do afeto, e um crescimento exuberante do número de vínculos estabelecidos em função de relacionamentos socioafetivos, prevalecendo, inclusive, sobre resultados decorrentes de exames periciais de DNA. Ao passo que não se pode atribuir a ele valor absoluto, contudo, também não se pode desprezá-lo. Sua função é a de garantir a um indivíduo o direito fundamental ao conhecimento de sua identidade biológica, mas pode implicar na ofensa ao princípio da inviolabilidade do corpo de outrem, em face do que não se pode obrigar alguém à submissão do exame de DNA, para o que foi criado o remédio jurídico da presunção de paternidade nestes casos, que, serve muito mais de punição do suposto pai, do que satisfação do sedizente filho.

Palavras-chave: Filiação. Afeto. Presunção de paternidade. Exame de DNA.

ABSTRACT

The following article intends, in a first moment, an objective exposition of the different hypothesis of filiation in Brazilian laws, being the following step a study regarding the institute of paternity presumption. Fortunately, the filiation has received distinct treatment than it did on the ancient legal systems, sent to us by the Portuguese Crown, when the term *illegitimate* was used to designate the children conceived by one of the parents out of the marriage. Thus biased conception derives from the establishment of the marriage as center of Family Law, based on the observance of moral principles. Though slowly, Brazilian laws created an opening to paternity investigation – even among married individuals -, and, inclusive, to attributing property rights to those once called illegitimate. Nevertheless, apart from the effort of, more than establishing equality between the sons and prohibiting any kind of discrimination, the matter did not receive the proper handling by the Civil Code, which deepened the question with the usage of such outdated institute as of the paternity presumption. On the other hand, one could think that the evolution of scientific techniques, allowing an almost certain judgement regarding genetical bonds, would approximate the father-and-son relationship, but one could actually notice an improvement regarding the importance of the figure of affection, and an exuberant growth on the bounds established due to endearment based relationships, that prevailed even when contrasted with DNA exams' results. However, neither can one attribute absolute value to these results, nor can despise it, hence it's function is guaranteeing to an individual the fundamental right of knowing his biological identity, but it may imply in offending other's right to life, reason why one cannot be forced to undergo a DNA exam. Therefore, the juridical solution found was through the institute of paternity presumption, which, in cases like these, acts much more as a punishment to the supposed father than as a satisfaction to the so called son's interest.

Keywords: Filiation. Affection. Paternity presumption. DNA exam.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	DA FILIAÇÃO	12
2.1	A filiação no Brasil	12
2.2	A filiação legal	14
2.2.1	A presunção de paternidade	14
2.2.2	O reconhecimento de filho	17
2.3	A filiação biológica	20
2.3.1	A reprodução assistida homóloga	22
2.3.2	Reprodução assistida heteróloga	23
2.4	A filiação socioafetiva	24
2.4.1	A posse de estado do filho	29
2.4.2	A adoção	31
3	DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE	35
3.1	A investigação de parentalidade	35
3.1.1	Recusa no exame de DNA	37
3.1.2	Constitucionalidade da presunção em face da recusa ao exame de DNA	40
3.1.3	Ausência de coisa julgada.....	43
3.2	A presunção de paternidade na constância do casamento	46
3.2.1	Lapsos temporais	48
3.2.2	A presunção na reprodução assistida homóloga.....	49
3.2.3	A presunção na reprodução assistida heteróloga	52
3.3	Mitigação da presunção de paternidade	54
3.3.1	A sacralização do exame de DNA.....	55
3.3.2	A “barriga de aluguel”	57
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende, inicialmente, uma apresentação objetiva das hipóteses de filiação admitidas por nossa pátria legislação e dos respectivos critérios utilizados para a sua definição. Dentre estes critérios, destinar-se-á atenção particular ao aspecto legal, que se baseia, principalmente, na presunção de paternidade.

Ela envolve aspectos deveras polêmicos, suscitando profunda discussão a qual se busca destinar o devido relevo mediante a apresentação de argumentos e textos jurisprudenciais.

A fim de possibilitar maior propriedade sobre os temas tratados no decorrer deste trabalho, faz-se necessária breve análise da evolução histórica da filiação no Brasil, que Luiz Edson Fachin resume com propriedade:

A doutrina brasileira partiu, gradativamente, do endosso à estrita exegese do Código Civil de 1916, com a assunção de seus valores informativos quanto ao estatuto da desigualdade na filiação, para uma postura de valorização da igualdade entre os filhos e do reconhecimento do valor socioafetivo da relação paterno-filial. Os valores que informaram a elaboração do Código Civil de 1916, com a legitimidade da família e dos filhos fundada no casamento, vão dando lugar a uma nova dimensão, em que surgem como elementos de maior relevo a igualdade e o afeto.¹

Partindo-se de passado distante, percebe-se que a origem da discriminação e favorecimento dos filhos, a fim de privilegiar o instituto do casamento, advém das primeiras formas legislativas, emanadas ainda de Portugal, que preconizavam a moral e os bons costumes como basilares da instituição familiar.

A primeira forma de regulação acerca da filiação se deu pelas Ordenações Portuguesas, que não eram especificamente relativas ao tema, mas disciplinavam as relações familiares, dispondo soluções para os conflitos neste âmbito. Estes diplomas “vislumbravam a filiação como uma espécie de ‘favor concedido aos filhos

¹ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr./maio 2003. p. 19.

e um meio, oferecido aos pais, de exonerar a sua consciência e de melhorar a sorte dos inocentes frutos de seus erros” (Ordenações Filipinas, Liv. II, Tít. XXXV, §12).²

Em que pese este tratamento “desnaturado” dispensado aos filhos, em uma primeira leitura, indique uma preocupação patrimonial com relação aos bens dos pais, que têm de abrir mão em prol de seus entes, seu alcance era ainda limitado, uma vez que se aplicava apenas aos filhos discriminatoriamente denominados “legítimos”, isto é, nascidos de pessoas regularmente casadas.

A interpretação desta limitação não deixa dúvidas de que tinha como finalidade realmente a proteção da entidade do casamento, imposta sem qualquer escrúpulo sobre os interesses e o bem estar dos “ilegítimos”.

Ora, alguns não de pensar que tais determinações eram provenientes de uma estrutura rígida estabelecida pela Coroa portuguesa, que visava manter a ordem e o respeito aos bons costumes mediante a preservação de institutos sólidos, tal qual o casamento.

Ocorre que o Código Civil de 1916, construção puramente “verde-amarela” não expressou entendimento mais feliz. Apesar dos esforços de Clóvis Beviláqua – “a proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos, que em nada concorreram, para ela”³ -, o Congresso Nacional não hesitou em manter a classificação preconceituosa⁴, impedindo inclusive que um homem casado, por mais que desejasse, reconhecesse um filho oriundo de relação extramatrimonial. No que tange à adoção, ainda que fosse permitida esta prática, era negado ao filho adotado qualquer direito sucessório.

Aparentemente, as Leis n^{os} 4.737/42 e 4.883/49 representaram um avanço considerável com relação a este tema, uma vez que admitiram o reconhecimento de

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 544.

³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. Campinas: Red Livros, 2001 *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 313-4.

⁴ A este respeito, leia-se Maria Berenice Dias: “A necessidade de preservação do núcleo familiar – leia-se, preservação do patrimônio da família – autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de uma terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, legitimados e ilegítimos. Os legítimos, por sua vez, eram divididos em naturais ou espúrios. Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos e adúlteros. Essa classificação tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, a prole proceder ou não de genitores casados entre si. Assim, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhes ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 322).

filho havido fora do casamento. Por outro lado, neste momento, tal hipótese só era permitida no caso de desquite, ou seja, mantida a proteção da entidade do casamento.

Mas a solução para esta prática e concepção discriminatória ainda tardou alguns anos para ser adotada por nossos legisladores.

Somente com a normatividade garantista da Constituição-Cidadã de 1988 é que foi acolhida a isonomia no tratamento jurídico entre os filhos. Aliás, preceito oriundo da própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos, apelidada de *Pacto de San Jose da Costa Rica*, que já prescrevia dever cada ordenamento “reconhecer direitos aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro dele”.⁵

Ademais, não bastasse vedação por nossa pátria Constituição, a Lei do Divórcio, nº 7.841/89⁶, tratou de afastar completamente qualquer prática discriminatória, não só porque expandiu o tratamento previsto antes tão somente para aqueles denominados “legítimos”, mas porque revogou expressamente o artigo do Código de 1916, então vigente, que estabelecia tratamento desigual.

A propósito, interessante apreciação de acórdão da relatoria do Eminentíssimo Ministro Sálvio de Figueiredo, que, apesar de antigo, logo após à promulgação de nossa Lei Magna. Sua leitura revela a evolução do entendimento jurisprudencial ao encontro da alteração legislativa, em decisão foi assim ementada:

Direito de Família. Filiação adulterina. Investigação de paternidade. Possibilidade Jurídica.

I – Em face da nova ordem constitucional, que abriga o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível é o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado.

II – Em se tratando de direitos fundamentais de proteção à família e à filiação, os preceitos constitucionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudie discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica.⁷

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 545.

⁶ BRASIL. **Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989**. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111104/lei-7841-89>>. Acesso em: 15 set. 2010.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 7.631/RJ**. Quarta Turma, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo, Julgado em 17/09/1991. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 set. 2010.

Cumpra destacar o último parágrafo do voto do Eminentíssimo relator:

Esta, sem dúvida, a melhor exegese, que se coaduna com a proteção constitucional, com o princípio da igualdade jurídica dos filhos e com o princípio jurídico segundo o qual os preceitos constitucionais não devem receber interpretação restritiva em se tratando de direitos fundamentais.⁸

Não há como negar que esta evolução foi amplamente acolhida pela doutrina, a exemplo do excerto abaixo:

Não se trata mais de reconhecer o direito à filiação. Negá-lo seria fechar os olhos a uma realidade concreta e presente, e, assim, por via oblíqua, negar a própria inteligência e capacidade humanas. A grande questão que toca ao jurista no novo tempo é a proteção a ser conferida ao direito à filiação. É de se buscar a maneira mais eficaz de assegurar o exercício da filiação nesse novo quadro de relações sociais, econômicas e jurídicas, impedindo sua violação.⁹

Não obstante, a Constituição Federal de 1988¹⁰, em seu art. 227, que estabelece os deveres da família, do Estado e da sociedade com relação às crianças e adolescentes, impõe especificamente no §6º o tratamento igualitário e a dispensa de direitos idênticos a todos os filhos. Aliás, mais ainda, afasta e veda qualquer forma discriminatória, inclusive de designação.

A despeito desta louvável preocupação, nosso Código Civil não foi estritamente fiel a esta diretriz, sendo passível de crítica.

Ocorre que o legislador pátrio atribuiu aos artigos compreendidos entre o 1.597 e o 1.606 do Código Civil de 2002¹¹ o capítulo intitulado “Da Filiação”, enquanto o capítulo denominado “Do Reconhecimento dos Filhos” encontra-se entre os artigos de número 1.607 e 1.617 do mesmo diploma.

À primeira vista, aparentam tratar-se de temas distintos, de situações em momentos diferentes, mas é possível perceber-se que, de forma sutil, indicam

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 7.631/RJ**. Quarta Turma, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo, Julgado em 17/09/1991. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 set. 2010.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 545.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Constituição Federal e Constituição Estadual. 2. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009.

¹¹ BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010.

tratamento diferenciado entre os filhos concebidos na constância do casamento e aqueles havidos em outras situações.

Segundo Maria Berenice Dias, tal diferenciação pode ser notada em função de “o legislador ainda fazer uso de presunções quando se refere aos filhos nascidos no casamento” e explica que:

Tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a alguém, não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para a manutenção da estrutura familiar. A família constituída pelo casamento era a única a merecer o reconhecimento e a proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima.¹²

Por outro lado, não há como não considerar a mera constância do art. 1.596 no Código¹³, que repete a previsão constitucional de igualdade, como um avanço singular. Aliás, chega-se a considerar a igualdade entre os filhos como um princípio constitucional.¹⁴

Nesta senda seguiu o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵, que, em seu art. 20, assim como fez o Código Civil de 2002, repetiu o já referido §6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, preocupando-se, ainda, nos arts. 26 e 27 com aspectos pertinentes à filiação.

Outro reflexo deste progresso, não só em nossa legislação, mas na própria concepção e entendimento acerca do tema, se faz presente na transformação da nomenclatura utilizada pela doutrina, como é exemplo:

A terminologia “genitor”, anteriormente tratada como sinônimo de “pai”, não mais se integra na melhor doutrina familista, haja vista a larga diferença imposta pelos avanços sociais, técnicos e genéticos. Portanto, genitor é o que gera, concebe geneticamente o início de

¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 366.

¹³ CC, Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010).

¹⁴ FALCONI, Luiz Carlos; VAZ, Vitor Junqueira. A inseminação artificial heteróloga no Código Civil de 2002: reflexos no direito à filiação. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 32, n. 2, p. 163-183, jul./dez. 2008.

¹⁵ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 set. 2010.

uma vida humana, seja pelos métodos naturais ou pela fecundação artificial homóloga, inseminação heteróloga e fertilização *in vitro*. Ser genitor não quer dizer necessariamente, que é (ou será) um pai.¹⁶

Afinal, nunca é demais reiterar que a consolidação normativa desta idéia de igualdade entre os filhos e expressa vedação à discriminação de qualquer sorte foi fruto de uma evolução, que alterou o centro do Direito de Família da preservação de regras e costumes morais – intimamente ligado a uma preocupação patrimonial – para a valorização da relação interpessoal e o respeito da dignidade humana e direitos fundamentais. Nesta esteira, Luiz Edson Fachin afirmou que “o contorno do modelo patriarcal e hierarquizado de família, com sua dimensão transpessoal, dá lugar a um novo modelo igualitário e fundado no afeto”.¹⁷

Enfim, “inegável que a família é uma célula historicamente em evolução. Os estágios por que passou a humanidade demonstram esta instituição se amoldando ao desenvolvimento das civilizações e a elas correspondendo”¹⁸. O vínculo da filiação não só acompanhou esta evolução, como protagonizou um processo exclusivo, alcançando o estágio atual, que se pretende analisar objetivamente neste trabalho.

Cumpra ainda ressaltar aspectos relevantes que serão abordados e dizem respeito ao amplo relevo que tem sido garantido ao afeto nas relações paterno-filiais, bem como na profunda discussão envolvendo conflito de princípios constitucionais em função da utilização do instituto da presunção de paternidade.

Estas questões serão distribuídas em dois capítulos. O primeiro apresentará de forma mais direta e pontual as hipóteses de filiação admitidas em nossos diplomas legislativos. Permitir-se-á, outrossim, análise com objetividade e senso crítico mais profundos com relação ao capítulo seguinte, envolvendo o instituto da presunção de paternidade e a polêmica que lhe é particular.

¹⁶ SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade socioafetiva. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 90-97, fev./mar. 2008. p. 90.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr./maio 2003. p. 19.

¹⁸ GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no Direito Brasileiro e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

2 DA FILIAÇÃO

2.1 A filiação no Brasil

A filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal.¹⁹

Em linhas gerais, a filiação atualmente pode se concretizar através de inúmeros procedimentos, seja pelo método mais antigo e comum - relação sexual -, seja mediante a intervenção médica - pela fertilização artificial -, seja em função de decisão judicial ou estabelecimento de vínculo afetivo.

Nesta senda, categoricamente se pode organizar a filiação de acordo com três critérios sem qualquer hierarquia entre eles: a) biológica – a relação genética, decorrente do vínculo sanguíneo; b) jurídica – decorrente de uma presunção com base em uma série de requisitos e critérios estabelecidos pela legislação; c) socioafetiva – decorrente de um vínculo afetivo estabelecido entre as partes, independentemente de qualquer outra relação.

Tão somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que foi possível esta categorização efetivamente sem qualquer discriminação, ainda que tal entendimento tenha se concretizado realmente com o Código Civil de 2002, que acabou com qualquer desigualdade de tratamento por parte dos filhos existentes até então.

Até o advento da Carta Magna civilista não permitia o estabelecimento do vínculo paterno-filial aos filhos espúrios, mesmo sendo ele conhecedor de seu pai biológico, quando concebido em relacionamento extramatrimonial (adulterino). A presunção legal tinha valor superior à realidade da vida. E toda essa estrutura discriminatória para a manutenção do casamento, pagando-se, para tanto, qualquer preço – ainda que fosse a violação da dignidade das pessoas, inclusive de crianças e adolescente.²⁰

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 542.

²⁰ *Ibidem*, p. 538.

A este respeito, cumpre destacar trecho da ementa de acórdão referente ao Recurso Especial nº 370.067/RS, oposto pela União contra decisão que reconheceu à autora, filha de criação de militar falecido, adotada pela viúva após a morte do esposo, o direito ao recebimento de pensão militar após o falecimento de sua mãe adotiva:

Por filhos de qualquer condição deve-se entender, também, aquela pessoa que foi acolhida, criada, mantida e educada pelo militar, como se filha biológica fosse, embora não tivesse com ele vínculo sanguíneo.

2. A Carta Magna conferiu maior abrangência ao mencionado dispositivo, intensificando a proteção à família e à filiação e repelindo quaisquer formas de discriminação advindas dessas relações.²¹

Sem embargos, mesmo que de forma acentuadamente mais sutil, permanece codificada prática oriunda da observação de costumes absolutamente obsoletos e ultrapassados, mediante a priorização da moralidade sobre os interesses e o bem estar dos envolvidos, desde longa data incorporados e arraigados, conforme analisaremos a seguir.

Por fim, cabe acrescentar sóbria lição de Ionete de Magalhães Souza, a despeito desta classificação formal: “Levando-se em consideração essas diferenças e focando a paternidade, identificam-se, pelo menos, três tipos: a biológica, a jurídica e a afetiva (ou socioafetiva)” e completa “[...] é possível e desejável uma única paternidade, a denominada“ paternidade responsável, “[...], o que, por si só, alcança o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente.”²²

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 370.067/RS**. Quinta Turma, Relatora: Min. Laurita Vaz, Julgado em 09/08/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=filhos+e+discrimina%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 20/10/2010.

²² SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade socioafetiva. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 90-97, fev./mar. 2008. p. 91.

2.2 A filiação legal

2.2.1 A presunção de paternidade

Repugnaria a nossa consciência jurídica que o Governo obrigasse, em todo o nascimento, à feitura do exame genético, para definição de quem é o verdadeiro pai da criança [...].²³

Ainda que esta passagem leve a crer que o instituto da presunção de paternidade seja recente, de modo a dispensar a necessidade de realização do exame de investigação genética, é mais antigo do que se possa fazer crer.

Há registros de que já no Código de Hamurabi se encontrava referência acerca da presunção de que os filhos concebidos por mulher casada eram fruto de relação sexual entre as partes da sociedade conjugal. Na realidade, tratava-se, nada mais, de um exercício de lógica, em que a presunção efetivamente recaía acerca da fidelidade da mulher casada, em função de que era incogitável que o filho não fosse de seu marido.²⁴

Foi apenas no Direito Romano, porém, que a idéia de presunção tomou corpo por meio da expressão em latim *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, adotada por nosso pátrio Direito, ainda que seja utilizada até hoje de forma abreviada, *pater is est*.

Também do Direito Romano adveio a presunção acerca da maternidade. Por mais incrível que possa parecer, ainda hoje se faz necessário o exercício da presunção com relação à figura materna, representada pela expressão *mater semper certa est* – a mãe é sempre certa –, conforme será analisado mais adiante neste trabalho.

A presunção de paternidade e de maternidade, a exemplo de inúmeras figuras do Direito de Família, em sua origem, não deixava de ser mais um elemento que visava a garantir e proteger o instituto do casamento.

²³ PAULA, Luiz Antônio Garrido de. Repensando na presunção de paternidade. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, n. 18, p. 38-39, jul./ago. 1997. p. 38.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Mas, diante da inegável alteração do núcleo do Direito de Família, desta figura para o plano da afetividade, a função da presunção de paternidade seguiu o mesmo rumo. Nesta senda, cumpre referir o entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo:

Destarte, sua função deixa de ser a de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, para a de presumir a paternidade em razão do estado de filiação, independentemente de sua origem ou de sua concepção. [...] A presunção *pater is est* reconfigura-se no estado de filiação, que decorre da construção progressiva da relação afetiva na convivência familiar.²⁵

A despeito da interminável discussão que envolve, em função de decorrente conflito entre princípios, que será objeto de análise deste trabalho mais adiante, a presunção de paternidade mais recorrente em nossos tribunais é oriunda da recusa de alegado pai em submeter-se ao exame de DNA. Em que pese não atribua presunção absoluta de paternidade, isto é, depende do conjunto probatório colacionado aos autos, é vasta sua aplicação prática, conforme o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. TESTEMUNHAS. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO. AUSÊNCIA, INTIMAÇÃO PESSOAL. POSSIBILIDADE DE O JUIZ, COMO DESTINATÁRIO DA PROVA (ART. 130 DO CPC), DETERMINAR A INQUIRÇÃO, MESMO DE OFÍCIO. EXAME DE DNA. RECUSA. COMPORTAMENTO PROCESSUAL DO SUPOSTO PAI BIOLÓGICO. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. A RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA EM SE SUBMETER A EXAME DE DNA CONDUZ À PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE, SEGUNDO ITERATIVO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DO CCB, BEM COMO DA CONCLUSÃO Nº 24 DO CENTRO DE ESTUDOS DESTA TRIBUNAL E DA SÚMULA Nº 301 DO STJ. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE TAMBÉM RESPALDA O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO. ALIMENTOS. CABIMENTO. FIXAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA COMO CONSECUTÁRIO LÓGICO DA PARENTALIDADE. REDUÇÃO DO ENCARGO, PRETENSÃO DESCABIDA. INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA NÃO INDUBITAVELMENTE COMPROVADA. BINÔMIO ALIMENTAR (OU TRINÔMIO, PARA ALGUNS) CORRETAMENTE AVALIADO, NECESSIDADES E POSSIBILIDADES (CC, ART. 1.694 § 1º).

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 316, p. 19-36, fev. 2004. p. 28.

SENTENÇA CONFIRMADA. APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO DESPROVIDOS.²⁶

A título introdutório, cediço antecipar que as demais hipóteses de presunção decorrem do casamento entre os pretensos pais, jamais sendo vedada porém à criança, a oportunidade de buscar a certeza acerca de sua origem genética, segundo o trecho de decisão do Ministro Waldemar Zveiter, que merece destaque: “O filho havido na constância do casamento tem legitimidade para propor ação de investigação de paternidade contra quem entende ser seu verdadeiro pai, nada obstando que se prove a falsidade do registro no âmbito da ação investigatória.”²⁷

Cumpra apenas ressaltar, nesta breve apresentação do tema, que a despeito desta notável evolução conceitual, a legislação nacional não estende a presunção de paternidade à união estável, entendimento duramente criticado por toda a doutrina, a exemplo de Rolf Madaleno, que baseou sua desaprovação no fato de que “a ciência conferiu ao homem a possibilidade de impugnar a filiação a ele imposta por presunção”²⁸.

Finalmente, é de se destacar o ensinamento de Belmiro Pedro Welter, que admite a presunção de paternidade decorrente não só da união estável – “Estabelecida uma união estável e a coincidência com a concepção, daí resulta uma presunção relativa de paternidade.”²⁹ - como da relação de namoro, suportando ainda a esta segunda idéia em polêmica decisão deste Tribunal, que assim se encontra reproduzida no *site* institucional:

INVESTIGACAO DE PATERNIDADE. EVOLUINDO OS COSTUMES E AS RELACOES SOCIAIS, OS RELACIONAMENTOS INTIMOS DIANTE DAS FACILIDADES QUE AS CERCAM, SE TORNAM DE DIFICIL COMPROVACAO, ENQUANTO A PATERNIDADE JA SE ENCONTRA NO ROL DAS PROVAS COMUNS, ATRAVES DO DNA. HOJE, QUANDO OS MOTEIS FAZEM PARTE DA PAISAGEM SOCIAL BRASILEIRA, JA NAO E NECESSARIA A PROVA DE QUE AO TEMPO DA CONCEPCAO, A MAE DO AUTOR ESTAVA CONCUBINADA COM O PRETENDIDO PAI. DESTA MANEIRA, O VERDADEIRO ONUS DA PROVA NOS DIAS ATUAIS, ESTA EM

²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70037961901**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 07/10/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20/10/2010.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 119.866/SP**. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 21 out. 2010.

²⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 420.

²⁹ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 103.

CARGO DO INVESTIGADO, POIS ELE PODE PROVAR, CIENTIFICAMENTE, QUE NAO E O PAI. AO INVESTIGANTE BASTA A PROVA DE AMIZADE DE SUA MAE COM O PRETENDIDO PAI BASTA A PROVA DE QUE TENHAM SIDO VISTOS JUNTOS ALGUMA VEZ, POR QUE ATUALMENTE NINGUEM PODE SE VACINAR CONTRA O IMÃ DO SEXO. EM SE TRATANDO DE INVESTIGACAO DE PATERNIDADE E MAIS IDONEO O TESTEMUNHO DE PESSOAS AMIGAS DO QUE DE DESCONHECIDOS.³⁰

2.2.2 O reconhecimento de filho

A figura da presunção de paternidade tem influência direta sobre o reconhecimento dos filhos, que é o:

[...] ato *voluntário ou forçado*, através do qual se estabelece relação de parentesco em primeiro grau na linha reta. Ou seja, o reconhecimento do filho pode ocorrer por ato espontâneo do(s) genitor(es) ou mesmo contra a sua vontade, por decisão do Poder Judiciário, proferida em ação investigatória de paternidade ou maternidade.³¹

Além disso, são intimamente ligadas pela história de nosso Direito. O Código Civil de 1916 dispensava o registro dos filhos legítimos, uma vez que a presunção *pater is est* era imperativa. Conseqüentemente, o registro prestava-se exclusivamente para os filhos de mulheres não casadas – que, inclusive, na maioria dos casos, sequer tinha garantida a possibilidade de investigar seu verdadeiro pai.

Conforme já estudado e exaustivamente repetido, a partir da Constituição Federal de 1988, foi expressamente vedada a prática de qualquer ato discriminatório – compreendida aí a utilização de diferentes denominações – que tenha por base a relação conjugal entre os pais.

³⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 595030693**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. João Andrades Carvalho, Julgado em 06/04/1995. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 18 out. 2010.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Contornos sobre a prova na investigação de paternidade. **Revista IOB de direito de família**, São Paulo, v. 9, n. 48, p. 55-82, jun./jul. 2008. p. 59.

Em face disto, a previsão, contida nos artigos 50 a 66 da Lei de Registros Públicos³², de que todo nascimento impõe a lavratura de certidão em cartório, na qual constará o nome dos pais, também estabelece que independentemente de haverem contraído núpcias entre si.

Por outro lado, como também já referido, o Código Civil de 2002 utilizou-se de sutileza para manter a antiga e ultrapassada distinção, haja vista que os artigos de 1.596 a 1.606 tratam “Da filiação”, enquanto os seguintes, até o artigo de número 1.617, tratam “Do reconhecimento dos filhos”, do que implicitamente estariam dispensados os primeiros.

A este respeito, Maria Berenice faz crítica incisiva:

[...] o legislador retroage cem anos e reproduz institutos já totalmente ultrapassados. Quando trata da filiação, refere-se exclusivamente aos filhos havidos no casamento e acaba por definir a paternidade com base em presunções. A filiação matrimonial decorre de uma ficção jurídica. Em face da presunção *pater is est*, o pai sempre é o marido da mãe. Até os filhos fruto de inseminação artificial, por concepção heteróloga, gozam da condição de filho por mera deliberação legislativa. Já a paternidade do filho extramatrimonial se opera via reconhecimento voluntário ou por sentença judicial, prolatada na ação de investigação que afirmar paternidade biológica. O que estabelece o parentesco entre pai e mãe não casados e filho é o ato de reconhecimento.³³

À parte desta discussão, o reconhecimento de um filho tem o mesmo efeito que a presunção para fins de termos registraes e pode se dar voluntariamente, em decorrência de um ato volitivo empreendido pelo pai, ou forçadamente, via de regra em função de sentença judicial.

O reconhecimento voluntário é um ato personalíssimo³⁴ *stricto senso*, portanto irrevogável e irretratável – mas passível de invalidação -, oponível *erga*

³² BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>. Acessado em: 04 set. 2010.

³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 342-3.

³⁴ O artigo 59 da Lei nº 6.015/73 (Registros Públicos) permite o reconhecimento voluntário através de procurador, desde que munido de poderes especiais e expressos, uma vez que, “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” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5).

omnes, que não pode estar pendente de qualquer condição para sua concretização³⁵.

Por outro lado, pode ocorrer de o cidadão pretender ter reconhecida a paternidade sobre pessoa que já tenha o nome de terceiro registrado como seu pai. Nesta situação, impõe-se o ajuizamento de ação de desconstituição do registro para posterior averbação do novo, sendo que incumbirá ao demandante comprovar que houve erro ou fraude, conforme a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementada:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE.

1) VÍCIO DE CONSENTIMENTO. Não demonstrada a alegada coação no registro de nascimento onde o autor reconheceu o réu como seu filho, improcede a ação negatória de paternidade.

2) RECUSA DO RÉU/FILHO AO EXAME DE DNA. A recusa do réu/filho em se submeter ao exame de DNA não pode ser considerada em seu desfavor, se o ônus da prova do fato constitutivo do direito de anular o registro de nascimento era do autor.

RECURSO DESPROVIDO.³⁶

Cumprе ressaltar, ainda, que o reconhecimento de paternidade de menor de idade não depende de consentimento deste, situação diversa do reconhecimento referente ao maior de idade, conforme impõe o art. 1.614 do Novo Código Civil³⁷. Maria Berenice Dias analisa esta hipótese:

Não estabelece a lei a forma de manifestação do consentimento. Igualmente nada é referido sobre a inaceitação do estado de filho, se pode ser imotivada ou se é necessário justificar a discordância. Em face de falta de especificidade, só se pode concluir que a negativa pode ser imotivada. Sem a concordância, não se pode proceder ao registro, mesmo que a paternidade esteja comprovada por exame de DNA.³⁸

³⁵ Não há um rol taxativo das formas através das quais pode se dar o reconhecimento, mas o Novo Código Civil preocupou-se com a matéria, podendo ser citadas, por exemplo: a) perante oficial do registro civil; b) escritura pública ou particular de qualquer natureza, inclusive em documento cuja finalidade principal é outra, por exemplo, testamento; e c) a admissão perante juízo, não necessariamente da vara de registros públicos.

³⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70031008634**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. José Trindade, Julgado em 03/09/2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 10 set. 2010.

³⁷ CC, Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação. (BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010).

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 347.

Entretanto, este mesmo dispositivo legal garante ao menor o prazo decadencial de 4 (quatro) anos a contar da maioridade para impugnar este reconhecimento - trata-se de manobra legislativa que visa a impedir que o menor seja tolhido do direito que o capaz desfruta. Concomitantemente, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁹ garante direito vitalício ao reconhecimento forçado da paternidade, isto é, sua imprescritibilidade.

Ocorre que, não raro, ambas as garantias são confundidas em função do resultado de ambos os procedimentos. Enquanto o permissivo de impugnação tem como finalidade a desconstituição do registro rejeitado, a ação investigatória de paternidade pode implicar no reconhecimento de um novo pai, que substituirá antigo, cujo registro também será desconstituído.⁴⁰

2.3 A filiação biológica

Por mais inacreditável que possa parecer, esta modalidade de vinculação paterno-filial, que é resultado da reprodução responsável pela maior parte dos nascimentos, tem sido alvo de desvalorização, ou, no mínimo, confrontação. Paulo Luiz Netto Lôbo chegou a nomear subtítulo de artigo de “Relativizando a Filiação Biológica”, no qual dispõe:

[...] não faz mais sentido a prevalência da filiação biológica, pois a Constituição não tutela apenas a família matrimonial e não estabelece mais distinção entre filhos biológicos e adotivos. As pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo ou não querendo ter filhos, é família protegida pela Constituição.⁴¹

³⁹ ECA, Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 set. 2010).

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 5, p. 5-22, out./nov. 2007. p. 10.

Até a concretização da mudança paradigmática relatada no subtítulo anterior, que se notabilizou pela adoção do afeto como critério para estabelecimento e constituição dos elos familiares, principalmente o de filiação, a análise de parentalidade baseava-se única e exclusivamente na existência de vínculo genético, ou seja, na cossanguinidade.

Aliás, em função disso, inclusive, decorria a presunção de paternidade, cuja análise era meramente acerca da existência de vínculo marital entre os pais.

Por outro lado, não há como refutar que os meios através dos quais se consolida a filiação biológica seguem sendo os responsáveis pelo maior número de descendentes.

Mais especificamente, a concepção através da vinculação biológica pode se dar mediante o ato sexual – que evidentemente dispensa comentários mais profundos – e pela inseminação assistida, situação “em que os casais não conseguem a procriação pelo sistema tradicional da união sexual [...] ou em virtude da esterilidade de um dos cônjuges, ou por outros fatores”⁴², sendo necessária a utilização de técnicas científicas para a fecundação do óvulo.

Acerca da reprodução assistida, persiste uma discussão ética e religiosa, sendo que as maiores autoridades neste campo já se manifestaram contrariamente a estas práticas inúmeras vezes, a exemplo do Papa Bento XVI⁴³.

No Brasil, cabe esclarecer, além de regulamentação jurídica, há estrita disciplina ética, como expõe Domingos Afonso Kriger Filho:

[...] o artigo 68 do Código de Ética Médica dispõe ser vedado ao médico praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento, sendo que a Resolução nº 1.358, de 11.11.92, do Conselho Federal de Medicina, ao delinear as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida (RA) consagra como princípios a serem obedecidos, dentre outros, que as técnicas de produção assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução atual de infertilidade (1); o consentimento informado obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. Fecundação artificial. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 18, n. 52, p. 62-78, jul. 1991. p. 62.

⁴³ PAPA afirma que fecundação *in vitro* infringe dignidade humana: técnica é uma das únicas formas de ajudar mulheres inférteis a terem filhos. **Globo.com**, 31 jan. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL282182-5603,00-PAPA+AFIRMA+QUE+FECUNDACAO+IN+VITRO+INFRINGE+DIGNIDADE+HUMANA.html>>. Acesso em: 15 set. 2010.

(3); e a proibição da fecundação de óocitos humanos com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana (4).⁴⁴

Pertinente, ainda, reprodução de trecho de acórdão na ação de inconstitucionalidade referente ao artigo 5º da Lei número 11.105/05, de Biossegurança. Em suas palavras, o Excelentíssimo Ministro Ayres Britto atribuiu à autonomia da vontade dos pais a decisão acerca da concepção de um filho, citando ainda os princípios a serem ressaltados nesta escolha:

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional [...].⁴⁵

2.3.1 A reprodução assistida homóloga

Denomina-se homóloga aquela concepção que se origina da utilização de material genético de ambas as partes do casal, ou seja, o gameta masculino – espermatozóide –, proveniente do marido, e o gameta feminino – óvulo –, proveniente da esposa.

A prática mais comum de reprodução assistida homóloga é a inseminação artificial *in vitro*, quando a união entre os gametas do casal – a fecundação do óvulo pelo espermatozóide - é realizada em um recipiente, em clínicas ou laboratórios especializados, até que assuma a forma de embrião, quando será introduzido no corpo feminino para iniciar-se a gestação.

⁴⁴ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Considerações acerca dos efeitos jurídicos do uso indevido de material genético. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 54, n. 347, p. 87-98, set. 2006. p. 93-94.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF**. Tribunal Pleno, Relator: Min. Aires Brito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=paternidade%20respons%E1vel&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20/10/2010.

Outro procedimento utilizado é o que se denomina inseminação *in vivo*, que “consiste na introdução dos gametas masculinos no corpo feminino de forma intra-uterina”⁴⁶.

A questão controversa acerca da garantia do direito de sucessão ao embrião já fecundado, mas ainda não introduzido no útero materno, é extremamente relevante; entretanto, sua análise seria extremamente extensa e não contribuiria para o objeto de estudo deste trabalho.⁴⁷

Tão debatida é a discussão pertinente à necessidade de autorização pelo marido para a utilização de seu material genético, mas caberá análise mais adiante. Importante antecipar, porém, que a discussão mais aprofundada caberá em situações envolvendo o falecimento do marido, sendo dispensada a autorização para utilização dos gametas por ele fornecido quando ainda vivo.

2.3.2 Reprodução assistida heteróloga

A reprodução assistida heteróloga é um procedimento adotado em circunstâncias análogas às da homóloga. Possui a particularidade de utilizar material genético doado por terceiro, alheio à relação matrimonial, cuja identidade deverá ser preservada em sigilo.

A parte desta exigência, outra imposição, constante expressamente no inciso V do art. 1.597 do Novo Código Civil⁴⁸, é a anuência por parte do marido – não necessariamente por escrito – de modo que, no caso, “corresponde a uma adoção antenatal do filho, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai”⁴⁹.

Aliás, com relação ao juízo de retratação, algumas peculiaridades merecem ser apontadas. Primeiramente a de que, uma vez que o óvulo já tenha sido

⁴⁶ SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade socioafetiva. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 90-97, fev./mar. 2008. p. 91.

⁴⁷ Para maiores esclarecimentos e leitura mais aprofundada, leia-se DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁸ CC, Art. 1.597, V. havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010).

⁴⁹ DIAS, op. cit., p. 335.

fecundado, iniciado o período de gestação, confirmada a impossibilidade de arrependimento. Por outro lado, seria desarrazoado considerar sua duração por prazo indeterminado; em face disto, admitida a revogação nos casos de dissolução da sociedade conjugal com o imperativo, porém, de que se dê antes da implantação do embrião no útero da mulher.

Ademais, ainda que o tema referente à presunção de paternidade nos casos de reprodução assistida heteróloga seja objeto de análise mais adiante neste trabalho, cumpre desde já referir que a presunção é absoluta, ou seja, gera presunção *jures et de jure* e não admite impugnação de qualquer forma.

Importante também colocar que é entendida analogamente a uma adoção socioafetiva, a tal ponto que Luiz Carlos Falconi e Vitor Junqueira Vaz chegam a afirmar que:

A inseminação artificial heteróloga, diferentemente da técnica homóloga, prega a desconsideração da verdade biológica em proveito de uma verdade afetiva. [...] A paternidade, neste caso, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se, assim, o elemento volitivo agregado ao projeto parental, para estabelecer o vínculo de filiação.⁵⁰

Finalmente, cumpre apenas destacar, tal é sua semelhança à adoção, que se admite a apropriação de algumas regras daquele procedimento neste, a exemplo do desligamento de vínculos genéticos com os parentes cossanguíneos, em que pese seja admitida a investigação de parentalidade, mesmo que meramente para fins de identificação da identidade genética.

2.4 A filiação socioafetiva

[...] a filiação não é um determinismo biológico, ainda que a natureza humana nos impila à procriação, mas uma construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.

⁵⁰ FALCONI, Luiz Carlos; VAZ, Vitor Junqueira. A inseminação artificial heteróloga no Código Civil de 2002: reflexos no direito à filiação. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 32, n. 2, p. 163-183, jul./dez. 2008. p. 174.

A chamada verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, especialmente quando esta já tiver sido constituída na convivência duradoura com pais socioafetivos ou quando derivar da adoção.⁵¹

A partir da superação pela Constituição Federal de 1988 da preconceituosa distinção entre os filhos, um fenômeno social antigo, mas que tem adquirido cada vez maior relevância e atraído maior atenção de especialistas – tanto no âmbito do Direito, quanto psicanalítico -, é, de uma maneira simplificada, a confusão entre estes dois aspectos e até uma sobreposição do vínculo afetivo sobre o biológico.

A esse respeito escreveu Luiz Edson Fachin:

[...] sendo a paternidade um conceito jurídico, e, sobretudo, um direito, a ‘verdade biológica’ da filiação não é o único fator a ser levado em consideração pelo aplicador do Direito: o elemento material da filiação não é tão-só o vínculo de sangue, mas a expressão jurídica de uma ‘verdade socioafetiva’. O elemento socioafetivo da filiação (presente timidamente no Código Civil de 2002 no art. 1.593) reflete a verdade jurídica que está para além do biologismo, sendo essencial para o estabelecimento da filiação.⁵²

Em linhas gerais, uma das “outras origens” atribuídas, no art. 1.593 do Código Civil de 2002⁵³, à filiação seria o estabelecimento de uma relação de afeto e a reiteração de um comportamento que configure a figura paterna, desvinculando a ideia de pai da imagem de genitor, ou seja, “O pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de adoção de fato”⁵⁴.

Tanto o é que os Enunciados nºs 108⁵⁵ e 256⁵⁶ da Jornada de Direito Civil corroboram e explicitam este fato respectivamente: “no fato jurídico do nascimento,

⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 5, p. 5-22, out./nov. 2007. p. 7, 11.

⁵² FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr./maio 2003. p. 26.

⁵³ CC, Art. 1.593. parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. (BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010).

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 590.

⁵⁵ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Jornada de Direito Civil, 1**: Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 15 set. 2010.

⁵⁶ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Jornada de Direito Civil, 3**: Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2010.

mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a sócio-afetiva” e “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Aliás, vasta tem sido a sua aplicação no campo fático, principalmente em face dos avanços no campo da homoafetividade, a exemplo do seguinte precedente, do Tribunal de Justiça, que diz respeito ao direito de visitação à criança envolvendo um casal homossexual:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido⁵⁷

Depreende-se, portanto, que a filiação socioafetiva diferencia-se das demais porque não depende, nem suporta comprovação científica, ou respeita presunções legais, surge e se constitui no âmbito da realidade, no campo dos fatos, em face de ato volitivo.

Por este motivo, o critério afetivo está em constante embate com o legal e o biológico, principalmente em face dos exuberantes avanços científicos no campo da investigação de paternidade. Há precedentes em todos os sentidos, dependendo a decisão de uma análise casuística aprofundada por parte do julgador, mas é importante ressaltar que a relevância atribuída ao aspecto socioafetivo é bastante recente - era praticamente impensável sobrepô-lo aos rigorismos formais de outrora -, como já se tem admitido, a exemplo da decisão da Eminente Ministra Nancy Andrighi, no REsp nº 932.692/DF, cujo seguinte trecho merece destaque:

A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento

⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70018249631**. Sétima Câmara Cível, Relator: Des^a. Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 21 out. 2010.

da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação.

O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho.⁵⁸

Este entendimento, que parece cada vez mais acolhido por nossos tribunais, encontra perfeita correspondência nas palavras de Maria Berenice Dias:

A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A afeição tem valor jurídico. A naterbudade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater is est*. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto.⁵⁹

Outro aspecto a ser apreciado é o fato de que o estabelecimento de relação socioafetiva diferencia-se do reconhecimento de vinculação socioafetiva. O segundo conceito depende do primeiro, uma vez que representa a consideração legal do primeiro. Este, por sua vez, demonstra a constituição propriamente dita, qual seja, o surgimento de vínculo afetivo paterno-filial, concretizado mediante o reiterado exercício da “função” paterna por período prolongado.

A questão temporal é bastante relevante neste ponto, pois pode estabelecer-se uma relação extremamente intensa entre as partes, mas, se não for duradoura, não deve ser suficiente para o reconhecimento da filiação, tendo em vista que não há prova de que se manterá. Além disso, o julgador não pode apegar-se a um momento específico, já que as relações interpessoais são extremamente inconstantes e a ocorrência de brigas e desentendimentos muito comuns, deve

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 932.692/DF**. Terceira Turma, Relatora: Min^a. Nancy Andrighi, Julgado em: 18/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=932692&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 19 set. 2010.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 338.

considerar o histórico daquele relacionamento, o que reitera a importância da questão temporal.

Nesta senda, cabe colocar que o afeto só pode ser utilizado como critério na constituição de uma relação de filiação. Obviamente que o reconhecimento de uma relação paterno-filial pode emanar efeitos sobre outra, anulando-a, mas o que se procura esclarecer é que jamais poderá ser ajuizada demanda requerendo a negativa de uma paternidade em face da ausência de afeto. Ora, como já referido, não são incomuns, muito pelo contrário, os pais e filhos que mantêm uma relação conturbada, mas é desarrazoado pensar que cada desentendimento é suficiente para ensejar o ajuizamento de ação com este pedido.

Não obstante, o reconhecimento judicial de relação socioafetiva acarreta rompimento de todo e qualquer laço com o pai vinculado biologicamente, inclusive no campo patrimonial, isto é:

A verdade sociológica da filiação se constrói revelando-se não apenas na descendência, mas também no comportamento de quem expende cuidados, carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola laço biológico, compondo a base da paternidade.⁶⁰

Ao mesmo tempo, é cediço ao filho adotado socioafetivamente investigar, inclusive mediante ação judicial, sua ancestralidade genético-biológica sem que isso tenha qualquer efeito no campo patrimonial, tampouco na sua relação com o pai afetivo, a exemplo do que foi decidido no acórdão referente à Apelação Cível nº 70032527533, da relatoria do Desembargador, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, André Luiz Planella Villarinho⁶¹.

⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr./maio 2003. p. 21.

⁶¹ A seguir, a ementa que diz respeito à referida decisão: APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL. ADOÇÃO. IRREVOGABILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA SEM REFLEXOS NA ESFERA PATRIMONIAL. ADMISSIBILIDADE. A adoção, quando regular e despida de qualquer vício, constitui ato irrevogável, não se perquirindo de alterar o registro civil do investigante, mormente evidenciada a relação socioafetiva entre os autores e os adotantes. Por se tratar de direito personalíssimo, admite-se o efeito meramente declaratório da paternidade acerca da verdade biológica do investigante ainda que, no caso, sem reflexos sucessórios nem patrimoniais, em razão da manutenção do registro civil. O filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70032527533**. Sétima Câmara Cível, Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 09/06/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 18 out. 2010).

Finalmente, a despeito de todo o exposto, faz-se sintomático citar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não foi só pioneiro em elevar a socioafetividade ao patamar de importância que merece, mas segue sendo dos que mais prioriza este critério, a exemplo do recente acórdão referente à Apelação Cível nº 70037233004, da relatoria do Desembargador Luiz Ari Azambuja, no sentido de que:

Na verdade, não se olvida que, consoante doutrina moderna, acompanhada por laboriosa jurisprudência, a paternidade não pode ser vista apenas sob o enfoque biológico, dando expressiva importância à relação genética, devendo também ser sopesada a relação socioafetiva, visando, precipuamente, à proteção do filho.⁶²

2.4.1 A posse de estado do filho

O Desembargador Claudir Fidélis Faccenda, do Tribunal de Justiça deste Estado, em acórdão de sua autoria, na Apelação Cível nº 70029363918, definiu que:

[...] a posse do estado de filiação se verificará quando alguém assumir o papel de filho em face daquele que assumir o papel de pai ou mãe, independentemente do vínculo biológico. A posse do estado de filho é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade entre as partes, havendo demonstração perante a sociedade da relação pai e filho. Configuram-se posse do estado de filiação a adoção de fato, os filhos de criação, e a chamada “adoção à brasileira”.⁶³

A doutrina, de modo mais formal, costuma explicar este conceito mediante três outros: a) *tractatio* – conforme o termo em português a que remete, diz respeito à dispensa por parte do pai de tratamento ao filho como tal, com preocupações concernentes a educação e zelo -; b) *nominatio* – aspecto bastante formal, diz respeito à constância do nome do pai no registro civil do filho -; c) *reputatio* – a publicização da relação paterno-filial entre as partes.

⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70037233004**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Ari de Azambuja, Julgado em: 02/09/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 22 set. 2010.

⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70029363918**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em: 07/05/2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 25 set. 2010.

Maria Berenice Dias chega a afirmar que “Quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não corresponde à verdade, detêm o que se chama de posse de estado”, mas completa “A aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. Assim, a tutela da aparência acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe”⁶⁴.

Efetivamente esta situação encontra guarida em nossa pátria legislação, ainda que mediante interpretação extensiva. Conforme já explicitado, o registro de certidão de nascimento constitui prova primeira e irrefutável acerca da filiação e paternidade. O art. 1.605 do Novo Código Civil, por sua vez, dispõe as possibilidades de comprovar-se a filiação ante a ausência deste documento, dentre as quais a disposta no inciso I, “quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente”.⁶⁵

O entendimento majoritário, tanto doutrinário, quanto jurisprudencial, é de que a posse de estado do filho preenche indubitavelmente este requisito, conforme se depreende da análise de Adriana Accioly de Lima Vilela:

Numa análise social, constata-se a grandeza da posse do estado de filho nas relações familiares; além de ser fundamento fático-psicológico entre pai e filho, num rol de características que levam à presunção do reconhecimento da filiação pela família integrante. É o tratamento mútuo de respeito e amor, estruturando pessoas como seres sociais, resultando no pai, esposo e filho do futuro, sujeitos de relações jurídicas.⁶⁶

Enquanto o critério da utilização do nome é frequentemente desprestigiado pela doutrina, deve ser destacado o aspecto público referente à posse de estado do filho, uma vez que é o que lhe impõe maior valor como prova do vínculo entre as partes. A posse de estado de filho nada mais é do que a exteriorização dos fatos que caracterizam a relação paterno-filial, de modo que, à notoriedade decorrente, seja empregado valor probatório suficiente para o reconhecimento da filiação.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 337.

⁶⁵ BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010.

⁶⁶ VILELA, Adriana Accioly de Lima. O artigo 27 do ECA – direito ao estado de filiação *versus* projeto de lei nº 1.184/2003 – filiação de crianças nascidas através de reprodução assistida e o anonimato do doador – uma leitura sob a ótica do princípio constitucional da dignidade. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, n. 46, p. 63-79, fev./mar. 2008. p. 76.

A esse respeito, destacada deve ser a análise de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

O papel preponderante da posse do estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa [...]. É reconhecida, pois, a posse do estado de filho como mecanismo de estabelecimento de filiação, figurando ao lado das demais hipóteses previstas em lei de estabelecimento do estado de filho.⁶⁷

Finalmente, cabe salientar que muito embora não seja um critério objetivo de sua conceituação, o aspecto temporal é definitivo para que lhe seja atribuída a devida relevância. Nunca é excessivo lembrar que a reiteração da conduta por período prolongado é imperial, tendo em vista que a sua análise reside no campo fático, depende de provas.

Aliás, em face deste motivo que, última *ratio*, o estudo da posse de estado de filho se enquadra neste capítulo, e não no seguinte. Ainda que represente uma forma de presunção, tem muito mais fundamento quando admitido como elemento probatório do qual pode incorrer presunção, uma vez que:

Esse aspecto social, com o reconhecimento do afeto como fundante das relações parentais, aliada 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.⁶⁸

2.4.2 A adoção

O instituto da adoção tem sua origem mais remota no dever de perpetuar o culto doméstico [...] A mesma religião que obrigava o homem a casar, que concedia o divórcio no caso de esterilidade e que por morte prematura, ou impotência, substituía o marido por um parente, oferecia ainda à família o último recurso para escapar à desgraça tão temida da extinção. Esse recurso era o direito de adotar.

Pela adoção, procurava o indivíduo sem posteridade obter filhos que lhe perpetuassem o nome e lhe assegurassem o culto doméstico,

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 548.

⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr./maio 2003. p. 24.

considerado entre os romanos como necessidade material dos que se finavam.⁶⁹

A adoção livremente pode ser sintetizada como o processo ou o procedimento através do qual se concretiza ou, ao menos, se inicia a filiação socioafetiva entre duas pessoas sem qual qualquer tipo de vínculo. Mas nem sempre foi assim:

à época, de seu surgimento, ela servia verdadeiramente para sanar as necessidades sociais então presentes, [...] seu principal objetivo era o de assegurar a transmissão do nome, a perpetuidade da família e, também, a continuação do culto doméstico.⁷⁰

Segundo Maria Helena Diniz:

A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, [...] criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e família do adotante (CC, art. 1.626).⁷¹

O instituto da adoção foi evoluindo a tal ponto que o Estatuto da Criança e do Adolescente cuidou de dispensar tratamento ao processo de adoção baseando-se na garantia do princípio constitucional de proteção e promoção da personalidade do menor. Ocorre que, com a promulgação deste diploma, em 13 de julho de 1990, se criou uma dualidade nos regimes de adoção, uma vez que tratava especificamente dos menores de 18 anos, enquanto as disposições do Código Civil de 1916 acerca do mesmo processo seguiam valendo para os maiores.⁷²

Ainda que esta dualidade não apresentasse ofensa à isonomia dos filhos, o Código Civil de 2002 tratou de unificar os procedimentos, de modo que foi afastada tal distinção. Dentre outras alterações trazidas ainda pelo diploma, cumpre ressaltar a redução da idade mínima para adoção, de 21 para 18 anos, bem como a

⁶⁹ MONTEIRO; Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 335.

⁷⁰ GARCEZ, Sérgio Matheus. Adoção no direito civil europeu e sul-americano. **Revista IOB de Direito Família**, São Paulo, v. 9, n. 47, p. 20-30, abr./maio 2008. p. 21.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5, p. 449.

⁷² TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Igualdade constitucional dos filhos e dualidade de regimes de adoção (parecer). In: **TEMAS de direito civil** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 2.

imposição da obrigatoriedade de ação judicial, seguida de sentença constitutiva, para que seja promovida qualquer forma de adoção, abandonada, portanto, a hipótese de adoção do maior mediante mera escritura pública.⁷³

Dentre as relações de parentesco, o Código destinou o Capítulo IV, composto pelos artigos 1.618 a 1.629, inteiramente aos aspectos referentes à adoção, inclusive requisitos, efeitos, impedimentos e até o procedimento por estrangeiro, mas não cabe análise mais aprofundada, pois estar-se-ia distanciando do tema deste trabalho.

Importante ainda citar a hipótese conhecida como “adoção à brasileira”, situação em que cidadão deixa de observar todas as formalidades previstas e impostas para a concretização do processo de adoção, procedendo diretamente ao registro do filho, como se biológico fosse. Apesar do evidente descumprimento da rígida normatização e de atitude pela qual pode haver responsabilização penal, há inclusive informativo jurisprudencial do STJ⁷⁴ admitindo manutenção do vínculo em decorrência da relação socioafetiva estabelecida pelas partes.

⁷³ GARCEZ, Sérgio Matheus. Adoção no direito civil europeu e sul-americano. **Revista IOB de Direito Família**, São Paulo, v. 9, n. 47, p. 20-30, abr./maio 2008.

⁷⁴ ADOÇÃO À BRASILEIRA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Na espécie, o *de cuius*, sem ser o pai biológico da recorrida, registrou-a como se filha sua fosse. A recorrente pretende obter a declaração de nulidade desse registro civil de nascimento, articulando em seu recurso as seguintes teses: seu ex-marido, em vida, manifestou de forma evidente seu arrependimento em ter declarado a recorrida como sua filha e o decurso de tempo não tem o condão de convalidar a adoção feita sem a observância dos requisitos legais. Inicialmente, esclareceu o Min. Relator que tal hipótese configura aquilo que doutrinariamente se chama de adoção à brasileira, ocasião em que alguém, sem observar o regular procedimento de adoção imposto pela Lei Civil e, eventualmente assumindo o risco de responder criminalmente pelo ato (art. 242 do CP), apenas registra o infante como filho. No caso, a recorrida foi registrada em 1965 e, passados 38 anos, a segunda esposa e viúva do *de cuius* pretende tal desconstituição, o que, em última análise, significa o próprio desfazimento de um vínculo de afeto que foi criado e cultivado entre a registrada e seu pai com o passar do tempo. Se nem mesmo aquele que procedeu ao registro e tomou como sua filha aquela que sabidamente não é teve a iniciativa de anulá-lo, não se pode admitir que um terceiro (a viúva) assim o faça. Quem adota à moda brasileira não labora em equívoco. Tem pleno conhecimento das circunstâncias que gravitam em torno de seu gesto e, ainda assim, ultima o ato. Nessas circunstâncias, nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode valer-se de eventual ação anulatória, postulando desconstituir o registro. Da mesma forma, a reflexão sobre a possibilidade de o pai adotante pleitear a nulidade do registro de nascimento deve levar em conta esses dois valores em rota de colisão (ilegalidade da adoção à moda brasileira, de um lado, e, de outro, repercussão dessa prática na formação e desenvolvimento do adotado). Com essas ponderações, em se tratando de adoção à brasileira a melhor solução consiste em só permitir que o pai adotante busque a nulidade do registro de nascimento quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado. Após formado o liame socioafetivo, não poderá o pai adotante desconstituir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade socioafetiva. Ressaltou o Min. Relator que tal entendimento, todavia, é válido apenas na hipótese de o pai adotante pretender a nulidade do registro. Não se estende, pois, ao filho adotado, a que, segundo entendimento deste Superior Tribunal, assiste o direito de, a qualquer tempo, vindicar judicialmente a nulidade do registro em vista da obtenção do estabelecimento da verdade real, ou seja, da paternidade biológica. Por fim, ressaltou o Min. Relator que a

Por fim, apesar da evidente importância da adoção, que, conforme se viu neste capítulo, tem adquirido cada vez maior relevo com base na predominância do afeto como núcleo da família, o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁵ não deixa dúvidas de que a adoção é tratada como medida excepcional, útil apenas nos casos em que não for possível a manutenção do núcleo familiar natural e justificada pela introdução do menor a uma família que lhe permitirá superar a sua memória afetiva de solidão e inexistência de convívio familiar.⁷⁶

legitimidade *ad causam* da viúva do adotante para iniciar uma ação anulatória de registro de nascimento não é objeto do presente recurso especial. Por isso, a questão está sendo apreciada em seu mérito, sem abordar a eventual natureza personalíssima da presente ação. (**REsp 833.712-RS** *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.088.157-PB**. Terceira Turma, Relator: Min. Massami Uyeda, Julgado em 23/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 21 out. 2010).

⁷⁵ ECA, Art. 19, *caput*. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (**Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 set. 2010).

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Igualdade constitucional dos filhos e dualidade de regimes de adoção (parecer). In: **TEMAS de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 2, p. 311-2.

3 DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

3.1 A investigação de parentalidade

A investigação de paternidade possui procedimento judicial próprio, sobre o qual se poderia discorrer, discutir efeitos, particularidades e questões polêmicas por inúmeras páginas sem, ainda assim, analisar inteiramente todos os aspectos envolvidos. Como este não é o tema principal deste trabalho, permitir-se-á breve exposição das questões mais pertinentes, a fim de garantir compreensão absoluta dos objetos abordados.

Conforme já estudado neste trabalho, a filiação ou, mais precisamente, a paternidade pode ser reconhecida voluntariamente. Por outro lado:

Não tendo sido obtido o reconhecimento espontâneo de parentalidade, sequer por meio da averiguação oficiosa⁷⁷, os filhos – que não estão submetidos à presunção *pater is est* – deverão obter o reconhecimento de sua condição forçadamente, através de ação investigatória, dirigida contra o suposto genitor ou os herdeiros, com o propósito de obter a regularização do *status familiae*, bem como os consectários lógicos da perfilhação, como alimentos, nome, qualidade de herdeiro necessário etc.⁷⁸

Em uma apertada síntese, com relação às questões processuais envolvidas neste tipo de ação, cumpre ressaltar sua imprescritibilidade – ainda que sejam prescritíveis ações de cunho material, que dela possam decorrer ou ser acrescidas, como petição de herança -, bem como atribuição de legitimidade ativa ao investigador – via de regra menor – ou, extraordinariamente, ao Ministério Público,

⁷⁷ Segundo breve resumo das palavras de Sílvio de Salvo Venosa, a averiguação oficiosa de paternidade é uma modalidade de reconhecimento de paternidade voluntária estabelecida pela Lei n. 8.560/92 quando, no registro, apenas a maternidade é estabelecida. Neste caso, o escrivão remeterá ao juiz uma certidão do ato, informações acerca do nome do suposto pai e dados para sua identificação, bem como declarações da mãe, cuja oitiva será determinada. O passo seguinte é a designação de data para audiência, ou intimação do suposto pai para que se manifeste, reconhecendo voluntariamente a paternidade – com respectiva averbação do registro civil – ou negando-a, ou mantendo-se silente, em face do que serão remetidos os autos ao Ministério Público para ajuizamento de ação de investigação de paternidade contra ele. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6).

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 608.

que atuará no papel de substituto sem obstar que os interessados possam requerer seu ingresso como assistentes litisconsorciais, ou até ajuizar ação própria. Além disso, o legitimado passivo será o indigitado pai ou seus herdeiros – jamais o espólio –, podendo o pólo ser ocupado inclusive pela mãe e até pela União, isto é, qualquer um cujo patrimônio possa vir a ser afetado pela sentença.⁷⁹

O artigo 363 do Código Civil de 1916 não só sequer cogitava a investigação da mãe, como restringia a três hipóteses específicas o ajuizamento da ação:

I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai; II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; e III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.⁸⁰

Felizmente, a Constituição Federal de 1988, seguindo o marco sobre cujos alicerces o Direito de Família pátrio evoluiu, não só afastou qualquer procedimento discriminatório, como estabeleceu a isonomia dos filhos e a prevalência de seus interesses com relação à manutenção do instituto do casamento.

Tanto o é que o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸¹ tratou de estabelecer que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, cuja interpretação extensiva tolhe o entendimento de que se refira à busca e à identificação exclusivamente do pai, isto é, trata-se de ação de investigação de parentalidade *lato sensu*.

Nesta esteira, atualmente, “o que se investiga, portanto, é o *estado de filiação*, que pode ter sido determinado por diferentes razões e fundamentos”.⁸² Em face disto, a questão probatória adquiriu posição de destaque neste debate, conforme comentário tecido por Maria Berenice Dias:

Das demandas que transitam pelo Poder Judiciário, no âmbito do Direito de Família, talvez seja a investigatória de paternidade a que sempre apresentou maiores dificuldades no campo probatório, sendo, por outro lado, a que mais se beneficiou com a evolução –

⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6.

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 out. 2010.

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 set. 2010.

⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 616.

quase revolução – ocorrida a partir da descoberta dos indicadores genéticos, que muito contribuem para a identificação das relações de parentesco.⁸³

Esta perspectiva leva a crer que os laços socioafetivos poderiam ser superados pela verdade biológica, facilmente ao alcance de todos, ante a disponibilidade e variedade de exames com este fim.

Mas, muito pelo contrário, a questão probatória tem papel fundamental e determinante, como já se viu, na comprovação da efetiva existência de parentalidade socioafetiva. A esse respeito:

Nessa nova arquitetura, considerada a amplitude (decorrente da inadmissibilidade de limitação ao exercício do estado filiatório) de fundamentos para a propositura da ação investigatória, tem-se, pois, como certa e incontroversa a possibilidade de invocar a *socioafetividade* como causa de pedir do pedido de investigação de paternidade ou de maternidade.⁸⁴

Cumprido ressaltar a importância do avanço nos exames biológicos, a fim de possibilitar a investigação de ancestralidade e garantir ao indivíduo o direito de conhecer seus antepassados, ainda que, por vezes, isto não surta qualquer efeito no campo do direito material ou filiatório por interesse até do investigador. A grande dificuldade com relação a este ponto é o fato de que depende do recolhimento de material genético de outrem, o que pode implicar na ausência de certeza, preenchida por presunção, que não oferece qualquer tipo de segurança jurídica.

3.1.1 Recusa no exame de DNA

Conforme já analisado, a lei estabelece uma série de presunções, a fim de garantir ao indivíduo a pertença a alguma família, núcleo sobre o qual a sociedade está baseada. Esta prática é tão antiga, que identificada por expressões latinas,

⁸³ DIAS, Maria Berenice. A investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 18-21, abr./jun. 1999. p. 18.

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 616.

quais sejam *pater is est quem nuptiae demonstrant e mater semper certa est*, referindo-se, respectivamente, ao pai e à mãe.⁸⁵

Ocorre que esta presunção tem por base o matrimônio, de modo que não deixa qualquer dúvida acerca da mãe e atribui o papel de pai a seu esposo, incondicionalmente. E ainda que a legislação pátria tenha cuidado de estabelecer um rol de hipóteses em face das quais se aplicariam tais presunções, das previsões constantes nos artigos 231 e 232 do Código Civil de 2002⁸⁶ decorre presunção de paternidade no caso de recusa à submissão de exame de DNA pelo investigado.

Segundo Rolf Madaleno:

A função da prova judicial está em convencer o juiz da autenticidade dos fatos e argumentos colacionados pela parte. [...] E os meios de prova são aqueles tidos como moralmente legítimos, e que vão especificados pelo Código de Processo Civil.⁸⁷

Dentre estas provas, destacada importância tem-se atribuído à pericial, ao ponto de ter-se criado o termo da “sacralização” do exame de DNA, em que pese sua falibilidade, cientificamente comprovada, cuja possibilidade de erros aumenta proporcionalmente ao número de testes realizados.

A despeito desta questão, que será debatida em seguida, o exame de DNA é o instrumento científico mais preciso de que se tem conhecimento, não podendo ser debatida a sua legitimidade e precisão em cada caso.

Não obstante, a exemplo do que estabeleceu o *leading case* da orientação jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de condução coercitiva de investigado a exame médico⁸⁸, não há como fazê-lo “debaixo de vara”, uma vez que representaria afronta ao princípio da integralidade humana

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁸⁶ CC, Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. (BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010.

⁸⁷ MADALENO, Rolf. A presunção relativa na recusa à perícia em DNA. In: RÉGIS, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.) **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 387.

⁸⁸ Assim foi ementado tal precedente: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de

Ora, tendo em vista a impossibilidade de coagir o investigado a submeter-se ao exame, o legislador teve de encontrar recursos a fim de evitar privilegiar aquele que se negue a realizá-lo. Ainda que o dispositivo não seja especificamente relacionado à perícia em DNA, encontrou guarida jurisprudencialmente em demandas investigatórias de paternidade, ao ponto de tal entendimento vir a ser sumulado pelo STJ.⁸⁹

Aliás, a acolhida pelos pátrios tribunais é que legitimou tal entendimento, uma vez que os referidos artigos foram alvo de crítica pela doutrina, a exemplo de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

[...] a leitura crítica e minuciosa do art. 232 do Código Civil permite concluir que não há uma *presunção legal* criada pela norma para a hipótese de recusa em submeter-se a exame médico, mas, tão somente, uma *presunção judicial*, conduzindo à fácil conclusão da *inutilidade do art. 232 do Código Civil*, por repetir o “óbvio ululante”, que é o livre convencimento motivado, decorrente do art. 131 do Código de Processo Civil e da própria Constituição da República.⁹⁰

Sem embargos, contribui para este entendimento o fato de a presunção decorrente desta hipótese ser relativa, isto é, “não há como superar os demais meios de prova em troca apenas da presunção da paternidade pela recusa de submeter-se ao exame genético [...], sendo essencial confrontá-la com o restante da prova tradicional”.⁹¹

Inclusive, o legislador se preocupou em evidenciar esta particularidade, no parágrafo único que a Lei 12.004/09⁹² adicionou ao artigo 2º da Lei de Investigação

obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 71373 / RS**. Tribunal Pleno, Relator: Min. Francisco Rezek, Julgado em 22/11/1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 out. 2010).

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 301**. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 12 out. 2010.

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 369.

⁹¹ MADALENO, Rolf. A presunção relativa na recusa à perícia em DNA. In: RÉGIS, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.) **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 391.

⁹² BRASIL. **Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009**. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm>. Acesso em: 14 out. 2010.

de Paternidade dos Filhos Havidos Fora do Casamento⁹³, na esteira do que a jurisprudência já acolhera, como se percebe do excerto de Acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Muito embora a presunção de paternidade que surge da recusa de se submeter ao exame pericial pelo método de DNA não seja absoluta, admitindo, portanto, prova em contrário, subjaz do acórdão recorrido a minudente análise do vasto conjunto probatório, a testificar favoravelmente ao pedido formulado na inicial pelo investigante, e que é suficiente para a procedência do pedido.⁹⁴

Por fim, é cediço citar recente decisão do atual Presidente da República, Sr. Luís Inácio Lula da Silva, que vetou o projeto de lei que pretendia o reconhecimento de paternidade decorrente da recusa à submissão de exame de DNA, alegando que a presunção já está estabelecida pela Lei nº 8.560/92. Ainda que sem qualquer julgamento político, e a título de curiosidade, cumpre salientar que, quase concomitantemente, era julgado – e negado - recurso oposto pelo Vice-Presidente, Sr. José de Alencar, contra decisão que admitiu sua paternidade em ação movida por Rosemary de Moraes, na comarca de Caratinga/MG.⁹⁵

3.1.2 Constitucionalidade da presunção em face da recusa ao exame de DNA

Das hipóteses de presunção de paternidade, a decorrente da negativa em submeter-se à perícia de DNA é, sem dúvida alguma, a que suscita maior polêmica. Tendo em vista que as circunstâncias estabelecidas pelo artigo 1.597 do Código Civil derivam do estado civil do casal, prescindem, portanto, de mais profundas análises probatórias.

⁹³ BRASIL. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em: 14 out. 2010.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1046105/SE**. Terceira Turma, Relatora: Min^a. Nancy Andrighi, Julgado em 01/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 out. 2010.

⁹⁵ IMPROVIMENTO dos recursos de José Alencar em caso de paternidade [notícia]. **Espaço Vital**, Porto Alegre, 01 set. 2010. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=20431>. Acesso em: 14 out. 2010.

Não obstante, o cerne da controvertida questão é o fato de que a presunção advinda dos artigos 231 e 232 do referido diploma contrapõe dois princípios fundamentais, quais sejam o da integridade física do investigado e o de identidade, do interessado.

Com relação a este, Maria Celina Bodin de Moraes estabelece seu patamar de importância:

Embora o direito à identidade pessoal pudesse, por si só, abranger tanto o direito ao nome – como normalmente se considera – quanto o direito à historicidade pessoal, isto é, o direito ao conhecimento da identidade dos genitores, servindo assim a fundamental direito à investigação de paternidade ou maternidade, o legislador [...] entendeu dispor expressamente no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido sem qualquer restrição [...]”.

A *ratio legis* está, evidentemente, na consideração de que a paternidade é um valor social eminente, e em consequência, o direito ao reconhecimento do estado de filiação surge, como um seu corolário [...].⁹⁶

Esta concepção decorre de uma evolução histórica da estrutura social. Tem-se notícia de que em sociedades antigas o filho sequer era considerado sujeito de direito, estando integralmente submetidos à autoridade do pai até o seu falecimento, quando então assumia este posto.

No fim do século XVIII, em que pese a submissão ao pai permanecesse, o Estado passou a considerar a família como um ente e as relações familiares tornaram-se de interesse público. A Constituição Federal de 1988 seguiu esta postura, estabelecendo a família como base da sociedade em seu artigo 226, mas cuidou de impor, no artigo seguinte, como seu dever o de cuidado com a criança e adolescente. Nesta senda, reconheceu o estado de filiação como um direito fundamental, dirimindo qualquer distinção categórica entre os tipos, isto é, estabelecendo a isonomia entre os filhos.⁹⁷

Na esteira deste entendimento, foi garantido aos indivíduos o ajuizamento de ação de investigação de paternidade, facilitada pela larga acessibilidade

⁹⁶ MORAES, Maria Celina. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p.219.

⁹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O exame de DNA como meio de prova: aspectos constitucionais. In: LEITE, Eduardo de (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

possibilitada com relação aos exames de DNA. Na contramão deste avanço, entretanto, está o fato de que este tipo de perícia envolve não apenas os direitos do investigador, mas também os do investigado, ambos amparado no mesmo princípio constitucional.

Paulo Luiz Netto Lôbo faz breve análise do tema, para suscitar questionamento relevante acerca do tema:

[...] seria lesivo à dignidade da pessoa humana e invasivo da intimidade, submeter alguém ao exame, extraindo-lhe uma gota de sangue, um cabelo ou um fragmento de unha? Abstraindo-se do resultado pretendido em ação de investigação de paternidade, ou de eventual interesse patrimonial, deve ser considerado o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, com relação àquele que busca conhecer sua origem genética. Negar o conhecimento da origem genética de um indivíduo não é tão lesivo ao princípio quanto o exame compulsório?⁹⁸

E responde que “o interesse sobre a origem genética não diz respeito apenas ao indivíduo, mas ao grupo familiar dele e do indigitado pai”⁹⁹.

Acrescente-se argumento de Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] a perícia compulsória se, em princípio, repugna àqueles que, com razão, vêm o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência necessária e legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique [...].¹⁰⁰

Em aprofundada exposição, Adolfo Mamoru Nishiyama corrobora com esta valoração, esclarecendo os aspectos constitucionais desta presunção¹⁰¹. Seu raciocínio parte do pressuposto que os direitos fundamentais surgem e são acolhidos pela Constituição Federal para garantir aos cidadãos proteção perante o poder estatal. Partindo desta premissa, o artigo 232 do Código Civil, em uma interpretação extensiva, preserva a dignidade da pessoa humana, os direitos de personalidade do cidadão, mormente o direito ao nome e à filiação, bem como

⁹⁸ LÔBO; Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 67-78, abr./jun. 1999. p. 70.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 70.

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização de exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 94, n. 343, p. 157-168, jul./set. 1998. p. 165.

¹⁰¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz e a presunção de paternidade: aspectos constitucionais o art. 232 do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 20, p. 33-52, out./dez. 2004.

garante a observação do princípio da paternidade responsável, no âmbito do artigo 226, §7º, da Constituição Federal¹⁰². Finalmente, em uma valoração, tendo por base os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, contrapõe estas garantias à de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si, que resta de todo superada, em face do que conclui pela constitucionalidade da presunção decorrente do artigo 232 do Código Civil.

3.1.3 Ausência de coisa julgada

Denomina-se “coisa julgada” o instituto que recai sobre pretensão preclusa ou acerca da qual houve decisão judicial transitada em julgado. O principal efeito é a imutabilidade daquela coisa julgada, seja ela formal, pela impossibilidade de interposição de novos recursos, ou material, pela impossibilidade de rediscussão da matéria em outro processo.

Via de regra, a única possibilidade de alteração de decisão transitada em julgado é o ajuizamento de ação rescisória nas ações cíveis e a revisão nas ações penais. Tratamento análogo era dispensado às ações de investigação de paternidade, como se percebe do Acórdão da relatoria do Eminentíssimo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, nos idos de 1998, assim ementado:

ACÇÃO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE. EXAME PELO DNA POSTERIOR AO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA.
1. SERIA TERRIFICANTE PARA O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO QUE FOSSE ABANDONADA A REGRA ABSOLUTA DA COISA JULGADA QUE CONFERE AO PROCESSO JUDICIAL FORÇA PARA GARANTIR A CONVIVÊNCIA SOCIAL, DIRIMINDO OS CONFLITOS EXISTENTES. SE, FORA DOS CASOS NOS QUAIS A PRÓPRIA LEI RETIRA A FORÇA DA COISA JULGADA, PUDESSE O MAGISTRADO ABRIR AS COMPORTAS DOS FEITOS JÁ JULGADOS PARA REVER AS DECISÕES NÃO HAVERIA COMO VENCER O CAOS SOCIAL QUE SE INSTALARIA. A REGRA DO

¹⁰² CF, Art. 226, § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Constituição Federal e Constituição Estadual. 2. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009).

ART. 468 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL E LIBERTADORA. ELA ASSEGURA QUE O EXERCICIO DA JURISDIÇÃO COMPLETA-SE COM O ULTIMO JULGADO, QUE SE TORNA INATINGIVEL, INSUSCETIVEL DE MODIFICAÇÃO. E A SABEDORIA DO CODIGO E REVELADA PELAS AMPLAS POSSIBILIDADES RECURSAIS E, ATE MESMO, PELA ABERTURA DA VIA RESCISORIA NAQUELES CASOS PRECISOS QUE ESTÃO ELECADOS NO ART. 485.

2. ASSIM, A EXISTENCIA DE UM EXAME PELO DNA POSTERIOR AO FEITO JA JULGADO, COM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, RECONHECENDO A PATERNIDADE, NÃO TEM O CONDÃO DE REABRIR A QUESTÃO COM UMA DECLARATORIA PARA NEGAR A PATERNIDADE, SENDO CERTO QUE O JULGADO ESTA COBERTO PELA CERTEZA JURIDICA CONFERIDA PELA COISA JULGADA.

3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.¹⁰³

A jurisprudência, com este posicionamento, viu-se no sentido oposto ao do espetacular avanço da tecnologia, que garantiu acesso praticamente irrestrito aos meios científicos e, portanto, possibilitou a uma parcela muito maior da sociedade a produção probatória com base nestes procedimentos. Aliás, como se percebe no seguinte excerto, era alvo de ataques por parte da doutrina:

A cada instante, perfilam acalentadas doutrinas que se inquietam com a imutabilidade da autoridade da eficácia da coisa julgada nas ações de verificação da vinculação biológica. MARIA BERENICE DIAS critica os tradicionais meios de prova utilizados nas demandas de investigação da paternidade, não aceitando sepultar com a autoridade da coisa julgada material, ações judiciais que simplesmente se restringiram aos tradicionais meios de prova, omitindo-se do DNA [...].¹⁰⁴

Felizmente, o direito de filiação, como direito de personalidade que é, recebeu a valorização merecida, alçado também ao posto de direito constitucional. Conseqüentemente, não tardaram a ser confrontados o direito fundamental à identidade e à segurança social, garantido pelo instituto da coisa julgada, impondo-se necessário um juízo de proporcionalidade entre eles.

Nesta senda, pesou em favor do primeiro o fato de que, apesar do largo acesso aos testes e exames genéticos, as decisões de ações de investigação de

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 107248 / GO**. Terceira Turma; Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Julgado em 07/05/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 out. 2010.

¹⁰⁴ MADALENO; Rolf. A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade. In: LEITE, Eduardo de (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 291.

paternidade baseiam-se em frágeis elementos probatórios ou até em presunções decorrentes de sua ausência. Deste modo, seria impensável que alguém fosse obrigado a sustentar indefinidamente a condição de pai de outro com quem não mantém qualquer vínculo – biológico ou socioafetivo –, ou que a falta de prova – decorrente, por vezes, até de omissão do investigado – tolhesse definitivamente a possibilidade de o indivíduo buscar direito referente à própria identidade.¹⁰⁵ Por conseguinte, sucedeu-se não uma negação da coisa julgada em ações investigatórias de paternidade, mas uma relativização do instituto. Veja-se que este aspecto conforma-se perfeitamente neste tipo de ação, uma vez que, por exemplo, a improcedência não implica na inexistência de vínculo, ou seja, não tem natureza declaratória. Ademais, a ausência probatória não permite ao juízo certeza acerca da filiação, nem de sua negativa, e a relatividade da presunção é insuficiente para uma decisão convicta, em razão do que o processo se extingue sem resolução do mérito, por falta de pressuposto eficaz ao desenvolvimento da demanda, sobre o que não recai o instituto da coisa julgada.

Como não podia deixar de ser, passa a jurisprudência a render-se a este entendimento, a exemplo do precedente do Desembargador Rui Portanova, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja seguinte passagem merece destaque:

[...] ressaltar que a rejeição da alegação de coisa julgada é mesmo adequada.

Isso porque a primeira ação de investigação de paternidade foi julgada improcedente, por falta de provas, e em uma época na qual não havia exame de DNA capaz de dirimir dúvidas.

E em casos como esse, a jurisprudência do STJ e desta Corte é pacífica e tranquila em relativizar a coisa julgada, para permitir a busca da verdade real acerca de direito fundamental de personalidade, como é o direito de filiação.¹⁰⁶

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70037796398**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Rui Portanova, Julgado em 30/09/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 14 out. 2010.

Afinal, nunca é demais reiterar “o visível caráter excepcional da mitigação da coisa julgada, lembrando se destinar a situações extraordinárias, com o objetivo de afastar absurdos, injustiças ou flagrantes atentados ao Texto Constitucional.”¹⁰⁷

3.2 A presunção de paternidade na constância do casamento

O artigo 1.597 do Código Civil¹⁰⁸ prevê especificamente as situações em função das quais aplicar-se-á a presunção de que um filho foi concebido na constância do casamento. Afora a já referida discriminação estabelecida pelo diploma, quando oferece tratamento distinto aos filhos de pais casados, a principal particularidade destas situações é sua incidência imediata.

Ora, como já manifestado, a presunção legal, decorrente do estado civil dos pais, nada mais é do que um exercício de lógica, baseando-se na fidelidade entre eles, de modo que, não praticando atos sexuais com outros, o filho só pode ser seu. Este aspecto remonta à ideia de centralização do casamento como pilar da relação familiar, mas o foi a tal ponto, que, conforme crítica da doutrina, desconsiderou o instituto da união estável, na contramão da tendência atual de valorizá-la.

O Eminentíssimo Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, do Tribunal de Justiça deste Estado, por sua vez, teceu crítica à forma como está disposta a presunção no Código Civil, chegando à conclusão, que, aliás, dá nome a seu artigo, de que “A presunção *pater est* está abolida”¹⁰⁹. Ele sustenta que a revogação do artigo 337 do Código Civil de 1916¹¹⁰, na tentativa de abolir o termo “legítimo” – com

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 656.

¹⁰⁸ CC, Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010).

¹⁰⁹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A incerteza da paternidade (certa). **Boletim IBDFAM**, São Paulo, p. 5, mar./abr. 2005. p. 5.

¹¹⁰ CC/1916, Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se contraiu de boa-fé (art. 221). (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º**

relação aos filhos -, acabou também por afastar a presunção de que são do marido os filhos concebidos na constância do casamento, defeito mantido pelo novo diploma, ao repisar os termos do artigo 338 do antigo.

A presunção decorrente do laço matrimonial também parece ir na contramão da ciência, uma vez que desconsidera a verdade real, ou seja, desconsidera a existência de exames que possam comprovar com quase absoluta certeza o vínculo biológico entre o pai e o filho. Tanto é que costumava destinar-se à presunção decorrente do casamento força absoluta, isto é, sequer admitindo tentativa probatória em contrário, tanto que era vedada a investigação de paternidade relacionada a cidadãos casados.

Felizmente, porém, parece que, influenciados pelas críticas provenientes da doutrina, nossos julgadores desapegaram-se desta tendência enfadonha, conforme expressamente citado pelo Desembargador Alzir Felipe Schmitz, da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. Não cabe o indeferimento da petição inicial por falta de interesse de agir sobrepondo a paternidade socioafetiva à paternidade biológica. Isso porque, a presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento é relativa e pode ser contestada. Outrossim, o parentesco socioafetivo e o biológico são distintos e seus efeitos merecem dilação probatória. DERAM PROVIMENTO AO APELO.¹¹¹

Afinal, trata-se de postura retrógrada, representada pela presunção decorrente do laço matrimonial entre os pais, fechar os olhos aos avanços científicos. Obviamente, impor a todos os casais a realização de exames de DNA também se trataria de ação absolutamente descabida, haja posto que desconsidera toda e qualquer relação de confiança que existe entre um casal que contrai núpcias, mas, diante da possibilidade da certeza, o instituto da presunção parece um tanto ultrapassado.

de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 out. 2010).

¹¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70026143370**. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Alzir Felipper Schmitz, Julgado em 11/12/2008. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 14 out. 2010.

3.2.1 Lapsos temporais

Schirlei Gonçalves de Oliveira afirma que a presunção de paternidade em função do laço matrimonial, muito mais do que um exercício de lógica, baseia-se em um princípio largamente utilizado pelo Direito do Consumidor, qual seja o da aparência. Nesta senda ela se apega às situações constantes nos artigos 1.599 e 1.600, de impotência do marido e possibilidade de adultério pela esposa, respectivamente, que, apesar de especificamente previstas, tornam falho o instituto da presunção.¹¹²

Alheio a isto, dentre inúmeras outras críticas, os legisladores estabeleceram, nos dois primeiros incisos do artigo 1.597, prazos com base nos quais incide presunção de paternidade de filhos concebidos na constância do casamento. A simples leitura dos referidos incisos remetem à ideia de que foram estipulados em função da expectativa máxima e mínima de duração de uma gestação.

Todavia, as constatações mais importantes a serem ressaltadas são: primeiramente, porque mais evidente, a referência do inciso I ao termo “convivência conjugal”, pois pontua que a contagem do tempo não se inicia com a celebração do matrimônio; em segundo, que os trezentos dias fixados pelo inciso II devem ser computados da separação de fato, não necessariamente do divórcio.

Ocorre que, com relação a este inciso, não só o legislador foi omissivo quanto a este fato, como foi extremamente infeliz. Tendo em vista que, mesmo que se considere a separação de fato, o prazo de dez meses, ainda que em uma hipótese teórica, é suficiente para que a esposa tenha iniciado novo relacionamento com terceiro, o qual deu origem a um bebê, cuja paternidade será atribuída ao ex-cônjuge em função da presunção.

Como bem levantaram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o artigo 1.523 do Código Civil tentou obstar essa hipótese, estabelecendo como causa suspensiva “que não deve casar a mulher nos dez meses subsequentes ao término do seu casamento anterior”, mas eles mesmos tratam de lembrar que se trata de

¹¹² OLIVEIRA; Schirlei Gonçalves de. A presunção de Paternidade e o direito de recusar-se ao exame pericial. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 51, n. 309, p. 33-61, jul. 2003.

mera recomendação, não havendo efetivamente qualquer impedimento legal.¹¹³ Em face disso, extremamente pertinente a seguinte crítica, de Washington de Barros Monteiro:

[...] aquela (hipótese) prevista no inciso II não faz qualquer sentido. A uma porque a separação, a nulidade do casamento e a anulação do casamento são, via de regra, precedidas de separação de fato entre os cônjuges, de modo que não podem os filhos havidos trezentos dias após as sentenças respectivas ser havidos presumivelmente como do marido. A duas, porque se o cônjuge simplesmente separado de fato pode constituir união estável, não é razoável presumir a paternidade do seu ex-marido.¹¹⁴

Enfim, não bastassem as críticas oriundas da desconsideração dos avanços científicos pertinentes ao instituto da presunção, o legislador pouco se esforçou para que ao menos fosse de auxílio prático, respaldando sua causa de existir. Ao menos no que tange o inciso II, torna-se praticamente inutilizável, ou, quando aplicado, latente de provocar mais injustiça do que justiça efetivamente.

3.2.2 A presunção na reprodução assistida homóloga

Os incisos III e IV do artigo 1.597 do atual Código Civil¹¹⁵ cuidam das situações referentes à reprodução assistida homóloga em função das quais se aplica a presunção de paternidade. Em que pese o legislador tenha sido omissivo quanto ao fato, o entendimento é de que o material genético do casal tenha sido colhido com consentimento mútuo.

A primeira hipótese concerne à utilização do material genético do marido após a sua morte. Com relação a este caso, mais uma vez a legislação foi omissiva, aliás, duplamente. Em primeiro lugar, porque não evidenciou a necessidade de que o falecido-doador tenha deixado autorização prévia, antes de sua morte, permitindo a utilização do seu sêmen.

¹¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹¹⁴ MONTEIRO; Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 306.

¹¹⁵ BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010.

Também não fez o legislador qualquer previsão acerca da necessidade de a mulher em quem se implantará o sêmen manter o estado de viuvez – ora, é de se admitir a hipótese de a viúva contrair novas núpcias e, ainda assim, utilizar-se do material genético do falecido, apesar do que, em função da presunção, o filho será considerado do novo marido.

Tal foi a preocupação da doutrina com estes aspectos, que procurou saná-los mediante o Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil¹¹⁶, que passou a exigir, para a incidência da presunção de paternidade, que:

[...] a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize de seu material genético após sua morte.¹¹⁷

Importante ainda salientar a questão sucessória decorrente desta norma. Cumpre registrar que a doutrina não é pacífica acerca do tema, tanto que Sílvio de Salvo Venosa¹¹⁸ é contrário ao reconhecimento do direito de sucessão a filhos concebidos *post mortem*, com base na ideia da necessidade de que os herdeiros estejam vivos no momento do óbito – com exceção, por óbvio, de previsão testamentária, quanto à prole eventual –, enquanto Sílvio Rodrigues¹¹⁹, com base no princípio da isonomia entre os filhos, pugna pelo reconhecimento dos seus direitos de herdeiros.

Cristiano Colombo filia-se ao segundo entendimento, mas apoiando-se em critério distinto:

Com a devida vênia, a harmonização dos arts. 1.597, III, e 1.798 do CCB faz concluir que a concepção destes filhos havidos por fecundação artificial homóloga tenha retroação do momento de sua concepção ao tempo em que seus genitores tinham vínculo de cônjuges (na constância do casamento) e, portanto, por presunção,

¹¹⁶ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Jornada de Direito Civil, 1**: Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 15 set. 2010.

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6.

¹¹⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: Direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 v. 6.

retroajam à época em que seu genitor estava vivo, sendo legítimos sucessores.¹²⁰

A segunda hipótese sobre a qual incide presunção no caso de inseminação artificial homóloga corresponde aos chamados “embriões excedentários”, isto é, os remanescentes de uma reprodução assistida anterior. O artigo 5º da Lei de Biossegurança¹²¹ estabelece o prazo de três anos durante os quais estes embriões devem ser preservados, se outro tempo maior não for estipulado contratualmente, até o descarte, e a regra do inciso IV do artigo 1.597 dispõe que, da utilização de um destes durante o período fixado, decorrerá a presunção da paternidade sobre o filho nascido.

A grande polêmica acerca do tema, porém, está no campo ético. Tanto que, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “a orientação da maioria dos países que legislou sobre a matéria vem sendo no sentido de evitar a produção de embriões excedentários, procurando escapar da discussão”¹²²

No Brasil, a questão foi disciplinada pelo Supremo Tribunal Federal, que editou o Informativo número 497, no qual:

Afirmou que haveria base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluísse a fertilização *in vitro*, que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal dispõem que o homem e a mulher são as células formadoras da família e que, nesse conjunto normativo, estabelecer-se-ia a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), inexistindo, entretanto, o dever jurídico desse casal de aproveitar todos os embriões eventualmente formados e que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar.¹²³

¹²⁰ COLOMBO, Cristiano. Uma Perspectiva acerca da presunção de filiação em matéria de fecundação artificial homóloga *post mortem* e da legitimidade para suceder. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 11, n. 55, p. 133-139, ago./set. 2009. p. 137.

¹²¹ BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005** [Lei de Biossegurança]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm>. Acesso em: 17 out. 2010.

¹²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI e Lei de Biosegurança -4. **Informativo STF**, n. 497, 3 a 7 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo497.htm>>. Acesso em: 18 out. 2010.

Cabe ainda salientar o Enunciado 107 da Jornada de Direito Civil, dispondo que:

[...] finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571 deste Código, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação destes embriões.¹²⁴

Esta preocupação evidentemente diz respeito à hipótese de utilização de embrião excedente pela ex-mulher após a dissolução do vínculo matrimonial entre os pais.

Finalmente, a título de curiosidade, interessante citar precedente da justiça americana, que decidiu que, após sua produção, o esperma se torna propriedade da mulher, em face do que a sua utilização para engravidar, sem autorização do homem, é passível de ação judicial, mas não caracteriza roubo.¹²⁵

3.2.3 A presunção na reprodução assistida heterologa

O inciso V, último do artigo 1.597, refere-se à presunção com relação aos filhos havidos por inseminação heteróloga, impondo especificamente a necessidade de autorização prévia por parte do marido. Em que pese, via de regra, seja procedimento utilizado nos casos em que o marido está terminantemente impedido de procriar, não há previsão legislativa expressa acerca desta condição.

Fato importantíssimo a seu respeito é o de que é a única forma de presunção absoluta de paternidade, conforme regulamentou o Enunciado 258¹²⁶ da Jornada de Direito Civil. Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lecionam:

¹²⁴ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 107. In: **Jornada de Direito Civil, 1:** Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 15 set. 2010.

¹²⁵ ESPERMA é propriedade da mulher, decide Justiça dos EUA [notícia]. **Consultor Jurídico**, 27 fev. 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-fev-27/esperma_propriedade_mulher_decide_justica_eua>. Acesso em: 19 out. 2010.

¹²⁶ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Jornada de Direito Civil, 3:** Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2010

Isto decorre, inclusive, do resguardo do anonimato do doador de sêmen, motivo pelo qual, se não fosse caso de presunção absoluta, poderia o filho ter obstada a determinação de seu estado filiatório. Permitir que o marido pudesse contestar a paternidade presumida, após ter autorizado a fertilização assistida heteróloga [...], significaria patrocinar um comportamento contraditório, cuja ilicitude é patente, caracterizando abuso de direito por *venire contra factum proprium*.¹²⁷

Todo o debate pertinente a esta prática, aliás, envolve o princípio do anonimato do doador. E a seu respeito, primeiramente, cumpre destacar que não pode ser confundido com a presunção constante no artigo 232 do Código Civil¹²⁸ de 2002, de que a recusa à submissão de exame de DNA gera presunção de paternidade. Muito embora os dois institutos possam vir a convergir em uma ação de investigação de paternidade, a presunção tem sua aplicação limitada a ações deste tipo, enquanto o princípio do anonimato é um direito garantido por nossa legislação.

Com relação a este tema, por exemplo, a França tem legislação bastante rígida, vedando ao receptor o acesso a qualquer tipo de informação a respeito do doador - exceção são os casos de necessidade terapêutica, em que, ainda assim, é reservado o direito aos dados necessários apenas aos médicos -; na Suécia, por sua vez, é garantido a todos o direito ao conhecimento da respectiva ascendência biológica, ainda que sem qualquer repercussão no âmbito jurídico, assim como na Suíça e na Alemanha.¹²⁹

Não há qualquer legislação específica acerca da reprodução assistida heteróloga, sendo que a única normatização a respeito do tema é estabelecida pela Resolução 1.358, de 1992, do Conselho Federal de Medicina¹³⁰. Neste diploma, há previsão expressa acerca da obrigatoriedade de manutenção de sigilo com relação aos dados dos doadores e receptores, que só poderá ser contornada – e, ainda assim, pendente de análise aprofundada do caso específico – em função de necessidades terapêuticas, à semelhança do aplicado na França.

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 580.

¹²⁸ CC, Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. (BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010).

¹²⁹ FALCONI, Luiz Carlos; VAZ, Vitor Junqueira. A inseminação artificial heteróloga no Código Civil de 2002: reflexos no direito à filiação. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 32, n. 2, p. 163-183, jul./dez. 2008.

¹³⁰ BRASIL. Conselho Federal De Medicina. **Resolução nº 1.358, de 19 de novembro de 1992**. [Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida]. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acessado em: 23 set. 2010.

A propósito, Paulo Luiz Netto Lôbo:

Os desenvolvimentos científicos, que tendem a grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos. Nenhuma conclusão bioética aponta para atribuir a paternidade ao doador anônimo de sêmen. A inseminação artificial heteróloga não permite o questionamento da paternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros.¹³¹

3.3 Mitigação da presunção de paternidade

A presunção, como a própria palavra indica, baseia-se em um exercício lógico baseado em indícios. Sendo assim, a presunção não representa um juízo de certeza, mas uma ideia presumida a partir de elementos fáticos e probatórios.

O legislador pátrio cuidou de estabelecer, no artigo 1.597 do Código Civil de 2002¹³², situações em função das quais os filhos presumidamente foram concebidos na constância do casamento, mas, nos artigos seguintes, também levanta condições que podem colocar em dúvida tal assumpção. Entretanto, das previsões constantes nos artigos 231 e 232 do mesmo diploma, emanam presunções adotadas analogamente em ações deste tipo, tendo por base o não cumprimento de uma determinação judicial.

Conquanto as primeiras compartilhem da relatividade – com exceção daquela decorrente da reprodução assistida heteróloga - comportam prova científica capaz de afastá-las, enquanto a segunda depende de maior repertório probatório a fim de que seja acolhida, pois insuficiente isoladamente. Em que pese em condições contrárias, tanto as presunções oriundas do artigo 1.597, quanto a do 231 e 232 estão intimamente ligadas ao exame de DNA.

Não obstante, as ações investigatórias de parentalidade admitem todo e qualquer tipo de prova – cite-se, inclusive prova ilegal, a exemplo do acórdão

¹³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 5, p. 5-22, out./nov. 2007. p. 11.

¹³² BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010.

referente ao REsp 9012/RJ¹³³ -, ao passo que a utilidade do instituto da presunção é passível de crítica e questionamento, conforme suscitou Zeno Veloso:

Assim, no espaço europeu, a aludida presunção não tem mais a força e o vigor do passado. Embora continue admitida, vem sendo acompanhada de ressalvas, limitações, restrições, tendência que está apresentando no Brasil, por obra de uma jurisprudência construtiva e renovadora.¹³⁴

3.3.1 A sacralização do exame de DNA

Este fantástico progresso científico de elucidar a filiação pelos marcadores genéticos do DNA tornou-se para o consenso jurídico uma nova tão clara e conclusiva prova, que sequer aceitam os Juízes progredir na instrução tradicional de uma ação de investigação de paternidade sem antes promover todos os esforços dirigidos para a efetivação da perícia genética.

Decisões judiciais vêm sendo encaminhadas, inclusive, no sentido de a perícia genética ser ordenada de ofício pelo Juiz, que atua em faixa própria de discricionariedade probatória, não dependendo da iniciativa dos litigantes.¹³⁵

De forma mais explícita, o que se diz é que tem sido atribuído à perícia de DNA valor absoluto, chegando-se ao ponto de desconsiderar os outros meios probatórios, ou sequer cogitar sua produção. Efetivamente não há como negar a importância deste exame, que, comprovadamente, permite um juízo de 99,9% de certeza quanto à ligação genética entre as partes investigadas, principalmente se

¹³³ Tal acórdão foi assim ementado: PROCESSO CIVIL. PROVA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFONICA FEITA PELA AUTORA DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM TESTEMUNHA DO PROCESSO. REQUERIMENTO DE JUNTADA DA FITA, APÓS A AUDIENCIA DA TESTEMUNHA, QUE FOI DEFERIDO PELO JUIZ. TAL NÃO REPRESENTA PROCEDIMENTO EM OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 332 DO CPC, POIS AQUI O MEIO DE PRODUÇÃO DA PROVA NÃO É ILEGAL, NEM MORALMENTE ILEGITIMO. ILEGAL É A INTERCEPTAÇÃO, OU A ESCUTA DE CONVERSA TELEFONICA ALHEIA. OBJETIVO DO PROCESSO, EM TERMOS DE APURAÇÃO DA VERDADE MATERIAL ("A VERDADE DOS FATOS EM QUE SE FUNDA A AÇÃO OU A DEFESA"). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. VOTOS VENCIDOS. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 9012/RJ**. Terceira Turma, Relator: Min. Cláudio Santos, Julgado em 24/02/1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=9012&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 out. 2010.

¹³⁴ VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 382.

¹³⁵ MADALENO, Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 766, p. 69-87, ago. 1999. p. 72.

posto em confronto com critérios como o da presunção, baseado puramente em indícios.

Apesar de as técnicas científicas terem permitido a expansão e um acesso quase absoluto à perícia de DNA, a grande dificuldade decorrente de sua utilização é a negativa do investigado em submeter-se a ela, que não pode ser desconsiderada em face do princípio da integralidade da pessoa humana. Como remédio jurídico para este tipo de situação excepcional, aplicou-se a presunção, sumulada pelo STJ, de que a recusa implica no reconhecimento da paternidade. Ora, se o fundamento do exame é justamente evitar a indução de presunção, a sua utilização neste caso gera uma incontrovérsia.

Por outro lado, não há como negar que, havendo um mínimo de probabilidade de erro no resultado do exame, o mesmo já é suficiente para levantar suspeitas. Ainda que os especialistas da área considerem-no capaz de permitir um juízo de absoluta certeza, alguns autores resistem em admitir sua infalibilidade, como é o caso de Alexandre Freitas Câmara:

[...] a tendência à supervalorização do exame de ADN parte de uma falsa premissa: a de que pode haver certezas ou verdades absolutas na ciência. [...] Não se quer com isso dizer, evidentemente, que ao exame de ADN se deva negar todo e qualquer valor probatório. Quer-se, apenas, que ele ocupe o lugar que lhe é devido: o de elemento que contribui para a formação do convencimento do juiz. [...] sob pena de aceitarmos como verdade absoluta e incontestável o que nada mais é do que uma grande probabilidade.¹³⁶

Este entendimento é incorporado por Zeno Veloso:

O resultado do laboratório, entretanto, não pode ser confundido com cartola de mágico, de onde saltam todas as coisas e pulam todas as respostas. Não tem sentido e não há razão para deixar de acolher a prova genética do DNA, mas ela deve estar compreendida no conjunto probatório.¹³⁷

Em suma, costumou denominar-se sacralização o fenômeno que, segundo alguns autores, supervalorizou o exame de DNA. A existência de um mínimo de possibilidade de

¹³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do "exame de DNA"? **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 80-89, fev./mar. 2008. p. 84.

¹³⁷ VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 387.

equivoco multiplica-se ante sua utilização irrestrita, muitas vezes até por laboratórios sem as devidas condições técnicas para realizá-lo, em face do que, realmente, a admissão da perícia de DNA como verdade única e absoluta pode ser temerária.

Ainda a esse respeito, não se pode deixar de considerar preocupante alerta nas palavras de Domingos Afonso Kriger Filho:

[...] em face do nosso Estatuto repressivo, destaca a doutrina que a fecundação ou inseminação artificial conduzidas ao alvedrio do consentimento da mulher pode caracterizar diversas modalidades delituosas [...].

De qualquer maneira, note o intérprete que estas condutas reprimidas pelo Direito Penal referem-se somente à fertilização levada a efeito em mulher mediante constrangimento ou sem a sua aquiescência, não havendo qualquer previsão quanto à tipicidade pelo fato de o agente subtrair ou manipular material genético de outrem sem sua autorização ou indevidamente.¹³⁸

Não obstante, penso que não há como não considerar desarrazoado o questionamento da utilização de exames genéticos como prova, principalmente se postos em confronto seus resultados com meios probatórios inegavelmente mais frágeis ou meras presunções, baseadas em indícios fáticos.

3.3.2 A “barriga de aluguel”

Também denominada gestação por substituição, dentre outros, não pode ser tratada juntamente das outras hipóteses de reprodução assistida, porque, via de regra, fecunda-se óvulo fornecido por paciente impossibilitada de engravidar ou conduzir a gestação com material genético de seu marido, introduzindo-se o embrião no útero de terceira, responsável pela gestação.

Esta prática envolve uma série de questões morais, em razão do que o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.358/92¹³⁹, que impõe uma série de requisitos para que possa ser realizada. Destacam-se: a) a obrigação de

¹³⁸ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Considerações acerca dos efeitos jurídicos do uso indevido de material genético. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 54, n. 347, p. 87-98, set. 2006. p. 96.

¹³⁹ BRASIL. Conselho Federal De Medicina. **Resolução nº 1.358, de 19 de novembro de 1992**. [Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida]. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acessado em: 23 set. 2010.

que a gestação por substituição seja conduzida por parentes até segundo grau, devendo os demais casos serem submetidos ao Conselho; b) que tenha caráter gratuito *sine qua non*, sob pena de ser considerado negócio jurídico, portanto, nulo, pois ofensivo ao disposto no artigo 199, § 4º, da Constituição Federal de 1988; e c) que tenha finalidade estritamente médica, isto é, decorrente de plena impossibilidade fisiológica de engravidar pela mãe biológica.¹⁴⁰

Relata João Guilherme Monteiro Petroni que a maior parte da doutrina condenou o conteúdo da referida resolução, referindo não ter o Conselho Federal de Medicina legitimidade para regulamentar questão de tal relevo. Por sua vez, ele defende a iniciativa:

Independentemente da legalidade ou não da mencionada resolução, bem agiu o CFM ao regulamentar a atividade médica atinente a esta modalidade de reprodução assistida, a qual, como é cediço, vem ocorrendo de há muito em nossa sociedade e que, por isto mesmo, deve receber, à míngua de enfrentamento legislativo idôneo, tratamento normativo mínimo, nem que seja via resolução do CFM.¹⁴¹

Outra questão cuja análise é pertinente é a relativização da presunção *mater semper certa est* e, por conseguinte, *pater is est*. Ora, nestes casos, não se pode apegar-se ao critério do nascimento – presume-se filho da gestante o nascituro -, muito menos de que o pai é seu marido, merecendo prestígio o critério genético.

Neste sentido, é de grande importância prática a questão do registro civil de nascimento do bebê nascido através de gestação em útero alheio. No caso de o médico responsável pelo parto ser o que cuidou do procedimento de fertilização, o registro será feito com base em declaração por ele redigida, contendo a mãe biológica. Entretanto, caso sejam distintos os médicos responsáveis por cada um dos processos, vindo o registro a ser realizado em nome da hospedeira, qualquer interessado poderá suscitar procedimento de dúvida perante a Vara de Registros Públicos a ser sanada por exame pericial de DNA.¹⁴²

¹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁴¹ PETRONI, João Guilherme Monteiro. Reprodução Assistida: a chamada “barriga de aluguel”. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 11, n. 55, p. 26-10, ago./set. 2009. p. 26.

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A filiação talvez seja a mais bela relação de parentesco existente. Não só a humanidade, mas também grande parte dos animais irracionais, estabelece uma vinculação que se baseia quase que exclusivamente no afeto entre as partes.

Mas nem sempre foi assim. A legislação brasileira, seguindo postura trazida até nós pela Coroa Portuguesa, adotou prática discriminativa com relação aos filhos denominados “ilegítimos”. Na realidade, nada mais era do que uma tentativa de preservação de uma instituição, à época, mais valorizada que a própria descendência, qual seja a do casamento.

Alguns hão de pensar que representa preocupação estritamente patrimonial, a fim de evitar práticas, tão comuns atualmente, nas quais indivíduos inescrupulosos aproveitam-se da concepção de um filho para obter benefícios em função dos direitos hereditários. E efetivamente não há como negar que, neste campo, havia uma maior proteção ao patrimônio do pai, tanto que sequer era permitido o reconhecimento de filho ilegítimo, quiçá falar sobre direitos sucessórios, mas este não era o principal fundamento desta discriminação.

A legitimidade ou não do filho era definida pela existência de laço matrimonial entre os pais. O simples fato de haver uma classificação entre os filhos já demonstra o seu caráter discriminatório, e a utilização do casamento como critério hierárquico – se é que se pode falar em hierarquia - não deixa dúvidas acerca de sua importância.

A figura do casamento representava a prevalência da moralidade e a efetiva observação de critérios rígidos para a manutenção da ordem. Na realidade, porém, tratava-se de instrumento absolutamente paliativo, uma vez que não impedia a prática de adultério, nem oferecia qualquer garantia de respeito à instituição do matrimônio, uma vez que seus efeitos repercutiam prejudicando tão somente os filhos “bastardos”, que se viam desprovidos de qualquer proteção legal.

Felizmente, nossos legisladores deram ouvidos ao que os doutrinadores já propagavam há muito, iniciando pela elaboração de lei, que permitia o reconhecimento dos então denominados indignos, até o ponto de a Constituição Federal, promulgada em 1988, passar a conter vedação expressa a qualquer prática ou até utilização de denominação pejorativa, discriminatória.

Neste mesmo sentido foi elaborado o Código Civil de 2002, muito embora seja notável que esta tendência tenha se restringido ao campo teórico. Ora, a partir do momento que o diploma atribui presunção de paternidade aos filhos concebidos na constância do casamento, mas estabelece obrigação de reconhecimento da paternidade com relação aos demais, resta afastada qualquer tentativa de tratamento isonômico entre os filhos.

Aliás, tão ultrapassada quanto esta infeliz disposição legislativa, é a presunção de paternidade em si mesmo, pensamento lógico-dedutivo que tem por base a fidelidade e o respeito à instituição do casamento.

Poder-se-ia inclusive admitir sua utilidade quando da ausência de litígio entre os pais, contudo, trata-se de um universo para o qual tal disposição poderia até ser dispensável. Além disso, o modo como a norma foi disposta permite o surgimento de ainda maiores conflitos – nos casos em que a presunção é aplicada em função dos prazos previstos pelo Código, por exemplo.

Todavia, o ponto mais polêmico desta discussão não envolve a presunção em função do casamento, mas daquela decorrente da regra constante no artigo 232 do atual Código Civil. No caso, aplica-se em função da recusa do alegado pai à submissão de exame pericial de DNA, recaindo sobre ele a presunção de paternidade.

A polêmica surge porque esta regra provoca um conflito entre princípios constitucionais, quais sejam, o da preservação da integridade física dos cidadãos, com relação àquele que não pode ser forçado a submeter-se a um exame, e o direito de personalidade, por parte daquele que pretende ter conhecimento de sua verdadeira identidade.

Faz-se desnecessário, por óbvio, afirmar o princípio que o legislador decidiu privilegiar, mas a crítica ao modo como o fez é pertinente. Mais uma vez optou pela utilização de recurso que tão somente dá solução ao caso, mas não efetivamente satisfaz a pretensão almejada.

Se realmente o cidadão pretende o conhecimento de sua verdadeira identidade – conforme o critério utilizado a fim de admitir a utilização da presunção -, a mera atribuição de um pai, ante sua rejeição a submeter-se a exame genético deveria ser insuficiente para satisfazê-lo. A presunção, na verdade, nestes casos, representa muito mais uma punição ao investigado, uma tentativa de coagi-lo a fornecer material para a realização da perícia.

Não bastasse esta contradição, também o é a utilização de um exercício de lógica – ainda que nestas circunstâncias pareça não haver muita lógica – face os inacreditáveis avanços da tecnologia. Nossa civilização tem sido brindada com procedimentos técnico-científicos cada vez mais precisos, que possibilitam quase cem por cento de certeza com relação ao vínculo genético entre duas partes, e a desconsideração destes meios é quase uma afronta.

Por outro lado, a própria doutrina tem sido responsável por um processo que se tem chamado a “dessacralização do exame de DNA”. Trata-se de uma tentativa de frear a atribuição de caráter absoluto a este tipo de procedimento, tendo em vista que, por mais próximo da perfeição, é passível de erro, cuja proporção se multiplica à medida que se multiplicam os exames. Além disso, importantes doutrinadores pugnam que o mesmo seja considerado dentro de um conjunto probatório, não bastando-se por si só

Esta pretensão, aliás, vai ao encontro da projeção que o afeto tem recebido no âmbito de todas as relações familiares. O critério socioafetivo tem sido privilegiado sempre que contraposto a outro, inclusive quando incompatível com resultados de exames de DNA.

A tendência é a separação e distinção da figura do genitor da do pai, procurando-se vincular esta segunda a uma relação baseada no carinho. A principal virtude de um vínculo estabelecido socioafetivamente é que ele se desenvolve no campo da realidade e depende única e exclusivamente da vontade das partes.

Portanto, é louvável que, cada vez mais, as relações sejam baseadas e constituídas em função do afeto. A existência de um vínculo fundado em carinho é o requisito fundamental para que um pai não represente ao filho meramente um nome no registro civil, mas o que ele realmente deve representar, isto é, alguém com quem se possa contar indiscriminadamente, que sirva de exemplo, enfim, alguém tão importante ao ponto de fazer seu próximo desejar, algum dia, ser como ele.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil [2002] e Código de Processo Civil [1973]**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Jornada de Direito Civil, 1**: Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 15 set. 2010.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Jornada de Direito Civil, 3**: Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2010.

BRASIL. Conselho Federal De Medicina. **Resolução nº 1.358, de 19 de novembro de 1992**. [Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida]. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acessado em: 23 set. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Constituição Federal e Constituição Estadual. 2. ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005** [Lei de Biossegurança]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm>. Acesso em: 17 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009**. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm>. Acesso em: 14 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>. Acessado em: 04 set. 2010.

BRASIL. **Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989.** Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1111104/lei-7841-89>>. Acesso em: 15 set. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 set. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.** Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em: 14 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.088.157-PB.** Terceira Turma, Relator: Min. Massami Uyeda, Julgado em 23/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 21 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1046105/SE.** Terceira Turma, Relatora: Min^a. Nancy Andrighi, Julgado em 01/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 107248 / GO.** Terceira Turma; Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Julgado em 07/05/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 119.866/SP.** Relator: Min. Waldemar Zveiter. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 21 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 370.067/RS.** Quinta Turma, Relatora: Min. Laurita Vaz, Julgado em 09/08/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=filhos+e+discrimina%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 20/10/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 7.631/RJ**. Quarta Turma, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo, Julgado em 17/09/1991. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 9012/RJ**. Terceira Turma, Relator: Min. Cláudio Santos, Julgado em 24/02/1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=9012&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 932.692/DF**. Terceira Turma, Relatora: Min^a. Nancy Andrighi, Julgado em: 18/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=932692&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 19 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 301**. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 12 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF**. Tribunal Pleno, Relator: Min. Aires Brito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=paternidade%20respons%E1vel&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI e Lei de Biosegurança -4. **Informativo STF**, n. 497, 3 a 7 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo497.htm>>. Acesso em: 18 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 71373 / RS**. Tribunal Pleno, Relator: Min. Francisco Rezek, Julgado em 22/11/1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 out. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do “exame de DNA”? **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 80-89, fev./mar. 2008

COLOMBO, Cristiano. Artigo: Uma Perspectiva acerca da presunção de filiação em matéria de fecundação artificial homóloga *post mortem* e da legitimidade para suceder. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 11, n. 55, p. 133-139, ago./set. 2009.

DIAS, Maria Berenice. A investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 18-21, abr./jun. 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

ESPERMA é propriedade da mulher, decide Justiça dos EUA [notícia]. **Consultor Jurídico**, 27 fev. 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-fev-27/esperma_propriedade_mulher_decide_justica_eua>. Acesso em: 19 out. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr./maio 2003.

FALCONI, Luiz Carlos; VAZ, Vitor Junqueira. A inseminação artificial heteróloga no Código Civil de 2002: reflexos no direito à filiação. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 32, n. 2, p. 163-183, jul./dez. 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Contornos sobre a prova na investigação de paternidade. **Revista IOB de direito de família**, São Paulo, v. 9, n. 48, p. 55-82, jun./jul. 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCEZ, Sérgio Matheus. Adoção no direito civil europeu e sul-americano. **Revista IOB de Direito Família**, São Paulo, v. 9, n. 47, p. 20-30, abr./maio 2008.

GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no Direito Brasileiro e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

IMPROVIMENTO dos recursos de José Alencar em caso de paternidade [notícia]. **Espaço Vital**, Porto Alegre, 01 set. 2010. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=20431>. Acesso em: 14 out. 2010.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Considerações acerca dos efeitos jurídicos do uso indevido de material genético. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 54, n. 347, p. 87-98, set. 2006.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 316, p. 19-36, fev. 2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 5, p. 5-22, out./nov. 2007.

LÔBO; Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 67-78, abr./jun. 1999.

MADALENO, Rolf. A presunção relativa na recusa à perícia em DNA. In: RÉGIS, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.) **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

MADALENO, Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 766, p. 69-87, ago. 1999.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MADALENO; Rolf. A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade. In: LEITE, Eduardo de (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 287-309.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O exame de DNA como meio de prova: aspectos constitucionais. In: LEITE, Eduardo de (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 125-132.

MONTEIRO; Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização de exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 94, n. 343, p. 157-168, jul./set. 1998.

MORAES, Maria Celina. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p.217-233.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz e a presunção de paternidade: aspectos constitucionais o art. 232 do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 20, p. 33-52, out./dez. 2004.

PAPA afirma que fecundação in vitro infringe dignidade humana: técnica é uma das únicas formas de ajudar mulheres inférteis a terem filhos. **Globo.com**, 31 jan. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL282182-5603,00-PAPA+AFIRMA+QUE+FECUNDACAO+IN+VITRO+INFRINGE+DIGNIDADE+HUMANNA.html>>. Acesso em: 15 set. 2010.

PAULA, Luiz Antônio Garrido de. Repensando na presunção de paternidade. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, n. 18, p. 38-39, jul./ago. 1997.

PETRONI, João Guilherme Monteiro. Reprodução Assistida: a chamada “barriga de aluguel”. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 11, n. 55, p. 26-10, ago./set. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70018249631**. Sétima Câmara Cível, Relator: Des^a. Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 21 out. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 595030693**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. João Andrades Carvalho, Julgado em 06/04/1995. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 18 out. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70026143370**. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Alzir Felipper Schmitz, Julgado em 11/12/2008. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 14 out. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70029363918**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em: 07/05/2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 25 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70031008634**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. José Trindade, Julgado em 03/09/2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 10 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70032527533**. Sétima Câmara Cível, Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 09/06/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 18 out. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70037233004**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Ari de Azambuja, Julgado em: 02/09/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 22 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70037796398**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Rui Portanova, Julgado em 30/09/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 14 out. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70037961901**. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 07/10/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20/10/2010.

RIZZARDO, Arnaldo. Fecundação artificial. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 18, n. 52, p. 62-78, jul. 1991.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: Direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 v. 6.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A incerteza da paternidade (certa). **Boletim IBDFAM**, São Paulo, p. 5, mar./abr. 2005.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade socioafetiva. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 90-97, fev./mar. 2008.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Igualdade constitucional dos filhos e dualidade de regimes de adoção (parecer). In: **TEMAS de direito civil** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 2.

VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 379-390.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6.

VILELA, Adriana Accioly de Lima. O artigo 27 do ECA – direito ao estado de filiação *versus* projeto de lei nº 1.184/2003 – filiação de crianças nascidas através de reprodução assistida e o anonimato do doador – uma leitura sob a ótica do princípio constitucional da dignidade. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, n. 46, p. 63-79, fev./mar. 200.