

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

SOCIAL-AFFECTIVE PATERNITY

*Juraci Costa**

Resumo: O Direito de Família vem passando por notáveis mudanças. A família não mais se restringe ao pai, mãe e descendentes biológicos. Após a descoberta do DNA, os tribunais vêm enfrentando inúmeros questionamentos sobre a definição do que vem a ser pai. O que antes era puramente uma questão de ordem biológica hoje, a paternidade, requer principalmente laços afetivos. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, velhas concepções foram postas de lado, abrindo espaço para um novo caminho, à paternidade socioafetiva ou “pai do coração”, caracterizando a família moderna unida pela afetividade. Neste artigo, procurar-se-á demonstrar que os “princípios da afetividade, da dignidade humana e do melhor interesse para a criança” permeiam a conduta e as decisões da magistratura, conectadas à realidade do mundo atual.

Palavras-chave: Direito de Família. Paternidade Socioafetiva. Paternidade Biológica. Espécies de Paternidade Socioafetiva.

Abstract: Family Law has undergone remarkable changes. The family is no longer limited to the father, mother and biological descendent. After the discovery of DNA, the courts have faced numerous disputes about the definition of what is to be a father. What was once purely a matter of biological order, today, fatherhood requires mainly emotional ties. After the promulgation of the Constitution of 1988, old ideas were put aside, making room for a new path, the social-affective paternity or "heart father", featuring the modern family united by affection. In this article, we intent to show that the "principles of affection, human dignity and the best interest of the child" permeate the conduct and decisions of the judiciary, connected to the reality of today's world.

Key words: Family Law. Social-affective paternity. Biological paternity. Species of social-affective paternity.

* Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. E-mail: jo.bnu@terra.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A família brasileira foi influenciada principalmente pelos povos romanos, inspirados na família patriarcal segundo a qual o pai era quem comandava a família e, posteriormente, pela moral cristã que instituiu ao casamento o caráter sacramental (Direito Canônico).

A figura do pai para os filhos era basicamente restrita na ausência e na repressão, valores que permaneceram arraigados por um longo período de nossa história.

Contudo, essa ordem familiar foi estremecida por impactos sociais, resultantes do grande avanço industrial, cultural, econômico e tecnológico este, em particular, aliado ao desenvolvimento genético. Essas transformações repercutiram de forma muito significativa na sociedade, adentrando a uma nova era caracterizada pela “família moderna”, surgindo, assim, um novo modelo de paternidade demonstrada pela maior participação do pai na vida de seus filhos, papéis que até então pertenciam exclusivamente às mulheres.

Nesse contexto, as características que eram inerentes da paternidade e da maternidade começaram a confundir-se, sendo que a figura do pai deixa o estado de mero coadjuvante e passa a compartilhar com a mãe as funções de criação e educação dos filhos.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao instituir o poder familiar insculpido no artigo 5º., inciso I, que trata da igualdade entre homens e mulheres. Considerou a família independentemente de casamento, admitiu a família monoparental e conferiu a todos os filhos os mesmos direitos, proibindo quaisquer discriminações relativas à filiação.

Para melhor entender o tema, é preciso compreender as várias estruturas que a família pode assumir, conforme segue: a) a família conjugal composta por um homem e uma mulher e seus filhos que podem ser de origem biológica ou adotada; b) a família monoparental composta por uma pessoa e filhos que podem resultar de origem biológica ou de adoção; c) a família ampliada (consangüínea) como extensão das relações entre pais e filhos para avós, pais e netos; d) as famílias alternativas (comunitárias) cuja responsabilidade sobre as crianças pertence a todos os integrantes; e por último, e) a família homo-afetiva que é composta por duas pessoas do mesmo sexo e que vivem maritalmente, optando por filhos estes podem ser de origem biológica proveniente de um dos parceiros ou através da adoção.

Além disso, serão analisadas também as principais questões decorrentes dessas mudanças que ocorreram em relação à paternidade e ao verdadeiro significado de ser pai. O que era apenas uma questão natural ou científica arraigada numa estrutura conservadora e patriarcal, aliada a uma legislação discriminatória que se encontrava em total desarmonia com a realidade.

No entanto, esse cenário começa a sofrer inúmeras mudanças com o advento da Constituição Federal de 1988, seguido pelo Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90), pelo Código Civil de 2002, pela Lei da guarda compartilhada (Lei 11.698/2008) e, mais recentemente, pela Lei 11.924/2009, popularmente chamada de Lei Clodovil, bem como pela Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009). Com isto, abriu-se um novo caminho no ordenamento jurídico o qual mostra que tanto a paternidade como a maternidade requer, sobretudo, o *envolvimento afetivo* e para tanto, é preciso levar em conta o melhor interesse do filho, sua proteção e dignidade, aspectos indispensáveis para o seu desenvolvimento.

2 PATERNIDADE

Nas famílias os conceitos de paternidade e maternidade têm ultrapassado os vínculos biológicos (genitor), alcançando o afeto como valor fundamental para se constituir uma família.

Os tribunais brasileiros devem estar atentos para que se faça a verdadeira justiça, pois embora o avanço da ciência e tecnologia tenha propiciado a investigação genética da paternidade (DNA - considerado a mãe das provas), nem sempre a verdade real (biológica) será melhor do que a verdade sociológica (afeto).

Segundo o Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) Rodrigo da Cunha Pereira (*apud* Tartuce 2007, p. 368) “A simples filiação biológica não é qualquer garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação e, portanto, é insuficiente a verdade biológica, pois a *filiação é uma construção que abrange muito mais que uma semelhança entre o DNA*” (grifo acrescido). Nesse sentido é este julgado:

ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA. - Apesar do resultado negativo do exame de DNA, deve ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista o *caráter sócio afetivo* da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, *como se pai e filha fossem*. Santa Catarina. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0105.02.060668-4/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: O.B.C. - Apelada: C.S.C. representada p/ mãe M.D.P. - Relatora: Des.^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto. (grifo acrescido)

De acordo com uma nova visão doutrinária e jurisprudencial o julgador não se prende simplesmente ao resultado do exame de DNA, ao decidir quem é o pai de uma pessoa levará em conta a relação afetiva que eles mantêm entre si. Jaqueline F. Nogueira esclarece

que a certeza biológica da paternidade (genitor), não está necessariamente interligada ao vínculo afetivo:

A certeza trazida pelo avanço científico, juntamente com averiguação oficiosa da paternidade, tem demonstrado que a grande maioria dos homens considerados pais e obrigados a assumir uma paternidade que não desejam, dentro da idéia constitucional de paternidade responsável, *mesmo condenado a reconhecer o filho, dando-lhe o nome e pagando alimentos, desconhecem a existência dele, não o visitam, não mostram qualquer vínculo afetivo com essa criança* (NOGUEIRA 2001, p. 82-83). (grifo acrescido)

Sendo assim, a paternidade biológica pode ser imposta através de sentença judicial, todavia se o pai não praticar a paternidade responsável com o coração e sim apenas por obrigação, nunca será um pai em toda a sua plenitude.

2.1 EFEITOS DA PATERNIDADE

A partir da Constituição Federal de 1988, foi estabelecido que o pai tem o dever de respeitar e promover o bem de todos os filhos, independente de qualquer origem, seja ela matrimonial ou extramatrimonial, natural ou civil.

O artigo 227 coloca como prioridade e assegura os direitos fundamentais: “[...] o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar”.

Seus efeitos começam a ser sentidos por força de presunção legal, conforme estabelece o artigo 1.603 do Código Civil de 2002 que a filiação prova-se pela certidão de nascimento, podendo ser biológica ou não biológica. Também pode ser através do reconhecimento voluntário do próprio pai, nos termos do artigo 1.609 do Código Civil ou também através de sentença judicial, nos casos de adoção ou reconhecimento forçado através de via judicial (investigação de paternidade), nos termos dos artigos 1.616 e 1.628 do Código Civil de 2002.

A paternidade além de produzir efeitos no âmbito pessoal (uso do nome) e social (*status* de filho) produz efeitos nas relações econômicas e patrimoniais, gerando reflexos no direito das obrigações, como prestar alimentos e pleitear alimentos, nos termos do artigo 229 da Constituição de 1988, já no âmbito da responsabilidade civil, o pai responde pelos atos dos filhos enquanto menores ou incapazes e por último no direito sucessório o direito a herança.

3 PATERNIDADE BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA

A paternidade biológica está relacionada à consangüinidade, demonstrada sua autenticidade através de exames de engenharia genética (DNA), ela pode ser decorrente de casamento ou união estável ou até mesmo de relações paralelas a estes; ou também em decorrência do pai ou mãe biológico na família monoparental.

Ao passo que a paternidade socioafetiva é demonstrada através do vínculo afetivo “pai do coração”, o verdadeiro pai é aquele que ama independente de consangüinidade, é aquele que cria o filho por mera opção, assumindo para si os deveres de guarda, cuidado, educação e proteção.

A partir da Constituição Federal de 1988, a família afetiva foi constitucionalmente reconhecida, o afeto passou a exercer um relevante papel, delineando as relações familiares os novos modelos de paternidade, mostrando que a paternidade biológica não exerce mais superioridade sobre a paternidade afetiva. Maria Berenice Dias esclarece esse assunto:

[...] nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade tem pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto assim que se estabeleceu a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera. Se durante muito tempo por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos confundiam-se essas duas figuras, hoje possível é identificá-las em pessoas distintas (DIAS, 2009, p. 331).

A filiação socioafetiva é aquela que se constrói e que se encontra alicerçada na afetividade, proteção criada pela doutrina e que passa a ter grande eficácia nos Fóruns e tribunais “a desbiologização da paternidade” traduzida pelo brocado popular “pai é aquele que cria”.

O Código Civil de 2002, ao dispor em seu artigo 1.593 “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem” ampliou mais uma possibilidade: o reconhecimento da filiação em razão da *posse do estado de filho*.

José Bernardo Boeira entende que: “[...] a posse do estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai” (BOEIRA, 1990, p 60)

A doutrina em sua grande maioria considera de grande importância três elementos que são requisitos para identificar a posse do estado de filho:

Nome: atribuição do nome do pai ao seu filho; Trato: caracteriza-se pelo comportamento expressando amor, carinho, assistência e tudo o mais que um pai faria por seu filho; Fama: Comportamento social perante a sociedade expressando a aparência do vínculo que envolve pai e filho.

Luiz Edson Fachin (1992) explica que nem sempre é necessário que se preencha os três elementos que a doutrina aponta como determinantes para a caracterização da posse do estado de filho, diante da grande diversidade de situações que se apresentam, sendo necessário um estudo individualizado de cada caso concreto.

Diante do que a doutrina nos apresenta no que concerne a “posse do estado de filho” a jurisprudência vem referendar e ratificar esse entendimento, mostrando claramente os avanços na seara do Direito de Família.

FILHO DE CRIAÇÃO – ADOÇÃO - SOCIOAFETIVIDADE. No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessário que esteja efetivamente consolidada. A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. *Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não de posse de estado, revelando quem efetivamente são os pais. (...)*. (TJ-RS – Ap. Cív. 70007016710 – 8ª Câmara Cív. – Rel. Des. Rui Portanova, - Julg. em 13-11-2003). (grifo acrescido)

No que tange as questões em que envolvam o direito sucessório na posse do estado de filho em que este não foi registrado no nome do pai socioafetivo, a jurisprudência na sua grande maioria vem considerando como prova inequívoca a adoção tácita considerando que a paternidade afetiva é um ato de opção. Neste sentido, encontramos este julgado:

ADOÇÃO PÓSTUMA – (...) - FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA. Abrandamento do rigor formal, em razão da evolução dos conceitos de filiação sócio-afetiva e da importância de tais relações na sociedade moderna. Precedentes do STJ. Prova inequívoca da posse do estado de filho em relação ao casal. Reconhecimento de situação de fato preexistente, *com prova inequívoca de que houve adoção tácita, anterior ao processo, cujo marco inicial se deu no momento em que o casal passou a exercer a guarda de fato do menor*. Princípio da preservação do melhor interesse da criança, consagrado pelo ECA. Reconhecimento da maternidade para fins de registro de nascimento. Provisão do recurso. (TJ-RJ – Ap. Cív. 2007.001.16970 – 17ª Câmara Cív. – Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza – Julg. em 13-6-2007). (grifo acrescido)

Diante de todas essas modificações que sofre a estrutura familiar moderna, abre-se um novo caminho no direito de família no que diz respeito principalmente à relação de parentesco resultante de um novo relacionamento dos genitores, após a separação, representando um grande desafio na convivência familiar.

Neste sentido foi sancionada a Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009, conhecida popularmente como a "Lei Clodovil", que permite o enteado ou enteada adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. O deputado Clodovil Hernandez em seu projeto inspirou-se em sua própria vida, visto que foi adotado pelo casal Domingos Hernandez e Izabel Sanches Hernandez ele pretendeu favorecer as pessoas que criavam os filhos de seus companheiros ou companheiras, como se seus próprios filhos o fossem.

Esta Lei modifica o artigo 57 da Lei de Registros Públicos Lei nº 6.015, de 32 de dezembro de 1973 que passa a vigorar acrescido do parágrafo 8º do qual prevê que: “o enteado ou enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos parágrafos 2º e 7º, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja a expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.”

A Lei é clara ao dispor que não será suprimido o sobrenome do registro de nascimento e sim lançado ao lado deste o nome de família do padrasto/madrasta.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), também reconhece a parentalidade socioafetiva, em seu artigo 50 considera como família “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. Sendo assim qualquer pessoa poderá ocupar o lugar de pai, desde que exerça tais funções, demonstrando o mesmo carinho, afeto que um pai deveria ter por seu filho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu em seu artigo 48 que a adoção é irrevogável. Levando em consideração o melhor interesse da criança, essa regra jurídica procurou evitar que, uma vez constituída a filiação, ela não pudesse ser revogada, tornando a adoção de caráter irrevogável, salvo os casos em que ocorrer a perda do poder familiar. Encontramos neste sentido esse julgado do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade c.c. declaratória de nulidade de registro civil. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido. - *O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto. - Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigador para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano – tão falho por muitas vezes – livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução. Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-pais. - O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o “pai registral” foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto. - **Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto***

for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento. - *A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto.* Recurso especial conhecido e provido. RECURSO ESPECIAL Nº 1.003.628 - DF (2007/0260174-9) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. RECORRIDO: J N DA S N. ADVOGADO ANTÔNIO JUSTINO DA SILVA. INTERES: F L E DE S N (MENOR). REPR. POR: I C E DE S. ADVOGADO: MARIA DE FÁTIMA DA SILVA MELO. (grifo acrescido)

Neste julgado a relatora Ministra Nancy Andrichi com grande maestria explicou que os relacionamentos podem vir a ter um fim, porém a paternidade socioafetiva, através do reconhecimento voluntário não pode ser excluída jamais. Portanto a de prevalecer sempre à melhor solução que tutele o melhor interesse da criança, protegendo e resguardando esses seres indefesos do desamparo provindo da ruptura de suas famílias.

4 ESPÉCIES DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A paternidade socioafetiva é prevista na adoção, na posse do estado de filho e na inseminação artificial heteróloga.

No Brasil encontramos dois tipos de Adoção: a primeira seria a adoção legal também conhecida como filiação civil, regulamentada e reformulada pela nova Lei de Adoção Lei n.º 12.010/2009, Código Civil de 2002 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A adoção legal visa todo um procedimento jurídico, onde são tomadas todas as medidas necessárias para assegurar que a criança seja acolhida no novo lar como filho do coração.

A nova Lei de adoção inovou dando prioridade a família ampliada no processo de adoção, para que parentes mais próximos com os quais a criança ou adolescente conviva e mantenha laços de afinidade e afetividade tenha prioridade na adoção.

A segunda adoção não é prevista em lei, conhecida pela doutrina como adoção à brasileira é uma forma de procedimento muito usada em nosso país, em que o pai registra o filho como se seu próprio fosse desconsiderando totalmente os trâmites legais do processo de adoção.

O Código Civil em seu artigo 1.605 e seus incisos prevê que na falta, ou defeito do registro de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito prestigiando o *princípio da aparência*, caracterizando a *posse do estado de filho* que foi abordado no item anterior deste artigo.

E por último abordaremos a paternidade socioafetiva na inseminação artificial heteróloga que consiste na coleta de 50% do material genético da mãe (óvulo) e os outros 50%, de um terceiro anônimo (doador do sêmen).

Portanto, essa presunção de paternidade é exclusivamente baseada na verdade afetiva, desde que tenha havido prévia autorização do marido, conforme prevê o artigo 1.597, inciso V, do Código Civil de 2002. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a retratação, desde que tenha ocorrido prévia autorização, configurando a paternidade afetiva desde o momento da concepção.

Silmara Juny Chinelato (2004) esclarece que a autorização do marido não pode ter caráter eterno, sendo que sua validade permanece condicionada à duração da sociedade conjugal.

Cabe salientar que, de acordo com o Código Civil brasileiro, o reconhecimento da paternidade socioafetiva é um ato voluntário, irreversível (artigo 1.610) sendo, portanto, inadmissível o arrependimento, somente podendo ser impugnado nas hipóteses em que houver erro ou falsidade do registro (artigo 1.604), ou nas hipóteses em que for desconstituído o poder familiar (artigo 1.638). Neste sentido, merece colação o seguinte julgado, *in verbis*:

EMENTA: CIVIL. FAMÍLIA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO VISANDO À ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL PARA EXCLUSÃO DA PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DIREITO INDISPONÍVEL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 267, VI, DO CPC. O estado de filiação é direito indisponível, não se submetendo à transação pelas partes. É juridicamente impossível o pedido de homologação de acordo visando à anulação do registro civil para exclusão da PATERNIDADE, ainda que exista exame de DNA dando conta da inexistência de vínculo biológico entre as partes. Apelação Cível n. 2008.005142-7, de São Miguel do Oeste Relator: Luiz Carlos Freyesleben Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil. Data: 05/10/2009. (grifo acrescido)

Portanto, desde que consolidada a paternidade socioafetiva está não poderá ser impugnada em hipótese alguma, nem mesmo através de acordo das partes.

5 INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA E A POSSIBILIDADE DO FILHO IMPUGNAR A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Conforme mencionado acima é vedado ao pai o arrependimento, salvo as exceções citadas no item 3, mas quanto aos casos em que o filho socioafetivo entra com uma ação judicial com intuito de impugnar a paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, veremos como nossas leis e tribunais se posicionam a respeito desse assunto.

A Lei de Adoção n.º 12.010/2009 prevê em seu artigo 48 que: “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Wania Andréa Campos, em seu livro *O direito à busca da origem genética* (apud Dias 2009, p. 358), afirma:

Assim, ainda que detenha o autor a **posse de estado de filho**, tal não obsta a propositura da ação visando a descoberta da verdade biológica. Só impede que se produza a alteração no assento de nascimento do investigante. Precisa ser assegurado ao autor o direito de conhecer suas origens, sem que essa identificação importe em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva, pois não pode valorar a identidade biológica sobre os laços afetivos.

Neste sentido encontramos este julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. O direito à apuração do verdadeiro estado de filiação biológico torna imprescritível a investigatória de paternidade, permitindo o conhecimento da real origem da pessoa, sem que isso guarde relação com sua idade. *Todavia, a comprovação da filiação sócio-afetiva entre o investigante e seu pai registral afasta a possibilidade de alteração do assento de nascimento do apelante, bem como qualquer pretensão de cunho patrimonial.* Sentença desconstituída para que prossiga a instrução. Deram provimento à apelação, por maioria. (segredo de justiça) (Apelação Cível Nº 70010323996, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: José Carlos Teixeira Giorgis, Redator para Acórdão: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 27/04/2005). (grifo acrescentado)

Seguindo a mesma linha dos doutrinadores que são a favor da investigação da paternidade biológica, Sérgio Gisckow Pereira (apud Dias 2009, p. 364) esclarece:

[...] A consolidação de uma paternidade ou maternidade socioafetiva não pode impedir que o filho busque conhecer inclusive judicialmente, sua genealogia, suas raízes, suas origens, seus antepassados. Além do direito de personalidade envolvido, manifesto o interesse jurídico em tal descoberta, em face dos impedimentos matrimoniais, do sofrimento psicológico e emocional decorrente do desconhecimento das origens, das compatibilidades em doações de órgão, da análise de doenças geneticamente transmissíveis.

O ordenamento jurídico brasileiro não permite a desconstituição da paternidade socioafetiva nos casos de adoção, posse de estado de filho e inseminação artificial heteróloga, pois seria muito injusto um pai afetivo ver seu filho entrar com uma ação de investigação de paternidade e ver ser desconstituída uma relação que perdurou por anos. Sem dúvida é um assunto que gera muita polêmica na doutrina e nos nossos tribunais, se por um lado está o direito fundamental de o filho conhecer sua ascendência genética (princípio do melhor interesse da criança, princípio da identidade), por outro está o direito do doador para ser preservada a sua identidade (princípio da privacidade e da intimidade).

Paulo Luiz Netto Lobo (2003) esclarece que nos casos de inseminação artificial heteróloga, em que o filho socioafetivo deseja conhecer a sua origem genética, a ação correta não seria a de investigação de paternidade, mas sim *ação de conhecimento de identidade genética*, pois se trata de pedido de procedência genética e não de paternidade. Juliane Fernandes Queiroz é muito clara ao explicar a impossibilidade do filho negar a paternidade socioafetiva:

Filhos são filhos, sem qualquer distinção – é um preceito constitucional. O vínculo de filiação estabelecido na adoção produz os mesmos efeitos que aquele estabelecido entre o pai socio-afetivo e o filho inseminado artificialmente. Não se pode, pois, admitir uma distinção no direito de ação, concedendo ao filho reconhecido o direito de impugnar a paternidade em busca de um vínculo biológico, desde que isso não possa ocorrer ao liame fundado pela adoção (QUEIROZ, 2001. p.165). (grifo acrescido)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que deve prevalecer o anonimato do doador:

[...] o anonimato das pessoas envolvidas deve ser mantido, mas devem ceder à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito brasileiro dos *direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade*, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens (GAMA, 2003. p. 803). (grifo acrescido)

A única regulamentação sobre o tema é a Resolução n° 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, que prevê no inciso IV, n° 2 e 3, o anonimato dos doadores e receptores. Assim sendo, deve ser mantido não só o anonimato do doador, mas também o sigilo do casal que busca as técnicas de reprodução assistida, de modo a resguardar o direito à intimidade das pessoas envolvidas.

Em resumo este assunto causa grandes divergências por envolver aspectos morais, éticos e psicológicos, apesar desta prática já ocorrer no país a mais de 26 anos (primeiro bebê de proveta do Brasil, nascida em 7 de outubro de 1984), não existe ainda legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro versando especificamente sobre essa matéria.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família retrata um imenso universo de lutas, seja para dissolver os núcleos familiares, seja para consolidar e compor mecanismos a fim de atender as esperanças sociais e individuais, buscando pelo amor e respeito mútuos no ambiente familiar.

Diante das novas formas de família, vimos que são inúmeras as situações fáticas que enfrentamos no campo da paternidade/filiação, colocando em conflito diversos interesses, como o direito do filho socioafetivo conhecer sua identidade genética, o direito do pai de criação ser reconhecido como pai, o direito da criança ter um pai e tantas outras questões a serem resolvidas pelo poder judiciário.

O estudo no âmbito do direito de família é fascinante por abordar um tema que percorre por todas as hastes sociais, sendo que para os operadores do direito mister se faz desprezar os preconceitos desprovidos de base científica e atentar para as mudanças que se fazem necessárias, como a possibilidade da transformação do poder familiar para a autoridade parental. A legalização do casamento de pessoas do mesmo sexo e a possibilidade de terem filhos e que estes sejam registrados com o nome de ambos os pais ou mães, além da criação de lei específica sobre a inseminação artificial heteróloga esclarecendo as questões concernentes ao direito do filho de conhecer a sua origem genética em contraposição ao direito do sigilo do doador bem como maiores esclarecimentos nas possíveis demandas que envolvam o direito sucessório.

Pretendeu-se com a elaboração deste artigo ilustrar a relevância da figura paterna e esclarecer que nos casos de conflito entre a paternidade jurídica derivada da lei, a biológica que deriva da identidade genética entre pai e filho e a socioafetiva que se constitui através da afinidade entre pai e filho. Acresça-se que a doutrina e a jurisprudência entendem que prevalece a verdadeira paternidade é a que está alicerçada nos laços de afeto, a paternidade socioafetiva.

Frente ao exposto, constatou-se que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e Adolescente estabeleceram como fundamentos do tema os princípios da *dignidade, afetividade, da proteção e do melhor interesse para a criança*, devendo tais princípios permear a conduta e as decisões da magistratura que deve estar atenta à realidade e as mudanças do mundo atual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Maria da Penha. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 6 jun. 2009.

BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 2 jun. 2009.

BRASIL. Lei Clodovil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm. Acesso em: 6 jun. 2009.

BRASIL. Lei de Adoção n.º 12.010/2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm Acesso em: 6 jun. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação cível n.º 1.0105.02.060668-4/001, 8.º Câmara, Seção de Direito Privado - Comarca de Governador Valadares - apelante(s): o.b.c. - apelado(a)(s): c.s.c. representado(a)(s) p/ mãe m.d.s.p.o.c.s.p. - Relatora: Exm.ª. Sr.ª. Des.ª. Teresa Cristina Da Cunha Peixoto. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/>. Acesso em: 6 jun. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ap. Cív. 70007016710 – 8.ª Câm. Cív. – Rel. Des. Rui Portanova, - Julg. em 13-11-2003. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 6 jun. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. Cív. 2007.001.16970 – 17.ª Câm. Cív. – Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza – Julgado em 13-6-2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 10 ago. 2009

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2008.005142-7, de São Miguel do Oeste. Relator: Luiz Carlos Freyesleben Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil Data: 05/10/2009 Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/jur/estruturajudiciaria.htm>. Acesso em: 20 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70010323996, Sétima Câmara Cível, Relator Vencido: José Carlos Teixeira Giorgis, Redator para Acórdão: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 27/04/2005) Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 3 jan. 2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.003.628 - DF (2007/0260174-9) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. RECORRIDO: J N DA S N. ADVOGADO: ANTÔNIO JUSTINO DA SILVA. INTERES. : F L E DE S N (MENOR). REPR. POR : I C E DE S. ADVOGADO: MARIA DE FÁTIMA DA SILVA MELO. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702601749&dt_publicacao=10/12/2008 Acesso em: 20 dez. 2009.

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

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentário ao código civil: do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 p. 331-358-364.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

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

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 19, Síntese, p. 133-156, ago./set. 2003.

NERY, Nelson Jr. *Vade mecum acadêmico & profissional*. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz 2008.

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

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: família*. Flávio Tartuce, José Fernando Simão. São Paulo: Método, 2007. v. 5.