

ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO

Aos 29 de Abril de 2015 realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 12h30, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado (a) **Roberta Ventura Dias de Freitas**, intitulada *Aplicação do VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM no Direito de Família : Ação Vindictória do filho x Adoção à Brasileira*, estando presente o (a) Orientador(a) prof.(a) **Cristiano Chaves de Farias**, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Lara Rafaelle Pinho Soares** e Prof(a) **Ermiro Ferreira Neto** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Cristiano Chaves de Farias	7,0	
Lara Rafaelle Pinho Soares	7,0	
Ermiro Ferreira Neto	7,0	

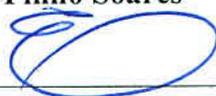
Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Prof. Orientador
Cristiano Chaves de Farias



Membro da Banca Examinadora
Lara Rafaelle Pinho Soares



Membro da Banca Examinadora
Ermiro Ferreira Neto

Salvador, 29 de Abril de 2015

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**
Instituto Baiano de Direito e Justiça



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROBERTA VENTURA DIAS DE FREITAS

**APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NO
DIREITO DE FAMÍLIA: AÇÃO VINDICATÓRIA DO ESTADO
DE FILHO X ADOÇÃO À BRASILEIRA**

Salvador
2014

ROBERTA VENTURA DIAS DE FREITAS

**APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NO
DIREITO DE FAMÍLIA: AÇÃO VINDICATÓRIA DO ESTADO
DE FILHO X ADOÇÃO À BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTA VENTURA DIAS DE FREITAS

APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NO DIREITO DE FAMÍLIA: AÇÃO VINDICATÓRIA DO ESTADO DE FILHO X ADOÇÃO À BRASILEIRA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2015

Aos meus pais, pela confiança depositada e por nunca medirem esforços para me ajudar.

À minha filha, Giulia, razão de todas as minhas lutas e conquistas, pela compreensão e incentivo

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor e orientador Cristiano Chaves de Farias, que de maneira bastante acessível e companheira, confiou no meu lacunoso tema, incentivando-me e engrandecendo este trabalho com sua experiência profissional.

À Nara, amiga sempre presente e parceira, principalmente neste momento difícil e importante da minha vida.

Aos meus pais, pelo apoio recebido para que fosse possível finalizar este trabalho.

À minha filha, pelo incentivo constante, companheirismo e compreensão, indispensáveis para concluir mais esta etapa da minha vida.

Meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a possibilidade da aplicação do instituto do *venire contra factum proprium* nos casos envolvendo a ação vindicatória do estado de filho e a "adoção à brasileira". Nesse contexto, analisa-se o instituto do *venire contra factum proprium*, examinando os seus requisitos e fundamentos, relacionando-o com o exercício do abuso do direito, proteção da boa-fé e da legítima confiança, além de abordar as consequências da sua aplicação. Em seguida, trata do tema da filiação, através dos critérios determinantes desta, das formas de reconhecimento de filhos e das espécies de ações existentes, nos casos em que o reconhecimento necessita ser forçado. O trabalho segue com o conceito de "adoção à brasileira" e as consequências jurídicas e sociais dela decorrentes. Por fim, aborda o *venire* nas relações de família, analisando a compatibilidade com os princípios e normas do ramo do Direito a que pertence. O resultado obtido com este estudo aponta no sentido de que o pai biológico, da mesma forma que o pai socioafetivo, mesmo que adotante de forma ilegal e a genitora da criança envolvida na situação, devem respeitar a confiança depositada com o seu comportamento inicial, para que a legítima expectativa criada não seja frustrada por uma conduta posterior e contrária. Apesar das peculiaridades encontradas na ação vindicatória quando envolve a "adoção à brasileira", esta não está imune à aplicação do *venire contra factum proprium*.

Palavras-chave: *venire contra factum proprium*; boa-fé objetiva; legítima confiança; ação vindicatória do estado de filho; filiação; "adoção à brasileira".

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM	10
2.1 CONCEITO	10
2.2 FUNDAMENTOS	12
2.2.1 Boa-fé objetiva	12
2.2.2 Confiança	15
2.2.3 Abuso do Direito	16
2.3 PRESSUPOSTOS	19
2.3.1 Factum proprium	19
2.3.2 Venire	21
2.3.3 Legítima expectativa	22
2.3.4 Legitimidade de sujeitos	23
2.3.5 Dano	24
2.4 CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS	24
2.4.1 Limitação ao exercício de um direito	24
2.4.2 Restabelecimento da Coerência	25
2.4.3 Indenização	26
3 DA FILIAÇÃO E RECONHECIMENTO DE FILHOS	26
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	29
3.1 CONCEITO	30
3.3 CRITÉRIOS DETERMINANTES DA FILIAÇÃO	31
3.3.1 Critério legal	31
3.3.1.1 Filiações decorrentes de fecundação sexual	32
3.3.1.2 Reprodução medicamente assistida	35
3.3.2 Critério biológico	37
3.3.3 Critério afetivo	39
3.4 O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILHOS	41
3.5 O RECONHECIMENTO FORÇADO DE FILHOS	44
3.5.1 Ações relativas ao estado filiatório	44
3.5.1.1 Ação negatória de paternidade ou maternidade	44

3.5.1.2 Ação investigatória de parentalidade	45
3.5.1.3 Ação vindicatória do estado de filho	46
3.5.2 Legitimidade ativa e passiva	47
3.5.2.1 Ação negatória de paternidade ou maternidade	47
3.5.2.2 Ação investigatória de parentalidade	47
3.5.3 Natureza jurídica e imprescritibilidade	49
3.5.3.1 Ação negatória de paternidade ou maternidade	49
3.5.3.1 Ação investigatória de parentalidade	50
4 "ADOÇÃO À BRASILEIRA"	53
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	53
4.2 CONCEITO	54
4.3 CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS	55
4.3.1 Criminais	55
4.3.2 Civis	57
4.3.3 Sociais	63
5 APLICAÇÃO DO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PRPOPRIUM</i> NO DIREITO DE FAMÍLIA NOS CASOS ENVOLVENDO AÇÃO VINDICATÓRIA DO ESTADO DE FILHO E "ADOÇÃO À BRASILEIRA".	65
5.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES	65
5.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	65
5.1.2 Princípio da solidariedade	66
5.1.3 Princípio da isonomia	66
5.1.4 Princípio da afetividade	67
5.1.5 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	68
5.1.6 Princípio da paternidade responsável	69
5.2 APLICAÇÃO	70
6 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o vínculo parental e pretende analisar a viabilidade da aplicação do instituto do *venire contra factum proprium* no Direito de Família, nos casos envolvendo a ação vindicatória do estado de filho e a “adoção à brasileira”, a fim de proteger o vínculo jurídico da filiação.

A questão aparece em decorrência do novo dimensionamento que é dado ao tema das relações de parentesco, em especial da filiação, trazendo problemas jurídicos e sociais. O que se percebe é uma insuficiência legislativa para a solução de inúmeros casos, muitas vezes caracterizados como verdadeiros *hard cases*.

A ideia deste recorte epistemológico surgiu, enquanto aluna da disciplina Direito de Família, quando foram apresentados casos de pais socioafetivos que haviam registrado filhos de suas companheiras, como se fossem seus, cientes da ausência do vínculo genético, e que, posteriormente, quando terminado o relacionamento com a genitora, procuravam meios jurídicos de desfazer a declaração de paternidade, sob a alegação de não serem o pai biológico. A ação negatória de paternidade, na maioria dos casos (presentes o vínculo socioafetivo e a confiança legítima despertada), era julgada improcedente, sob o fundamento da proibição do comportamento contraditório, em nome da boa-fé objetiva e da tutela da confiança.

Entretanto, não era verificada a aplicação do instituto do *venire contra factum proprium* com relação ao pai biológico, quando, através de comportamento omissivo, deixava de exercer o direito/dever de ser pai e, posteriormente, violando as expectativas legítimas despertadas envolvendo a “adoção à brasileira”, vindicava o estado de filho para si.

Os casos descritos colocam em colisão a realidade biológica, evidenciada no Direito de Família brasileiro nos anos 80 e 90, e a realidade socioafetiva, que vive seu apogeu de valorização a partir do início do novo século.

Este trabalho não pretende analisar qual é o vínculo prevalecente nos casos descritos, mas demonstrar a viabilidade técnica da aplicação do *venire contra factum proprium*, nos casos em que o pai biológico propõe uma ação vindicatória contra o registro anterior, realizado por um terceiro, fazendo uma análise frente à realidade socioafetiva, envolvendo a “adoção à brasileira”.

O primeiro capítulo trata do instituto do *venire contra factum proprium*, seus requisitos, fundamentos e consequências da sua aplicação.

O segundo capítulo aborda a filiação e o reconhecimento de filhos, trazendo o conceito de filiação, critérios de determinação deste vínculo parental, formas de reconhecimento e tipos de ações utilizadas neste contexto.

O terceiro capítulo conceitua a "adoção à brasileira", as consequências jurídicas e sociais de sua realização e a importância da formação do vínculo afetivo neste caso.

O quinto capítulo utiliza os fundamentos expostos nos capítulos anteriores e os princípios incidentes no caso para concluir se é possível a aplicação do *venire contra factum proprium* no Direito de Família, nos casos envolvendo a ação vindicatória do estado de filho e a "adoção à brasileira".

Pesquisa de fundamental importância para resolver *hard cases* que envolvem o critério biológico e socioafetivo de filiação, que repercutem diretamente na vida das crianças e adolescentes. Situações estas que não encontram soluções legislativas.

Além disso, comprova a extensa aplicabilidade da boa-fé objetiva e da tutela da confiança no Direito como um todo, não somente no âmbito dos contratos.

2 VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

A compreensão deste instituto será analisada neste capítulo, destacando-se seu conceito, seus fundamentos, requisitos e consequências jurídicas.

2.1 CONCEITO

A dignidade da pessoa humana e a solidariedade, respectivamente descritas nos artigos 1º, III e 3º, I da Constituição Federal de 1988¹, refletem a necessidade de um comportamento conforme a boa-fé, além de estarem inseridas nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Indivíduos pertencentes a um grupo social, ao optarem por determinado comportamento dentre vários possíveis, devem considerar a repercussão na esfera dos interesses alheios, para que seja atendida a busca de uma sociedade justa e solidária. Esta consideração significa adotar um comportamento segundo a boa-fé.

A boa-fé é norma de conteúdo negativo, pois proíbe as condutas que se mostrem desleais ou desonestas, mas também positivo, impondo que o agente seja solidário e cooperativo em relação aos demais integrantes do grupo social. "A intensidade dessas normas de conduta originárias da boa-fé será inversamente proporcional ao tamanho desse mesmo grupo, e diretamente proporcional à intensidade das relações entre os seus membros".²

Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro ressalta que o *venire contra factum proprium* está inserido no contexto da função da boa-fé de "expressar a reprovação por exercícios inadmissíveis de direitos e posições jurídicas".³

Do princípio geral da boa-fé, deriva uma regra de direito que inadmite qualquer pretensão lícita, quando contraditória a um comportamento anterior, praticada pelo mesmo sujeito. A expressão *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com comportamento assumido anteriormente

¹ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

² DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juriá, 2007, p.131.

³ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 2. ed.. Lisboa, 2001, p.769.

pelo exercente.⁴Aparece ao lado de outras figuras, como um modelo concreto de comportamento contrário à boa-fé, específico na sua própria generalidade, além de ser uma das espécies do abuso do direito, por agredir as finalidades do direito subjetivo que, independentemente de qual seja, não é o de frustrar as expectativas legitimamente criadas pela contraparte.

A doutrina alemã, do início do século XX, elevou o *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode vir contra os próprios atos) à categoria do princípio jurídico da proibição do comportamento contraditório. É proibido realizar comportamento incompatível com o demonstrado inicialmente, desde que cause prejuízo à confiança legítima despertada no outro, violando o princípio da boa-fé objetiva. Procura-se evitar, com esta proibição, que a parte da relação jurídica adote um comportamento não esperado naquela situação específica, com repercussão na esfera jurídica alheia, patrimonial ou existencial. Como exemplo no âmbito familiar, podemos citar a situação em que uma pessoa registra voluntariamente o filho de sua esposa ou companheira como filho, mantém longo período de afetividade e, por conta do rompimento do relacionamento, nega o amparo afetivo econômico a este filho, contrariando a declaração espontânea de paternidade e a paternidade socioafetiva. Neste caso, foram despertadas expectativas legítimas no menor. A manutenção do registro privilegiará a filiação socioafetiva e corresponderá ao que determina o princípio da boa-fé objetiva, protegendo a confiança legítima.⁵

O *nemo potest venire contra factum proprium* não é consagrado expressamente no direito brasileiro, apesar de haver seu reconhecimento pela doutrina e jurisprudência. Esta regra deve ser compreendida como meio de concretização do princípio geral da boa-fé objetiva e da tutela da confiança, onde o papel desempenhado será mais amplo do que um princípio geral do direito, sendo aplicável a todas as relações que se incluam no âmbito daquela cláusula geral. Comando de conteúdo não casuístico, genérico, abrangente de uma série relativamente ampla de situações, sofre as mesmas limitações que a cláusula geral na qual se insere.⁶

⁴ CORDEIRO, op. cit. p.742-746.

⁵ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009, p.148-151.

⁶ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.98-99.

Postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro comportamento é o *factum proprium*, e o segundo, é o *venire*. Quando o *venire* se mostra contrário ao *factum proprium*, aliado a outros elementos, caracterizará o instituto em questão. Portanto, abrange duas hipóteses nas quais uma mesma pessoa, em momentos distintos, adota dois comportamentos, sendo que o segundo deles surpreende o outro sujeito, por ser completamente diferente daquilo que se poderia razoavelmente esperar, em virtude do primeiro.

No entanto, nem toda incoerência comportamental pode ser descrita como sendo caso de *venire contra factum proprium*: somente aquela que destrói a confiança surgida na outra parte. O que se pretende é tutelar a confiança da contraparte na relação e não, primordialmente, a repressão à má-fé de um dos sujeitos. A incoerência em si mesma, portanto, se mostra irrelevante, apenas interessando as suas consequências quanto ao outro sujeito, se houve o surgimento da confiança. A coibição é quanto à deslealdade impregnada no ato contraditório.⁷

Importa frisar que, para a caracterização do *venire*, não importa a investigação de culpa, uma vez que a atuação decorre da violação da boa-fé objetiva, exigindo-se para tanto, apenas, que haja o desrespeito à legítima confiança incutida na contraparte.

2.2 FUNDAMENTOS

2.2.1 Boa-fé objetiva

Foi a doutrina alemã, através da expressão "*Treu und Glauben*", que trouxe a concepção objetiva da boa-fé, traduzida como conduta leal e confiável. Posteriormente, a jurisprudência passou a exigir das partes uma conduta que não violasse a confiança gerada no outro. Com o tempo, a boa-fé objetiva se consolidou e foi sendo ampliada a proteção jurídica da confiança.⁸

Segue jurisprudência com este entendimento:

E M E N T A - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - CÉDULA DE
CRÉDITO HIPOTECÁRIA - BEM IMÓVEL OFERECIDO EM GARANTIA DO
CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA

⁷ DANTAS JUNIOR, op. cit. p.293-294.

⁸ GURGEL, op. cit. p.142.

IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA - EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 3º DA LEI 8009/90 - AUSÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA - VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite do processo de execução por ele sofrida, em razão de inadimplemento de obrigação positiva e líquida, em seu termo. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado quando de seu oferecimento em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade, nos termos do artigo 3º, V, da Lei 8.009/90. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contrária a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexecutável, esvaziando-a por completo. Falta ao devedor, no caso, com um dos deveres de conduta na execução do contrato, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela, que correspondem à boa-fé objetiva com que deve se portar no cumprimento da obrigação. Quebra essa regra o devedor que obtém o financiamento em razão da garantia hipotecária dada ao credor, e posteriormente opõe exceção de impenhorabilidade do bem, com a pretensão de livrá-lo da constrição judicial, ato que se caracteriza como *venire contra factum proprium*, repudiado pelo ordenamento jurídico. Recurso conhecido e improvido.

(TJ-MS - AI: 14113751820148120000 MS 1411375-18.2014.8.12.0000, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 18/09/2014, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 18/09/2014)

No Brasil, a aplicabilidade da boa-fé era reconhecida desde a década de 70, ainda que seu ingresso formal no ordenamento positivo só tenha se dado em 1990, por meio do Código de Defesa do Consumidor.⁹ O legislador ordinário, observando os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana,

⁹ SCHREIBER, op. cit. p.80.

solidariedade social e igualdade substancial, optou por prestigiar expressamente¹⁰ o princípio da boa-fé.¹¹

O fundamento do *venire contra factum proprium* está na cláusula geral da boa-fé objetiva, fonte autônoma e independente de direitos e obrigações. A boa-fé objetiva é um princípio jurídico, consubstanciado no dever das partes de uma relação jurídica se comportarem com lealdade, cooperação e coerência no cumprimento das expectativas alheias despertadas nas relações jurídicas, preservando a confiança. Age de forma a limitar a vontade individual e controla o exercício de posições jurídicas, combatendo a lesão, a desvantagem exagerada e o abuso de direito.¹²

Além disso, a boa-fé funciona como um dos critérios axiológico-materiais para a verificação do abuso do direito. O exercício de um direito será considerado abusivo, e, portanto, vedado quando se verificar ser contrário à boa-fé objetiva. Sob este aspecto, o abuso do direito é mais amplo que a boa-fé objetiva porque, além de impedir o exercício de um direito contrário à boa-fé, inclui situações em que há confronto com os bons costumes ou com o fim econômico e social do direito. Por outro ângulo, a boa-fé é mais ampla que o abuso, pois impede o exercício do direito que lhe seja contrário, impõe comportamentos e serve de critério hermenêutico-interpretativo. São conceitos autônomos, mas não excludentes, isto é, combinam-se no campo dos comportamentos inadmissíveis (abusivos), por violação do critério da boa-fé. É possível o abuso do direito por violação à boa-fé, sem que se esgotem todas as espécies de abuso ou as funções da boa-fé.¹³

A boa-fé objetiva apresenta as seguintes funções: de orientação interpretativa dos negócios jurídicos; criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e restritiva do exercício de direitos.

Para a aplicabilidade do *venire contra factum proprium* no Direito de Família, no caso específico, será relevante apenas a terceira função, a que impede o exercício

¹⁰ O Direito das coisas é exemplo para a abordagem da boa-fé feita pelo direito positivo para algumas situações pontuais, como no caso dos artigos 1383, 1384 e 1385 do Código Civil, que se relacionam às servidões e impõem a solidariedade e a cooperação de cada um dos sujeitos em favor do outro e do artigo 1285, que se refere à passagem forçada, concretizando a aplicação do princípio.

¹¹ DANTAS JUNIOR, op. cit. p.129.

¹² GURGEL, op. cit. p.105-107.

¹³ SCHREIBER,, op. cit. p.112-114.

de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas.

Ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva e como forte expressão da solidariedade social e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo, ainda arraigados ao direito privado como um todo.¹⁴

A boa-fé objetiva mantém relação com o abuso de direito, pois ao ultrapassar os limites impostos por ela, o titular de um direito subjetivo sofrerá sanções no âmbito civil, podendo ter invalidados os atos praticados ou ser obrigado a indenizar os prejuízos ilicitamente causados.

2.2.2 Confiança

Segundo Cristiano Chaves de Farias, a confiança é referência das relações privadas, sejam contratuais ou existenciais, estabelecendo deveres jurídicos (mesmo não expressos nos contratos ou normas positivas) que vinculam os sujeitos, sendo vedado o comportamento contrário às expectativas produzidas no outro.¹⁵

Como a tutela da confiança não vem expressamente prevista no ordenamento positivo brasileiro, o fundamento normativo geralmente apontado é a cláusula geral de boa-fé objetiva, consagrada no art. 422 do Código Civil.¹⁶ O princípio da boa-fé objetiva é entendido como instrumento para a preservação de expectativas legítimas, aplicado de forma extensiva.

A confiança legítima é vinculada a um comportamento inicial que gerou expectativas (*factum proprium*) e ocorre sua violação quando é realizado um comportamento contrário ao esperado. Portanto, o direito deve controlar a atuação das partes, exigindo comportamentos e impondo consequências jurídicas para as condutas abusivas. Percebe-se que a legitimidade dos atos de autonomia privada termina por ser condicionada pelos valores e princípios constitucionais, especialmente a

¹⁴ Ibidem, p. 89-90.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. 1ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁶ Art. 422 do Código Civil de 2002 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução. Os princípios da probidade e da boa-fé.

dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.¹⁷

Há grande importância à condição alheia, aos interesses do outro, às suas esperanças e expectativas, o que remete à chamada tutela da confiança. Ela transcende o próprio âmbito da boa-fé, refletindo-se sobre todo o direito de uma forma geral, estando inserida no amplo movimento da solidarização do direito, valorizando a dimensão social do seu exercício, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros. O reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar os efeitos fáticos da sua adoção. É neste contexto que se inserem a teoria da declaração, a teoria da aparência, entre outras.¹⁸

A proibição do comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas sim impedir a violação de expectativas despertadas, causando prejuízo a outrem. Neste sentido, atenta contra a confiança despertada na outra parte ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha, a quem quer que seja, coerência com um comportamento anterior.¹⁹

A tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, já que deixa de tratar de uma proibição à incoerência, por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. O que verdadeiramente se protege é a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial. Importante frisar que a confiança dá um critério para a proibição do *venire contra factum proprium*, mas não funciona só.

2.2.3 Abuso de Direito

Uma vez revelada pela doutrina alemã a íntima ligação entre a boa-fé e a figura do abuso do direito, os Códigos Civis, em geral, se valeram da primeira para poder apresentar um conceito para o segundo, ou seja, para caracterizar o abuso do direito em função da boa-fé, sendo que aquele começa a partir do ponto em que cessam as

¹⁷ GURGEL, op. cit. p.143-144.

¹⁸ DANTAS JUNIOR, op. cit. p.85-88.

¹⁹ SCHREIBER, op. cit. p.90. loc. cit.

condutas admissíveis, pois estas se encontram no domínio da boa-fé e, quando se vai além delas, já se adentra no campo do abuso do direito.²⁰ Portanto, o abuso do direito se relaciona, invariavelmente, com um direito subjetivo que, ao ser exercido por seu legítimo titular, ultrapassa certos limites, dentre eles a boa-fé. Trata-se de um direito que foi exercido, de modo irregular, por seu titular.

Um dos primeiros a tratar do abuso do direito, na literatura brasileira, foi Orlando Gomes, para o qual esta teoria resulta de uma concepção relativista dos direitos, sendo um conceito amortecedor, pois tem a função de aliviar os choques entre a lei e a realidade.²¹

O critério do abuso do direito está no princípio da boa-fé, pois em todos os atos, apontados como abusivos, está presente uma violação do dever de agir de acordo com padrões de lealdade, cooperação e confiança, independentemente de intenção de prejudicar. Aplica-se a teoria da ilicitude, também, aos atos abusivos, independentemente da culpabilidade de seu titular.

O Código Civil de 2002 consagrou, expressamente, a teoria do abuso do direito, em seu art. 187: "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." O essencial do abuso do direito será dado pela boa-fé, pelos bons costumes e pela função social e econômica dos direitos.

No abuso de direito, alguém aparentemente atua no exercício de um direito subjetivo, não desrespeitando a estrutura normativa, porém ofendendo a sua valoração. Está situado no plano da ilicitude, mas não se confunde com o ato ilícito. Além disso, não é qualquer excesso que permitirá a caracterização como abuso do direito, mas apenas aquele evidente, facilmente perceptível.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: "O abuso do direito é constatado no instante da violação do elemento axiológico da norma. Instala-se a contrariedade entre o comportamento comissivo e omissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito".²²

Os direitos subjetivos têm limites ao seu exercício, limites esses que podem ser

²⁰ DANTAS JUNIOR, op.cit. p. 285.

²¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.131.

²² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 9 ed. Salvador: Lumen Juris, 2011, p.672.

impostos não apenas pela boa-fé, mas por parâmetros outros, como os bons costumes e a finalidade econômica e social. A boa-fé e os bons costumes não estão vinculados a cada direito subjetivo, sendo de natureza genérica, face ao seu conteúdo normativo, enquanto a finalidade econômica ou social está diretamente ligada ao direito de que se trata. O que se tem é o direito-função, concedido à pessoa para que possa auferir todos os proveitos que a lei lhe confere, mas desde que o faça sem ofender aos interesses da comunhão social.

Estará caracterizado o abuso do direito toda vez que um determinado direito tiver sido desviado de sua função social, uma vez que os direitos subjetivos existem, essencialmente, dentro de um interesse social e não apenas dentro do interesse de seus titulares. Por essa razão, o seu exercício deve ser limitado pelo interesse social, a quem deve servir. Os direitos subjetivos deixam de ser vistos sob o prisma de sua estrutura e passam a ser considerados sob a ótica de sua função.

Cada direito subjetivo encontra duas ordens de limitações: uma que faz parte de sua gênese, ou seja, o direito já nasce enquadrado dentro dos limites da lei que o criou, e outra, que se encaixa na questão dos parâmetros vistos que demarcam onde termina o exercício regular e onde começa o exercício abusivo do direito. Deve-se observar que, quando são ultrapassados os limites previstos na própria lei que criou o direito subjetivo, o que se tem, tecnicamente, não é o abuso do direito, mas uma ilegalidade.²³

O ato abusivo poderá ser utilizado como matéria de defesa pela parte interessada, pelo Ministério Público ou mesmo conhecido *de ofício*, a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Reconhecido o ato abusivo pelo magistrado, a sanção será a que melhor atender às peculiaridades do caso concreto. Como exemplo, no caso de proibição de visitas aos tios ou padrasto, a sanção poderá ser a destituição do poder familiar, que foi exercido de forma abusiva.²⁴

Wagner Mota Alves de Souza entende que o abuso do direito estabelece contornos jurídicos ao senso ético, orientador da conduta humana, impondo limitações àquele que, sob a alegação do exercício de direitos, buscava desvirtuá-los. A noção de boa-fé objetiva foi incorporada à teoria do abuso do direito, já que haverá o exercício

²³ DANTAS JUNIOR, op. cit. p. 266.

²⁴ FARIAS ; ROSENVALD, op. cit. p.675.

abusivo do direito quando violar da boa-fé.²⁵

Adelmir Rezende Dantas Júnior, também divide o mesmo entendimento, ao concluir que "toda ocorrência do *venire contra factum proprium*, traduzindo uma agressão à boa-fé e um desvio de finalidade para qual o direito subjetivo havia sido reconhecido ao seu titular, poderá sempre ser enquadrada como um caso de abuso de direito".²⁶

O abuso do direito representa um gênero que toma por base as condutas situadas além das que são ditadas pela boa-fé e que é formado por diversas espécies, todas elas tendo suporte na boa-fé, mas cada uma tendo suas próprias peculiaridades. O *venire contra factum proprium* (a proibição de comportamento contraditório), por exemplo, se inclui nesta categoria: um abuso de direito por violação à boa-fé. Comportamento que, embora aparentemente lícito, é inadmissível. Seu exercício, examinado em conjunto com um comportamento anterior, afigura-se contrário à confiança despertada em outrem, o que revela, no âmbito normativo, contrariedade à boa-fé objetiva. É tido como uma aplicação da boa-fé objetiva.²⁷

2.3 PRESSUPOSTOS

2.3.1 *Factum proprium*

O *factum proprium* impõe-se não como expressão da regra *pacta sunt servanda*²⁸, mas por exprimir, na sua continuidade, um fator acutelado pela concretização da boa-fé.²⁹

Para a caracterização do *venire* é indispensável a realização de um primeiro comportamento gerador de uma expectativa. Tudo se inicia, então, com o denominado *factum proprium*. Não se trata de um ato jurídico em sentido estrito, composto por uma declaração de vontade, sem conteúdo negocial e com efeitos jurídicos definidos no direito positivo.

O *factum proprium* não possui consequência jurídica prevista no ordenamento jurídico positivo. Sua força vinculante decorre da proteção à confiança que, por sua vez, decorre da boa-fé objetiva. Não fosse o interesse em tutelar a confiança,

²⁵ SOUZA, Wagner Mota Alves de. **Teoria dos Atos Próprios**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.181.

²⁶ DANTAS JÚNIOR, op. cit. p. 296.

²⁷ SCHREIBER, op. cit. p.114, loc. cit.

²⁸ *Pacta sunt servanda* - Os pactos devem ser respeitados.

²⁹ CORDEIRO, op. cit. p. 769-770.

inserida nas diretrizes éticas da boa-fé objetiva, o comportamento inicial seria irrelevante do ponto de vista jurídico e não se enquadraria na concepção de *factum proprium*. Este ato seria insignificante do ponto de vista jurídico, não fosse a confiança despertada no outro.

Segundo Anderson Schreiber, o *factum proprium* é:

uma conduta à princípio não vinculante, capaz de transcender a esfera do seu praticante para repercutir fática e objetivamente sobre outras pessoas, embora tal repercussão não seja formalmente reconhecida pelo direito, senão diante da presença dos demais pressupostos exigidos para a tutela da confiança.³⁰

Por não encontrar tutela no direito positivo, deve-se buscar os fundamentos na confiança, boa-fé objetiva e no abuso do direito para justificar a proibição do comportamento contraditório. Desta forma, condutas aparentemente irrelevantes do ponto de vista jurídico passam a ter caráter vinculante, sendo vedada a incoerência.

O *factum proprium*, responsável pela criação de expectativas frustradas com o *venire*, pode ser também um ato omissivo. Ou seja, quando determinado direito deixa de ser exercido, pode, em determinadas situações, criar legítimas expectativas, que, posteriormente, podem ser frustradas com o seu exercício tardio, violando, de igual modo, a boa-fé objetiva. Essa hipótese foi retratada pela escola alemã, através da figura da *Verwirkung*.³¹

Introduzida a *Verwirkung* pela doutrina alemã no século XX, o exercício retardado de uma posição jurídica, quando cria na contraparte uma legítima expectativa, viola a boa-fé. Nesse caso, o efeito jurídico seria a impossibilidade do exercício da pretensão, considerando que não se perde o direito, mas a pretensão do direito material.

É importante frisar que os atos ilícitos, fraudulentos, viciados não se caracterizam como *factum proprium*, para efeito de incidência do *venire*. Nestes casos, ou não será possível exigir comportamento diverso ou não haverá justa expectativa, outro pressuposto que será analisado adiante.

³⁰ SCHREIBER, op. cit. p.131.

³¹ A palavra *Verwirkung*, ainda que não haja perfeita identidade, pode ser traduzida como deseficácia, caducidade.

Pela mesma razão que um comportamento vinculante não configura *factum proprium*, um ato ilícito em sentido estrito não constitui *venire contra factum proprium*, pois tais atos são combatidos pelas normas específicas que o sancionam.

2.3.2 *Venire*

O segundo requisito seria a contradição, que é enquadrada como *venire* se estiver vinculada diretamente à situação jurídica relacionada ao comportamento inicial .

A contradição é entendida como incompatibilidade objetiva entre dois comportamentos. O comportamento sequencial será responsável por frustrar a legítima expectativa despertada com o *factum proprium*, independentemente da análise da intenção do sujeito. Não interessa ao direito, quanto ao *venire*, investigar a motivação do sujeito que agiu de modo incoerente àquele inicial.

2.3.3 Legítima expectativa

Ressaltando o caráter jurídico da confiança, Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel afirma que:

em termos gerais, podemos dizer que a confiança é um dever jurídico de não serem realizados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas nas outras pessoas. Trata-se, pois, da efetivação material do princípio da boa-fé objetiva por meio de um paradigma de conduta pautado na preservação da confiança alheia.³²

Anderson Schreiber expõe alguns indícios gerais não cumulativos da legítima confiança: "efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*; divulgação pública das expectativas depositadas; a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial; grau elevado de sua repercussão exterior; ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento."³³

Deve ser legítima, derivada razoavelmente do comportamento inicial. A ressalva expressa de possibilidade de contradição por quem pratica o comportamento e os casos em que a lei autoriza a contradição do próprio comportamento exclui, à princípio, a legitimidade da confiança.

³² GURGEL, op. cit. p.141.

³³ SCHREIBER, op. cit. p.133.

2.3.4 Identidade de sujeitos

Exige-se, para a configuração do *venire contra factum proprium*, a existência de pelo menos dois sujeitos. Haverá o primeiro sujeito que realiza a conduta inicial e, posteriormente, o comportamento contraditório (*venire*) e o segundo, que será a parte confiante no *factum proprium*.

Para a análise desse pressuposto, deve-se observar se o sujeito que adotou o comportamento incoerente foi o mesmo que praticou o ato inicial vinculante e se a contradição atingiu o mesmo sujeito que criou expectativas na coerência. Neste caso, a pessoa que pratica a conduta inicial e o comportamento contraditório seria o sujeito ativo, mesmo no exercício de um legítimo direito, e aquele em que se incutiu a legítima confiança, o sujeito passivo. Deve-se levar em consideração o contexto existente no momento em que o *venire* se concretiza.

No entanto, como afirma Anderson Schreiber (2007, p.156), não se pode ignorar que o comportamento inicial tem a possibilidade de despertar confiança em outras pessoas que foram atingidas, ainda que indiretamente, pelo *factum proprium*. Nesses casos, o sujeito passivo não é o mesmo, mas poderá ser exigida a coerência do sujeito ativo se, por algum modo, seu comportamento inicial despertou confiança em outros sujeitos. Admite-se a diversidade do sujeito passivo, pois se reconhece a contradição ilícita mesmo quando o comportamento contraditório atinge aquele que não estava diretamente ligado ao *factum proprium*.

Há casos excepcionais em que a pessoa que não exerceu o comportamento inicial estará vinculada à obrigação de ter um comportamento coerente. No caso de representação voluntária, por exemplo, como o representante atua em nome e em favor do representado, praticando atos autorizados por este, em razão de outorga de poderes expressos ou tácitos, em tese tem-se que este se vinculará aos atos por aquele praticado. Assim, deverá o representado atuar de forma a confirmar a conduta inicial praticada pelo representante, impondo-lhe um dever de não contradição a esta primeira conduta.

Contudo, não será todo e qualquer ato do representante que vinculará o representado, impondo-lhe este dever de não contradição ao comportamento inicial.

Em se tratando de atos contrários aos interesses do representado ou se destoarem aos poderes outorgados, salvo se ratificados, não haverá vinculação do mandante.

Feitas tais considerações, resta evidente não ser absoluta e rígida a identidade dos sujeitos do *factum proprium* e do comportamento contraditório, como ocorrem nos casos acima declinados.

2.3.5 Dano

O dano é o prejuízo moral ou material que pode se concretizar com a prática de um ato ilícito. Pode ocorrer ato ilícito sem que o dano tenha se materializado e pode ocorrer dano sem a prática de ato ilícito.

Há o entendimento de que a única forma de solucionar o conflito decorrente de um ato ilícito seria a reparação do dano através do seu ressarcimento (indenização), quando o ideal e mais adequado aos ideais constitucionais de solidariedade social e de respeito à dignidade da pessoa humana, seria acionar o judiciário na iminência ou logo após a prática do ato ilícito, a tempo de evitar o dano.

Fredie Didier compartilha de mesmo entendimento ao afirmar que: “erra ao confundir as duas ideias, exigindo, para conformação do ato ilícito, a existência do dano.”

Assim, não é necessário que o dano ocorra para, com base na regra do *venire contra factum proprium*, acionar o Judiciário. O dano será exigido como pressuposto para a invocação do *venire* nas hipóteses de pretensões reparatórias, mas dispensável quando a invocação do *venire* vier sob a forma de defesa.

Como explicitado neste capítulo, os dois atos interligados presentes no *venire contra factum proprium* são considerados, se examinados de forma isolada, lícitos, razão pela qual, a princípio, estariam excluídos do âmbito da responsabilidade civil. Contudo, se conjuntamente analisados, estabelecerem uma conexão, permitindo a conclusão de que a contradição violou o estado de confiança de alguém, a conduta posterior é ilícita, o que é suficiente para exigir a prestação jurisdicional.

2.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

2.4.1 Limitação ao exercício de um direito

A principal e mais relevante consequência jurídica atribuída ao *venire* é a possibilidade de impedir o comportamento incoerente ou a produção dos seus efeitos, quando já ocorrido.

A tutela inibitória concretizará o verdadeiro sentido da proibição do comportamento contraditório, que é a proteção da confiança em busca de estabilidade nas relações sociais. Através dela, o direito estará proporcionando a pacificação social de forma mais célere, eficaz e satisfatória. Além disso, não depende de comprovação do dano na sua fundamentação, sendo suficiente a existência de ameaça ou de risco de lesão a um direito.

Sua fundamentação não depende de comprovação do dano, pois é suficiente a existência de ameaça ou risco de lesão a um direito. Sob a ótica do *venire contra factum proprium*, como forma de tutelar a lealdade e a confiança, é possível utilizar como sanção a proibição do exercício de um direito. Em termos processuais, quando a parte utiliza-se do direito de ação para praticar o comportamento contraditório, a proteção da legítima expectativa se dará com o impedimento do prosseguimento da ação e, onsequentemente, dos efeitos jurídicos do comportamento contraditório.

Nestes termos, sob o fundamento da proteção da boa-fé objetiva e da vedação ao comportamento contraditório, se o autor da ação despertou na parte contrária a legítima confiança de que não seria exercido este direito, haverá a perda da exigibilidade judicial do direito material, aparentemente existente. Teoria reforçada pelo art. 187 do Código Civil, que considera ilícito o modo utilizado pelo titular de exercer seus direitos subjetivos, quando caracterizado como abusivo.

2.4.2 Restabelecimento da coerência

Quando for inviável o impedimento da contradição e de seus efeitos, será admissível o desfazimento do ato contraditório, nos casos em que for possível o restabelecimento da situação pretérita.

A tutela reintegratória representa uma repressão ao ilícito consumado, porém, quando não tiver iniciado a produção dos seus efeitos, servirá como forma de prevenir o dano.

2.4.3 Indenização

A reparação, por outro lado, normalmente desagrade os sujeitos envolvidos, porque ficam insatisfeitos com o valor estipulado. O indenizador, por acreditar ser excedente o valor do débito e o indenizado, por entender que era merecedor de valor maior.

De acordo com o art. 461, §1º do Código de Processo Civil, a medida ressarcitória deverá ser aplicada apenas na hipótese de solicitação do sujeito prejudicado ou quando não se mostrar possível a tutela específica.

3. DA FILIAÇÃO E RECONHECIMENTO DE FILHOS

Para compreender melhor a verticalização da ação vindicatória, importante abordar algumas noções introdutórias acerca da filiação e reconhecimento de filhos. E, para tanto, far-se-á uma breve explanação sobre o conceito, prova, critérios determinantes e formas de reconhecimento da filiação.

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

"Parentesco é a relação jurídica estabelecida pela lei ou por decisão judicial entre uma pessoa e as demais que integram o grupo familiar, nos limites da lei."³⁴ Existem múltiplas relações de parentesco, mas a filiação é a mais relevante por haver uma afetividade sólida e estabelecimento de um vínculo mais próximo.

Na análise levistraussiana, a base da sociedade está nos laços de parentesco e no regime de troca.³⁵

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família; consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a tese da proteção integral; transformou crianças e adolescentes em sujeitos de direito; priorizou a dignidade da pessoa humana e impossibilitou tratamento diferenciado aos filhos, determinando a igualdade substancial entre eles, no art. 227, §6º³⁶. Todos os filhos passaram a ter as mesmas prerrogativas, independentemente de sua origem ou da situação jurídica dos seus pais. Portanto, os filhos socioafetivos merecem a mesma proteção e não podem ser discriminados em relação aos filhos biológicos, restando clara uma ruptura entre a proteção dos filhos e o tipo de relacionamento vivenciado pelos pais.

Conforme elucida Rose Melo Vencelau, "representa verdadeira evolução jurídico-social, uma vez que coloca a criança e o adolescente como receptores de direitos fundamentais da pessoa humana, sendo considerados em situação especial por

³⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed.São Paulo: Saraiva, 2011, p.205.

³⁵ Lèvi-Strauss, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**; tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982,p

³⁶ De acordo com o artigo 227, §6º da Constituição Federal: "os filhos havidos ou não da relação do casamento, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

serem pessoas em desenvolvimento, por isso merecedores de prioridade absoluta".³⁷

A norma constitucional não necessitava de concretização infraconstitucional, porque detém força normativa própria, suficiente e autoexecutável. Todavia, foi reproduzida no Código Civil de 2002, contribuindo para reforçar sua natureza de fundamento, baseado no princípio da igualdade, determinante de todas as normas seguintes.³⁸ De acordo com o art. 1596 da Lei Civil: "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".

Apesar da equiparação promovida, o fato do legislador manter a presunção da paternidade dos filhos concebidos na constância do matrimônio, nos arts.1597 e 1598 do Código Civil, e de prever apenas o reconhecimento voluntário ou judicial dos filhos não originários da união civil, termina por manter uma diferenciação entre eles, indevidamente.

Assim, segundo Guilherme Calmon, para efeito de estabelecimento do vínculo de parentalidade, mas não para efeitos decorrentes de tal vínculo, o casamento assume papel relevante³⁹.

De qualquer modo, com esta nova concepção, a filiação passou a ser entendida como instrumento garantidor do desenvolvimento da personalidade humana e de realização pessoal⁴⁰, sendo a transmissão de patrimônio apenas efeito e não a sua essência.

Assim como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo. Segundo Maria Berenice Dias, "ampliou-se o conceito de paternidade, que compreende o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, se biológica ou afetiva" e conclui dizendo "que a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a

³⁷ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.46.

³⁸ LÔBO, op. cit. p. 217.

³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação**: O biodireito e as relações parentais. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.425.

⁴⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p. 614.

paternidade biológica e a paternidade não biológica"⁴¹. Portanto, a relação de paternidade não depende exclusivamente da relação biológica entre pais e filhos, privilegiando o vínculo da afetividade.

A disciplina da nova filiação deve basear-se em três preceitos constitucionais: plena igualdade entre os filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e proteção integral.

Atualmente, não há qualquer obstáculo ou limitação à determinação do vínculo filiatório. Os arts. 26 e 27 da Lei 8069/90⁴² - Estatuto da Criança e do Adolescente e arts. 1601 e 1606 do Código Civil de 2002⁴³ demonstram essa intolerância a qualquer obstáculo ao reconhecimento ou contestação da filiação.

O reconhecimento da filiação deve ser um elemento de garantia da dignidade do homem e do desenvolvimento da personalidade humana, independentemente de regimes familiares, formais ou não. Rose Melo Vencelau compartilha o mesmo entendimento ao afirmar que:

O estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja a sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos.

Sendo assim, a grande preocupação do jurista do novo tempo "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"⁴⁴. Tarefa árdua

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**.9.ed..São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.363.

⁴² Art.26, Estatuto da Criança e do Adolescente: "os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura pública ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação". Art. 27, Estatuto da Criança e do Adolescente: "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".

⁴³ Art.1601, Código Civil: "cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação". Art. 1606, CC: "a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo de julgado extinto o processo".

⁴⁴ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p. 616.

em uma sociedade que se transforma em um ritmo extremamente acelerado, principalmente em comparação com o tempo do Direito.

O reconhecimento de filhos é um ato, voluntário ou forçado, através do qual se estabelece a relação de parentesco em primeiro grau na linha reta. Pode decorrer de ato espontâneo praticado pelos genitores ou contra a sua vontade, através de decisão judicial, proferida em ação de investigação de parentalidade.

3.2 CONCEITO

A família é o local onde a pessoa humana nasce e estabelece relações diversas com outras pessoas, com o objetivo de desenvolver suas potencialidades e sua personalidade. A filiação é uma das possibilidades de formação dos núcleos familiares e, por isso, de realização da personalidade humana, sendo a relação de parentesco mais relevante.

Antes da Constituição Federal de 1988, a filiação era definida como o vínculo existente entre uma pessoa e os seus progenitores. No entanto, para que seja vivenciada a experiência da filiação, não é necessária a geração biológica do filho.⁴⁵

De acordo com Maria Berenice Dias: "A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos".⁴⁶ Portanto, a filiação pode decorrer da carga genética transmitida, mas igualmente do convívio entre as pessoas, através do carinho, dos conselhos, ensinamentos e dedicação recíproca. Somente a análise do caso concreto permitirá determinar qual desses vínculos aparenta ser o mais forte.

Paulo Lôbo define filiação da seguinte forma: "Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filho ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga".⁴⁷

A filiação é uma relação jurídica multifacetária, apresentando três diferentes perspectivas. O vínculo existente entre pais e filhos é denominado de filiação

⁴⁵ WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.299.

⁴⁶ DIAS, op. cit. p.363.

⁴⁷ LÔBO, op. cit. p.216.

propriamente dita, paternidade e maternidade, pela ótica do filho, do pai e da mãe, respectivamente.⁴⁸

A nova orientação a respeito da filiação, trazida pela Norma Constitucional, impõe a igualdade entre os filhos e impede tratamento discriminatório. Sendo assim, conceituar a filiação fazendo referência à sua origem, já representaria uma discriminação.

3.3 CRITÉRIOS DETERMINANTES DA FILIAÇÃO

Atualmente, admite-se a pluralidade filiatória, sem discriminações, caracterizada por um mosaico de possibilidades, desde a origem genética até a convivência cotidiana.

No Brasil, os pais são livres para planejar sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem. O Estado ou a sociedade não podem estabelecer limites e nem mesmo condições. Os filhos podem ser originários de transmissão genética conhecida ou desconhecida, de escolha afetiva, do casamento, da união estável, de entidade monoparental ou qualquer outra implicitamente reconhecida pela Constituição Federal como familiar.

O art. 226, §7º da Constituição Federal estabelece que "o planejamento familiar é livre decisão do casal", sendo vedada, portanto, qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. A Lei nº 9263, de 12 de janeiro de 1996, prevê que o planejamento familiar é de direito de todo cidadão, e não apenas do casal, como referido na Constituição.

O planejamento familiar, de origem governamental, é de natureza promocional, formado por ações preventivas e educativas, além da garantia de acesso igualitário a informações e técnicas para a regulação da fecundidade.

As pessoas são livres para efetivarem a filiação através de mecanismos biológicos, da adoção, da fertilização medicamente assistida ou por meio do estabelecimento afetivo simples da condição paterno-filial. A tese da posse do estado de filho é adotada pela doutrina como forma de estabelecimento de filiação, ao lado das

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6, 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.320.

hipóteses elencadas em lei. O importante é que a opção escolhida não produzirá efeito diferenciado para o tratamento jurídico do filho.

A partir da combinação das distintas origens e características, surgem três critérios para a determinação da filiação: o critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previstas no texto legal; o critério biológico, centrado no vínculo genético e que utiliza o exame DNA para dar certeza científica e o critério socioafetivo, estabelecido pelo afeto e solidariedade entre determinadas pessoas.⁴⁹ Não há hierarquia entre eles e a adequação a cada conflito somente será obtida na análise do caso concreto.

Crítica se faz à exigência de um largo tempo, pois o decisivo é a existência do vínculo afetivo e da posse do estado de filho. Estes elementos podem ser estabelecidos em um período de tempo relativamente curto ou inexistirem em um período maior, mesmo havendo amor, criação e educação envolvidos.

Uma vez admitida a pluralidade de origens da filiação, após 1988, impossível formar uma certeza inexorável de quem será o verdadeiro pai. Deve-se identificar, no caso concreto, o critério prevalente e dar efetividade a ele.

No Brasil, já é possível ter dois pais ou duas mães oficialmente. Esta multiparentalidade tem origens doutrinárias e jurisprudenciais na parentalidade socioafetiva (Já existem julgados deste tipo, ainda poucos, com decisões sobre a matéria ainda na 1ª e 2ª instâncias). Assim, nem sempre será necessário utilizar os critérios de filiação de forma excludente.⁵⁰

3.3.1 Critério legal

Desde o Código de Hamurabi, sendo máxima absorvida também pelo Direito Romano pela expressão *pater is est quae nuptial demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias), a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar casamentária. Em decorrência, há a presunção de que a mãe é sempre certa (indicada pelo parto).⁵¹ A

⁴⁹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p. 640.

⁵⁰ O tema não é objeto deste trabalho, portanto, indica-se as obras dos autores Maurício Cavallazzi Póvoas (Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos) e Christiano Cassettari (Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: Efeitos Jurídicos), para aprofundamento.

⁵¹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p.642-643.

relação filiatória é determinada juridicamente, no momento do nascimento, conjugando estas presunções.

O Código Civil de 2002, no seu art.1597, manteve e ampliou tal entendimento, fazendo incidir a presunção também nas filiações decorrentes de fecundação artificial assistida, além da fecundação sexual.

3.3.1.1 Filiações decorrentes de fecundação sexual

A presunção de paternidade no casamento vigora para os nascimentos ocorridos dentro de um lapso temporal (período mínimo e máximo de gestação viável), que inicia após 180 dias contados da convivência conjugal e finaliza após trezentos dias da separação de fato.⁵²

Alguns equívocos podem ocorrer, apesar da tentativa de obstar, do legislador, no art. 1523 do Código Civil, ao afirmar que a mulher não deve casar nos dez meses subsequentes ao término do seu casamento anterior. No entanto, se ocorrer, há uma proteção apenas patrimonial, quando é imposto o regime da separação obrigatória (art. 1641 do Código Civil de 2002). Além do mais, há possibilidade de União Estável, sem restrição alguma e de engravidar após uma única relação sexual, sem necessitar de um relacionamento prévio sequer.

No caso da incidência nas filiações decorrentes de fecundação sexual, foi ignorado o avanço da biotecnologia e dos métodos científicos. Inclusive, a sustentação da presunção é facilmente derrubada com a gestação em útero alheio, nos casos de trocas de bebês em maternidade e de infidelidade.

A União Estável, apesar de ter proteção especial do Estado, determinada pelo caput do art. 226 da Constituição Federal de 1988, não contém a presunção *pater is est*. Para Maria Berenice Dias, "de forma absolutamente injustificada a lei não estende a presunção de paternidade à união estável".⁵³ A exclusão da presunção, neste caso, contraria o mandamento da Lei Maior de proibição de todo e qualquer tratamento discriminatório entre os filhos.

⁵² VENCELAU, op. cit. p. 54.

⁵³ DIAS, op. cit. p.367.

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATOS JURIDICOS TRANSLATIVOS DE PROPRIEDADE EM CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE "AD CAUSAM" ATIVA DE FILHOS NÃO RECONHECIDOS DE CONDOMINO JA FALECIDO. A REGRA "PATER EST." APLICA-SE TAMBEM AOS FILHOS NASCIDOS DE COMPANHEIRA; CASADA ECLESIASTICAMENTE COM O EXTINTO, SUPOSTA UNIÃO ESTÁVEL E PROLONGADA. DEFESA OPOSTA PELO REU ADQUIRENTE, DE AQUISIÇÃO POR USUCAPÍÃO ORDINARIO. O USUCAPÍÃO E FORMA ORIGINARIA DE ADQUIRIR. O USUCAPIANTE NÃO ADQUIRE DE OUTREM; SIMPLEMENTE ADQUIRE. ASSIM, SÃO IRRELEVANTES VICIOS DE VONTADE OU DEFEITOS INERENTES A EVENTUAIS ATOS CAUSAIS DE TRANSFERENCIA DA POSSE. NO USUCAPÍÃO ORDINARIO, BASTAM O TEMPO E A BOA-FE, ALIADOS AO JUSTO TITULO, HABIL EM TESE A TRANSFERENCIA DO DOMINIO. BEM DIVISIVEL. OS PRAZOS DE SUSPENSÃO DO TEMPO PARA USUCAPIR (CÓDIGO CIVIL, ART. 553), QUE BENEFICIAM OS AUTORES MENORES IMPUBERES, APROVEITAM AOS DEMAIS HERDEIROS DO FALECIDO CONDOMINO, MAS NÃO BENEFICIAM OUTROS CONDOMINOS: REGRA DA 'PERSONALIDADE DOS EFEITOS.' ARTIGOS 169, I E 171 DO CÓDIGO CIVIL. TESE DO INTERESSE NA ANULAÇÃO DOS ATOS JURIDICOS, FACE AO USUCAPÍÃO OBTIDO FRENTE AQUELES ANTIGOS CONDOMINOS NÃO FAVORECIDOS PELA SUSPENSÃO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. NULIDADES DE ORDEM PROCESSUAL AFASTADAS. RECURSO ESPECIAL DOS AUTORES NÃO CONHECIDO, E RECURSO ESPECIAL DOS RECORRENTES PROVIDO EM PARTE.

(STJ - REsp: 23 PR 1989/0008158-6, Relator: Ministro ATHOS CARNEIRO, Data de Julgamento: 19/09/1989, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.10.1989 p. 15856 JBCC vol. 166 p. 234 RJM vol. 71 p. 68 RSTJ vol. 5 p. 307)

A aplicação da presunção de paternidade somente no casamento termina por criar uma categoria de filhos de pessoas casadas, que possuem presunção e podem exigir automaticamente os direitos decorrentes do parentesco paterno, e uma categoria de filhos de mulheres não casadas, que precisam de reconhecimento dos pais e, não ocorrendo, necessitam investigar a paternidade e aguardar decisão judicial para exigir os direitos respectivos. Ocorre discriminação clara entre os filhos.

Imprescindível a interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, ampliando os efeitos práticos da presunção também à União Estável.

De acordo com Cristiano Farias e Nelson Rosenvald "a presunção de filiação não decorre de norma de exceção ou limitadora, afastando-se portanto, a interpretação restritiva e permitida a analogia".⁵⁴ A presunção de filiação aplica-se integralmente à união estável, ainda que o art. 1597 faça referência à "constância do casamento". Enquanto no casamento a convivência presume-se a partir da celebração, na união estável deve ser provado o início de sua constituição, já que independe de ato ou declaração. Dificuldades de ordem prática não podem obstar a aquisição de direitos. Tornar a paternidade dependente de reconhecimento, voluntário ou judicial, é negar aplicabilidade aos efeitos parentais decorrentes da união estável, como entidade familiar.⁵⁵

Belmiro Pedro Welter vai além ao declarar que, estabelecida a união estável e a coincidência com a concepção, resulta uma presunção relativa, podendo ser afastada com a ação negatória de paternidade, desde que não comprovada a filiação socioafetiva".⁵⁶

Em um momento em que a prioridade da proteção no Direito de Família era do instituto do casamento e não das pessoas humanas, onde a ciência não apresentava avanços suficientes para determinar a filiação, era justificável. Hoje, estas presunções possuem caráter relativo e a contraprova é admitida nas hipóteses previstas em lei. No entanto, mesmo havendo esta possibilidade, manter o sistema de presunções tão antigo possibilita erros e injustiças.

Maria Berenice Dias entende que "quando se vive na era da absoluta igualdade, e ante a facilidade em se descobrir a identificação genética da filiação, a permanência desse dispositivo causa profundo mal-estar"⁵⁷. Tal posicionamento se mostra mais coerente com os novos tempos, pois atualmente não há necessidade de se proteger a família por si só, como ocorria antes da Constituição de 1988. A proteção a ser conferida aos novos modelos familiares tem como destinatários os próprios

⁵⁴ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p. 646.

⁵⁵ LÔBO, op. cit. p. 226-227.

⁵⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.102.

⁵⁷ DIAS, op. cit. p. 369-370.

integrantes, pessoas humanas, merecedoras de tutela especial, garantidora da sua dignidade e igualdade.

O problema é solucionado com a existência de mecanismos seguros de determinação científica da filiação, através da comparação genética por meio de DNA, que retira a importância prática da presunção do art. 1597 da Lei Civil, já que é relativa. Acredita-se que nenhuma pessoa acolherá a presunção *pater is est* estando incerta sobre o estado de filiação, podendo ter a certeza, quase absoluta, através do exame pericial de DNA.

3.3.1.2 Reprodução medicamente assistida

A reprodução medicamente assistida é gênero do qual derivam as espécies: inseminação artificial e fertilização *in vitro*.

Na inseminação artificial, o médico prepara o material genético e implanta no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. Por outro lado, na fertilização *in vitro* a concepção é laboratorial, ocorrendo a implantação de embriões já fecundados.⁵⁸

A forma será homóloga, quando o material genético utilizado é do próprio casal interessado, com expressa anuência deste e heteróloga quando há utilização de material genético de terceiro (sêmen e/ou óvulo) com autorização expressa e escrita do marido ou companheiro.

O código civil, nos incisos III e IV do art. 1597 do Código Civil de 2002, estabelece a incidência da presunção da paternidade em casos de reprodução assistida homóloga.

Foi consolidado o entendimento no sentido de 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 autorização escrita do marido para que seja utilizado seu material genético após sua morte, para incidir a presunção de paternidade.⁵⁹

⁵⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p.640, loc. cit.

⁵⁹ GONÇALVES, op. cit. p.326.

Caso tais exigências não sejam respeitadas, não haverá a presunção, mas o filho poderá ajuizar ação de investigação de paternidade *pos mortem* para obter o reconhecimento do seu estado filiatório.

O inciso V do mesmo artigo, consagra a incidência da presunção *pater is est* na hipótese de fecundação heteróloga, única hipótese de presunção absoluta de paternidade, não comportando contraprova.

A Resolução nº1957/10 do Conselho Federal de Medicina exige anuência expressa e escrita, para a realização do procedimento. Por outro lado, Paulo Lôbo entende que poderia ser verbal e comprovada em juízo, já que a lei exige apenas que seja prévia.⁶⁰ Por cautela, o melhor seria a obtenção da autorização escrita, evitando-se, assim, qualquer dúvida posterior à respeito.

O consentimento é irrevogável e a paternidade jamais poderá ser impugnada pelo marido, já que não pode voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé, pois o *venire contra factum proprium* é repellido por nosso sistema. Maria Helena Diniz afirma que "a impugnação da paternidade conduzirá o filho a uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional médico e ao anonimato do doador do sêmen inoculado na mulher".⁶¹ Importante ressaltar que o anonimato e sigilo de identidade são relativos, pois existe para os receptores, mas não para os médicos responsáveis pela coleta.

Percebe-se um embate entre o direito à intimidade familiar e o direito de o filho conhecer a sua origem genética. Camilo de Lelis Colani Barbosa entende que dentro do sistema lógico jurídico de aplicação do direito para uma universalidade de pessoas, são inadequadas as soluções propostas por aqueles que defendem o anonimato, pois poderiam ser gerados conflitos normativos, já que a norma que estabelece o anonimato é incompatível com aquelas que outorgam o direito ao conhecimento pessoal da identidade. Conclui afirmando que "qualquer solução que seja dada pelo legislador (ter ou não ter o anonimato), a pessoa nascida da inseminação artificial com sêmen de terceiro poderá sempre, desde que saiba dessa

⁶⁰ LÔBO, op. cit. p. 224-225.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Volume 5, 26.ed.São Paulo: Saraiva, 2011, p.489.

sua condição, ter acesso às informações de sua concepção, incluindo-se aí a identificação do doador de material genético".⁶²

Havendo imperiosa e justificada necessidade, será possível quebrar o sigilo através de decisão judicial, após ponderação de interesses no caso concreto. Apesar de assegurado o sigilo sobre a identidade do doador, é cabível ação de investigação de origem genética contra ele, não para determinar o vínculo parental, mas com o fim de reconhecer a ancestralidade para proteção e preservação da personalidade, incluída a saúde.

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald comparam a anuência para a fertilização "como uma espécie de reconhecimento prévio de filho ou como uma adoção ante natal" e completam dizendo que " é caso típico de filiação socioafetiva, não se admitindo, via de consequência, a impugnação da paternidade, com base em prova pericial biológica, pois o vínculo paterno-filial se formou no instante em que se concedeu a aquiescência ao procedimento fertilizatório no cônjuge." ⁶³

No entanto, a fertilização assistida heteróloga não se confunde com a adoção, pois, neste caso, há desconstituição do vínculo paterno-filial, estabelecendo uma nova relação filiatória e, no caso da fertilização, não houve vínculo estabelecido com o genitor, sendo estabelecido diretamente com aquele que autorizou o procedimento.

3.3.2 Critério biológico

O critério biológico determina a filiação com base na carga genética do indivíduo. Está lastreado na "verdade biológica, comprovável por meio do exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas".⁶⁴

A Carta Cidadã proclamou o estatuto único da filiação, vedando qualquer discriminação aos filhos, independentemente de sua origem, passando estes a merecer idêntico tratamento.

⁶² sanzia-bioetica.blogspot.com.br/2010/01/aspectos-juridicos-da-doacao-de-semen.html. Acessado em 01/12/2014 às 10:00.

⁶³ FARIAS, ROSENVALD, op. cit. p.659.

⁶⁴ DIAS, op. cit. p. 371.

Neste contexto igualitário, o avanço das pesquisas científicas, principalmente com a utilização do exame de DNA, causou profundo impacto sobre o critério legal de determinação filiatória baseado na presunção *pater is est*. Este meio de determinação genética possibilitou uma certeza científica, quase absoluta, na determinação da origem biológica.

A importância do exame de DNA é tão grande, que a súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça afirma que: "em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".⁶⁵

A Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009, mandou acrescentar à Lei n. 8560, de 29 de dezembro de 1992, o art. 2º- A, no qual o parágrafo único assim determina: "A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA - gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório". Nota-se que a lei apenas repetiu o que já havia sendo aplicado pela jurisprudência.

A presunção decorrente é relativa, admitindo prova em contrário e não obriga o juiz a julgar de acordo com a recusa, dependendo da análise do caso concreto. Na hipótese de filiação socioafetiva, por exemplo, a recusa pode não implicar em determinação do estado de filho⁶⁶

A relevância do exame de DNA, para a averiguação da paternidade, é comprovada nas situações em que os tribunais determinam a sua realização, mesmo após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação de investigação em que não foi produzida a prova médica. Nestes casos, o laudo é considerado "documento novo", apto a embasar a ação rescisória, não prevalecendo o princípio da coisa julgada. Para Arnoldo Wald, "tratando-se a investigação de paternidade de ação de estado, o princípio da verdade real - que confere ao julgador o poder da livre investigação - deve-se sobrepor ao da coisa julgada".⁶⁷

O DNA é de grande valia para a determinação de filiação pela precisão, porém não é único, existindo também o sistema ABO⁶⁸, sistema Rh⁶⁹ e o sistema HLA⁷⁰, ambos

⁶⁵ <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>: Acessado em 26/10/14 às 11:15.

⁶⁶ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p. 667.

⁶⁷ WALD, op. cit. p.318-319.

⁶⁸ Cuida da prova da paternidade ligada a três tipos de genes: A, B e O. A combinação deles permite que cada pessoa tenha um dos seis pares: AA, AO, BB, BO, AB e OO. A partir do tipo sanguíneo do pai e da mãe, pode-se excluir a paternidade, jamais afirmar.

excludentes da paternidade e não afirmativos. No entanto, a utilização do exame de DNA, atualmente de forma bastante acessível, inclusive financiado pelo governo em algumas situações, afastou o uso destes outros métodos científicos antes usados como prova pericial. Por ser uma forma pura mente técnica, resta impossibilitado seu acolhimento de forma absoluta.

3.3.3 Critério afetivo

Estudos oriundos de diversos ramos do conhecimento, em especial da Psicanálise, convergem no sentido de reconhecer que a figura do pai é funcionalizada, decorrendo de um papel construído cotidianamente e não simplesmente de uma transmissão de carga genética.

Segundo Rose Melo, a função atribuída pela psicanálise ao pai diz respeito à formação da estrutura do sujeito e o seu cumprimento não depende de um laço jurídico ou biológico. Para o Direito, o exercício da função paterna se manifesta no que se denomina de posse do estado de filho, sendo a paternidade inerente ao seu cumprimento.⁷¹

Na formação de uma família, cada pessoa ocupa uma função na estrutura do núcleo. A função paterna pode ser exercida, em diferentes circunstâncias, por outra pessoa que não o genitor, como: o marido/companheiro da mãe, o tio, o avô, aquele que dá seu sobrenome e cria a criança, aquele que adotou, entre outros.⁷²

Quando a função de pai recai sobre uma pessoa que não transmitiu os caracteres biológicos, estamos diante de uma hipótese de filiação socioafetiva. De acordo com o sistema unificado de filiação, merecedora de idêntica proteção a qualquer tipo de relação paterno-filial.

Apesar da codificação em vigor não reconhecer expressamente a filiação socioafetiva, a jurisprudência vem paulatina e reiteradamente prestigiando a

⁶⁹ Complementa o sistema ABO. O fator Rh pode ser positivo ou negativo. Uma pessoa poderá herdar dos pais os seguintes fatores: ++, --, +- . O resultado da combinação poderá detectar a exclusão da paternidade.

⁷⁰ O sistema HLA (antígeno de leucócitos humanos) é baseado na histocompatibilidade humana. Construído a partir da demonstração e identificação dos antígenos encontrados na célula branca do sangue (leucócito). Esse antígeno é transmitido hereditariamente, por meio dos genes, razão pela qual também é eficaz como prova genética da paternidade.

⁷¹ VENCELAU, op. cit. p. 129.

⁷² FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p. 669.

prevalência da posse do estado de filho, por representar a verdadeira filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou mãe. O Enunciado 256 da Jornada de Direito Civil expõe que: "a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil". Por fim, o artigo 1593 do Código Civil de 2002 dispõe que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou de outra origem", abarcando implicitamente a filiação socioafetiva.

O reconhecimento da paternidade socioafetiva é revelado pela "posse do estado de filho" e gerará efeitos jurídicos capazes de definir a filiação. Está lastreada em ato de vontade, solidificada diariamente no tratamento e na publicidade, colocando em dúvida a verdade biológica e as presunções jurídicas simultaneamente.

Com este critério, torna-se possível cindir os conceitos de genitor e pai. Não pode ser considerado pai o ascendente biológico da mera concepção, apenas fornecedor do material genético para o nascimento do filho que nunca desejou criar e pelo qual nunca zelou.⁷³

Rose Melo Vencelau considera que não se pode aceitar que a paternidade seja reduzida a um elo biológico. Apesar da consanguinidade ainda ser determinante do parentesco, a afetividade possui a mesma relevância, podendo até prevalecer em alguns casos.⁷⁴

A adoção e reprodução humana assistida heteróloga são grandes exemplos em que se pode verificar a distinção entre paternidade e o ato de gerar. Nos dois casos, os filhos nascem do afeto e não de um dado genético. Por outro lado, aquele que disponibiliza o filho para adoção e aquele que doa o sêmen para efetivação de técnicas de reprodução humana assistida, não desejam ser pais, apesar de genitores.

Maria Berenice Dias acolhe a "adoção à brasileira" como constitutiva do vínculo de filiação socioafetiva. Apesar de configurar delito (art. 242 do Código Penal)⁷⁵, registrar filho alheio como próprio, não deixa de produzir efeitos, não podendo gerar

⁷³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2013,p.489.

⁷⁴ VENCELAU, op. cit. p. 119.

⁷⁵ Art. 242 do Código Penal: Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.

irresponsabilidades. Pelo envolvimento afetivo ter gerado a posse do estado de filho, o rompimento da convivência não terá o condão de desconstituir o vínculo.⁷⁶

Incorreto afirmar que o critério socioafetivo sempre suplantar o biológico. Não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Depende da comprovação da convivência respeitosa, pública, firmemente estabelecida e de que a personalidade do filho foi formada sobre aquele vínculo afetivo, mesmo que deixe de existir, posteriormente.

Fixada a filiação pelo critério socioafetivo, afasta-se o vínculo biológico, definitivamente, não sendo possível, em regra, cobrar alimentos ou participar da herança do genitor. O pai biológico se tornará mero genitor, inclusive não podendo exercer o poder familiar. No entanto, o filho afetivo poderá ajuizar, a qualquer tempo, uma ação de investigação de origem genética, apenas para ter reconhecida a sua ancestralidade, sem qualquer efeito patrimonial.

3.4 O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILHOS

O reconhecimento voluntário se aperfeiçoa de forma espontânea, quando é declarado o vínculo de união ao filho nascido. Ato personalíssimo, mas que pode ser realizado por procurador com poderes específicos, outorgados por escritura pública ou particular (art. 59 da Lei de Registros Públicos); livre; irrevogável; irretratável; não podendo ser submetido a termo ou encargo, com eficácia declaratória.⁷⁷

Não é necessário que o reconhecimento seja praticado simultaneamente pelos genitores, podendo ser realizado em conjunto ou sucessivamente (art. 1607 do Código Civil e art. 26 da Lei nº 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente).

Se o filho a ser reconhecido já estiver registrado em nome de outra pessoa, será necessária a propositura de ação para discutir, em juízo, o estado filiatório, de modo a verificar o vínculo paterno filial que se mostrou mais forte, consideradas as possibilidades biológica e socioafetiva.

⁷⁶ DIAS, op. cit. p. 382.

⁷⁷ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p. 683.

O art. 1604 do Código Civil determina que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro".

O reconhecimento voluntário de filhos tem natureza de ato jurídico em sentido estrito, conforme art. 185 do Código Civil, podendo ser invalidado por força de um dos motivos invalidantes do negócio jurídico em geral, como erro e coação, por exemplo. A ação anulatória deve ser proposta no prazo decadencial de quatro anos (art. 178 do Código Civil).

O ato de reconhecimento produz efeito *erga omnes*, tratando-se de uma verdadeira confissão do vínculo parental.

O relativamente incapaz poderá reconhecer a filiação de sua prole, independentemente da assistência, se puder exprimir sua vontade e tendo consciência do ato que praticará. Assistência exigida para o reconhecimento por escritura pública, por conta da solenidade essencial ao ato público, mas não pelo reconhecimento em si.⁷⁸

O reconhecimento de filho por absolutamente incapaz dependerá de decisão judicial, resultante de ação de investigação de paternidade, haja vista que, dado o caráter personalíssimo do reconhecimento de filhos, o representante legal não poderia representá-lo no ato do registro de nascimento.

Admite-se o reconhecimento do filho anteriormente ao nascimento, portanto, do nascituro (art. 26, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 1609, parágrafo único do Código Civil) e posteriormente ao óbito (reconhecimento póstumo), se o falecido deixou descendentes, evitando-se a fraudulenta intenção de adquirir direito sucessório. Estes herdeiros deverão anuir.

A eficácia do reconhecimento de um filho maior e plenamente capaz está condicionada ao seu consentimento (art. 4º da Lei nº8.560/92 - Lei de investigação de paternidade e art. 1.614 do Código Civil), que poderá ser por escritura pública ou escrito particular. Não havendo concordância, o reconhecimento não produzirá

⁷⁸ CNJ nº16/2012, art. 6º, §4º: O reconhecimento de filho por pessoa relativamente incapaz independerá de assistência de seus pais, tutor ou curador.

qualquer efeito, obstando a formalização do vínculo. Não cabe suprimento judicial deste consentimento do filho.

Fazendo uma interpretação, por analogia, do art. 45 §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, entende-se que o reconhecimento de filho com idade entre 12 e 18 anos deve ser antecedido de sua oitiva.

No caso de filhos menores, não é exigida esta aquiescência, por não ter capacidade para manifestar a sua vontade e por existir uma presunção de que o reconhecimento é feito em seu proveito. Esta presunção pode ser afastada pela impugnação do filho, ao atingir a plena capacidade, através de ação a ser promovida no prazo decadencial de quatro anos, contados da aquisição da maioridade civil (art. 1614 do Código Civil).

De acordo com Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, são imprescritíveis as pretensões de investigar e negar a filiação (ação negatória de paternidade ou maternidade), de forma motivada, mas há prazo decadencial para a não aceitação imotivada do filho do reconhecimento voluntário realizado pelo pai, buscando a perda da eficácia do ato.⁷⁹

Com isso, na prática, a imprescritibilidade da pretensão à investigação de parentalidade termina por permitir uma impugnação ao estado filiatório após o prazo de quatro anos, em decorrência dos seus efeitos. Neste caso, o pai registral será litisconsorte passivo necessário.

O art. 1609 da Lei Civil de 2002 descreve formas de reconhecimento de filiação, dentre eles: no próprio registro do nascimento, por ato do pai e/ou da mãe, isolada ou sucessivamente; por escritura pública ou escrito particular que evidencie a intenção inequívoca de reconhecer o filho, a ser arquivado em cartório; por testamento, em quaisquer de suas formas; e por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não seja o objeto principal e único do ato.

Segundo Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, "todas as formas e meios de reconhecimento voluntário são válidos e idôneos à produção de efeitos, independentemente de homologação judicial. São atos jurídicos completos, suficientes a

⁷⁹FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p.687.

permitir que decorram os efeitos legais, e não simples meios de prova da ação investigatória". Inclusive, o reconhecimento voluntário pode ser feito na ata do casamento.⁸⁰

3.5 O RECONHECIMENTO FORÇADO DE FILHOS

Não sendo obtido o reconhecimento espontâneo da parentalidade, os filhos deverão obtê-lo forçadamente, através de ação investigatória, dirigida contra o suposto genitor ou seus herdeiros, com o objetivo de regularizar seu *status familiae* e os direitos inerentes, como alimentos, nome, qualidade de herdeiros necessários, entre outros.

O reconhecimento forçado de filhos decorre de reconhecimento do vínculo parental pelo Estado-juiz, através de sentença.

3.5.1 Ações relativas ao estado filiatório

As ações relativas ao estado filiatório, expressamente previstas são: ação negatória de paternidade ou maternidade e ação investigatória de paternidade.

3.5.1.1 Ação negatória de paternidade ou maternidade

Admitida a presunção de paternidade pelo sistema jurídico em vigor (artigo 1957 do Código Civil de 2002), o legislador estabeleceu, em contrapartida, a possibilidade de impugnação da filiação que se presumiu, através da ação negatória de paternidade ou maternidade.

A prova pericial em DNA não pode ser tolerada como absoluta ou autossuficiente, já que a simples comprovação da inexistência de vínculo biológico não é suficiente para quebrar o vínculo paterno-filial, se evidenciada a existência de um vínculo socioafetivo (dessacralização do DNA)⁸¹. Assim sendo, haverá a improcedência do pedido negatório de paternidade.

A contestação da filiação deve estar fundamentada em motivo alheio à sua vontade, como nos casos de erro, dolo e coação, dentre outras possibilidades, desde que não estabelecido vínculo socioafetivo entre as partes envolvidas.

⁸⁰ Ibidem, p.689.

⁸¹ O termo dessacralização do DNA foi introduzido por Rolf Madaleno.

3.5.1.2 Ação investigatória de parentalidade

Atualmente, por conta dos avanços biotecnológicos e das técnicas de reprodução assistida, é possível investigar não somente a paternidade, como outros vínculos de parentesco, como com tios, avós, irmãos e materno.⁸²

A investigação de origem genética não se confunde com a investigação de parentalidade. A primeira tem como objeto assegurar o direito da personalidade de forma desatrelada de uma relação de família, obtendo o reconhecimento de sua origem ancestral, permitindo tratamentos médicos e o resguardo da vida. A segunda, o reconhecimento de um estado de filiação.

No caso das ações relativas ao estado filiatório, a prova técnica-biológica, através do exame de DNA, não é absoluta e suficiente para a procedência do pedido, pois o magistrado pode ser convencido e motivado por provas de vínculo socioafetivo e optar por priorizar este.

Segundo Cristiano Farias e Nelson Rosenthal, seria o caso da "adoção à brasileira". A prova de não ser o genitor do seu filho, não é suficiente para desatar o vínculo estabelecido em outras bases. Por outro lado, demonstrada a inexistência de vínculo biológico e socioafetivo, justifica-se a negatória de paternidade.⁸³

Não há limites aos fundamentos da ação de investigação de parentalidade, podendo ser invocada a socioafetividade para a sua propositura. Isto, pela impossibilidade de discriminação entre os filhos, quanto à sua origem ou condição.

É possível cumular, na ação investigatória, diferentes pedidos, ainda que não sejam conexos. Para tanto, deverá haver compatibilidade dos pedidos entre si, competência do juízo para conhecer todos os pedidos e, finalmente, adequação do procedimento (Art. 292 do Código de Processo Civil)⁸⁴. De acordo com o art. 205 do

⁸² Precedente da Terceira Turma reconheceu a possibilidade da ação declaratória "para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô" (REsp nº 269/RS, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 7/5/90).

⁸³ Ibidem, p. 701.

⁸⁴ Art. 292 do Código de Processo Civil: É permitida a cumulação, num único processo, contra mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

Código Civil, poderá ser cumulada com a petição de herança, que deverá respeitar o prazo prescricional de dez anos.⁸⁵

Ao julgar procedente o pedido investigatório, o juiz fixará alimentos na sentença, independentemente de pedido expresso da parte (cumulação implícita de pedido de alimentos), caracterizando uma cumulação sucessiva presente em todas as ações investigatórias.

Se o autor já estiver registrado em nome de outrem, a anulação do registro civil de nascimento será consequência lógica da declaração da paternidade. O pai registral deverá ser citado para defender os seus interesses.

3.5.1.3 Ação vindicatória do estado de filho

A ação vindicatória do estado de filho, segundo Flávio Tartuce, "é aquela demanda que cabe ao pai biológico (ou até eventualmente à mãe biológica) em face de um terceiro que acabou por registrar um filho que é seu".⁸⁶

Não há expressa previsão legal, tendo como base normativa os arts.1604 e 1605 do Código Civil⁸⁷, além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, "a pretensão dos autores de, através da via declaratória, buscar estabelecer, com provas hábeis, a legitimidade e certeza da relação de parentesco não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido".⁸⁸Portanto, a vindicação do filho pode ser discutida de forma incidental.

No mérito da demanda, é discutida a verdade biológica, que deverá ser comprovada através do exame de DNA. Contudo, como já dito anteriormente, as outras verdades também deverão ser consideradas, principalmente a socioafetiva, fundada na posse de filhos. Além disso, Como o réu da ação foi a pessoa que registrou o filho do autor, também será objeto da ação o reconhecimento da falsidade ou erro no registro.

§2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.

⁸⁵Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, v.4,jun./jul. 2008, p.46.

⁸⁷ Art. 1604 do Código Civil: Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro e art. 1615 do Código Civil: Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade".

⁸⁸ STJ. Resp 326136 / MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi.

Nas situações em que o pai registral já estabeleceu um vínculo socioafetivo considerado inquebrável, com a criança registrada, a ação deverá ser julgada improcedente, já que sua razão de ser é de obstar o estabelecimento desse vínculo afetivo, pleiteando a posse de estado de filho para si.

3.5.2 Legitimidade ativa e passiva

3.5.2.1 Ação negatória de paternidade ou maternidade

A ação negatória de paternidade ou maternidade é personalíssima, cabendo ao marido/companheiro ou à esposa/companheira, levando em conta a igualdade entre homem e mulher. Entende-se que poderia ser proposta ou continuada pelo curador do incapaz, quando houvesse interdição destes e que os herdeiros poderiam dar continuidade, na hipótese de superveniência de morte ou incapacidade (art. 1601, parágrafo único, do Código Civil de 2002).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald entendem que, apesar da leitura fria do art. 1601 do Código Civil de 2002 restringir a legitimidade ativa, qualquer interessado poderia promover ação de impugnação de paternidade ou maternidade, com o objetivo de provar que a pessoa que figura no registro civil de nascimento de outra não é o seu pai e tendo como fundamento a existência de uma filiação biológica ou afetiva com outra pessoa, distinta daquela que consta no registro civil.⁸⁹

Inclusive há possibilidade do filho, já registrado em nome de terceiro, ajuizar ação de investigação de parentalidade contra o seu pai ou sua mãe verdadeiros, obtendo como efeito anexo da sentença, a desconstituição do primeiro registro e a lavratura de um novo registro. O Superior Tribunal de Justiça exige, apenas, a formação de um litisconsórcio passivo necessário entre o pai registral e o pai investigado.

No polo passivo da relação jurídica processual estará o filho. Sendo falecido, o réu serão seus herdeiros e, em caso de não serem conhecidos, serão citados por edital os eventuais interessados, como a mãe, por exemplo.

3.5.2.2 Ação investigatória de parentalidade

A legitimidade ativa ordinária para a propositura da ação investigatória, independentemente de sua origem, por conta da isonomia constitucional, é do filho.

⁸⁹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p. 664.

Se menor, absolutamente incapaz, deverá estar devidamente representado e se, relativamente incapaz, assistido (Normalmente pela genitora ou tutor, com a possibilidade do juiz nomear curador especial quando não possuir representante ou assistente ou quando os interesses destes colidirem com o dele), ressalvando que a ação deve ser proposta no nome do menor, jamais em nome do representante ou do assistente, pois levaria à ilegitimidade de parte. O filho maior poderá interpor a ação, independentemente de sua idade, considerando imprescritível o direito em disputa.

Os herdeiros do filho, quando o autor vier a óbito ou se tornar incapaz, tendo promovido a ação investigatória, poderão dar continuidade ao procedimento, salvo se houver extinção do processo.

Importante destacar o direito do nascituro, de propor a ação investigatória, de acordo com o art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O direito à perfilhação se volta para a obtenção do verdadeiro pai, no registro civil de nascimento, sem que haja qualquer limitação ao seu exercício. Em prol da dignidade humana da criança, a legitimidade do filho já registrado em nome de terceiro, visando obter a afirmação de sua real paternidade, é plena. Será exigida a citação do pai registral, a fim de defender seus interesses (litisconsórcio passivo necessário).

Os netos podem propor ação de investigação diretamente contra os avós, independentemente do filho estar vivo ou não, denominando-se de investigação de parentalidade avoenga e seus efeitos. Nesta ação, o neto defenderá em nome próprio, interesse próprio, que é o reconhecimento do vínculo de parentalidade com seus avós.

De acordo com a Lei nº 8560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, no §4º, se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a investigação da paternidade. Segundo o §6º da mesma lei, a iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando obter o pretendido reconhecimento da paternidade.

Por oportuno, vale a ressalva de que o Ministério Público tem legitimidade para promover a execução da ação investigatória de parentalidade, tendo sido proposta por ele ou não, a ação cognitiva.

Quando o Ministério Público não atuar como parte autora, será *custos legis*, interveniente, para garantir um processo justo, além de proteger os direitos individuais indisponíveis e a neutralidade do juiz.

Conclui-se que é sempre obrigatória a intervenção do Ministério Público nas ações investigatórias, cabendo à parte promover a sua intimação para participar dos atos processuais, sob pena de nulidade.

A legitimidade passiva recairá, em regra, sobre o suposto pai (não necessariamente o suposto genitor, podendo ser o socioafetivo) ou, sendo este falecido, sobre os seus herdeiros (legítimos ou testamentários). Não havendo descendentes ou ascendentes, responderá o cônjuge ou companheiro sobrevivente e, na ausência deste, os parentes colaterais até o quarto grau. Inexistindo herdeiro legítimo, pode figurar no polo passivo o herdeiro testamentário ou legatário.

É cabível a existência de litisconsórcio ativo e passivo na relação jurídica processual. O litisconsórcio ativo é facultativo, não sendo obrigatória a sua formação, como no caso da atuação do Ministério Público com o investigador ou formado por vários filhos, por exemplo. É possível a formação de um litisconsórcio passivo alternativo eventual, também facultativo, quando a ação é movida contra mais de um réu, existindo incerteza do filho, de quem seja seu pai. Outro exemplo de formação de litisconsórcio passivo é no caso de ação de investigação proposta por filho que está registrado em nome de terceiro. O pai registral formará um litisconsórcio necessário com o pai investigado, para que sejam atingidos pelos efeitos da decisão.

3.5.3 Natureza jurídica e imprescritibilidade

3.5.3.1 Ação negatória de paternidade ou maternidade

A ação negatória de paternidade ou maternidade é personalíssima e imprescritível, segundo o art. 1601 do Código Civil, art.1614 do mesmo diploma legal e o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo Paulo Lôbo, o preceito do Código Civil, no art.1614, trata de impugnação ao reconhecimento e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de direito ao

reconhecimento forçado, mediante investigação de paternidade ou maternidade, esta sim imprescritível. Inclusive, não se refere ao reconhecimento da origem da filiação, mas ao "estado de filiação", que não deriva necessariamente do fato natural da procriação.⁹⁰

Apesar de poder ser promovida a qualquer tempo, não significa que o pedido será acolhido em juízo, podendo haver a improcedência do pedido negatório. Situação em que ficar evidenciada a existência de uma relação socioafetiva.

3.5.3.2 Ação investigatória de parentalidade

A ação de investigação de origem genética é meramente declaratória e imprescritível, sendo o direito em disputa, inalienável. Não implicará em efeitos patrimoniais (direito a reclamar alimentos ou herança) ou pessoais sobre o vínculo filiatório já existente, que se mantém íntegro. Inclusive, a sentença de procedência do pedido de investigação de origem genética não será averbada no cartório de registro civil.

Aquele que não estabeleceu um vínculo paterno-filial também poderá manejar da ação investigatória de ancestralidade, sem pretender buscar o reconhecimento do seu estado filiatório de um genitor que se negou durante a vida inteira e não travou relação afetiva.

A natureza jurídica da ação de investigação de parentalidade é meramente declaratória, pois é afirmada uma situação concreta já existente, até então conhecida apenas pelo mundo fático, mas não no plano jurídico. Os efeitos serão retroativos, desde o nascimento.

Fredie Didier, de forma diversa, entende que seria constitutiva, pois seria uma demanda que tem como objetivo certificar e efetivar direito potestativo, que se efetiva no mundo jurídico das normas e não dos fatos. A sentença que confirma um direito potestativo já o efetiva com o simples reconhecimento e a implantação da nova situação jurídica almejada. O sujeito passivo estará sujeito ao definido e, portanto, a prescrição não estaria relacionada a ela. Se houver prazo para o exercício do direito potestativo, será decadencial. Não seria declaratória, porque esta somente tem o objetivo de certificar a existência ou inexistência de uma

⁹⁰ LÔBO, op. cit. p.271.

situação jurídica. Com ela, não se busca , nem mediatamente, a efetivação de qualquer direito.⁹¹

O posicionamento deste trabalho é de que é de natureza declaratória, pois realmente visa certificar a existência ou inexistência de uma situação jurídica, onde a necessidade de trocar o nome no registro civil é apenas efeito anexo da sentença.

As ações relativas à parentalidade são utilizadas, ordinariamente, pelos filhos, pretendendo que seja reconhecida a relação paterno-filial e todas as inerentes consequências.

O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível (art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente). É direito fundamental à identidade e à perfilhação, não podendo o filho, qualquer que seja a sua origem, sofrer restrições ou discriminações.

Não é possível obstar o uso da ação de investigação de parentalidade pelo filho em qualquer hipótese, mesmo quando ele já esteja registrado por outro homem, mesmo quando o registro anterior for obtido por força de decisão judicial prolatada em ação já transitada em julgado.

Segundo Farias e Rosenvald, "se o registro de nascimento já realizado é falso, se decorrente da conhecida 'adoção à brasileira' (registrar como seu um filho que sabe não ser), pouco interessa".⁹²

Também é reconhecida a possibilidade de uso das ações filiatórias pelo pai e pela mãe, a fim de discutir a existência ou não do estado de filiação. Se a pretensão é de ver reconhecida a relação vinculatória, trata-se de ação vindicatória do estado de filho.

A ação de investigação de parentalidade é imprescritível, em razão de sua natureza declaratória, limitando-se à afirmação da existência de uma relação jurídica; por se tratar de uma ação de estado, não se submetendo a prazo extintivo e por envolver

⁹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. v. 1, 14. ed. Salvador: Jus PODIVUM, 2012, p.234-235.

⁹² FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p.699.

direito fundamental, assegurado constitucionalmente, não podendo estar submetido a qualquer prazo para o seu exercício.

Da mesma forma orienta o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente e mantém a mesma lógica o artigo 1601 da Lei Civil, quando reconhece a imprescritibilidade da ação negatória de filiação.

No entanto, a imprescritibilidade da ação investigatória não atinge os efeitos patrimoniais decorrentes da declaração judicial de filiação, conforme Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal.⁹³

⁹³http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200 Acesso em: 05 de novembro de 2014, às 10:21.

4 ADOÇÃO À BRASILEIRA

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A adoção de criança e de adolescente é regida segundo a Lei 8069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Seu art.25 privilegia a permanência desses menores em sua família natural e, no seu parágrafo único, define família extensiva ou ampliada como "aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade". É possível concluir que o objetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente é a permanência do jovem no meio familiar formado por vínculo sanguíneo.

Entretanto, quando não for possível manter o convívio dos menores com suas famílias naturais ou extensas, haverá a possibilidade de inclusão dos mesmos em família substituta, por meio da guarda, tutela ou adoção. Destas três hipóteses, a adoção se caracteriza como a mais drástica por significar um ato jurídico em sentido estrito e de natureza irrevogável, com o poder de extinguir o vínculo do adotando com a sua família biológica, mantendo apenas os impedimentos matrimoniais.⁹⁴

De acordo com Válder Kenji Ishida, a adoção "trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta"⁹⁵

O Cadastro Nacional de Adoção é uma ferramenta criada para auxiliar juízes das varas da infância e da juventude na condução dos procedimentos de adoção. Lançado em 29 de abril de 2008, tem por objetivo agilizar os processos de adoção por meio do mapeamento de informações unificadas (pretendentes e crianças disponíveis para encontrar uma nova família). Além disso, possibilita a implantação de políticas públicas na área.

Após os procedimentos iniciais de cadastro, será necessária a propositura de uma ação judicial de adoção, onde o Poder Judiciário analisará se os interessados estão

⁹⁴ Art.41 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

⁹⁵ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 107.

aptos a adotar. Concluindo positivamente, deferirá o requerimento de adoção através de sentença judicial.

O processo de adoção no Brasil leva, em média, um ano. Pode durar muito mais se o perfil, indicado pelo adotante para a criança, for muito diferente daquele disponibilizado no cadastro.⁹⁶

Apesar de haver um esforço em acelerar os procedimentos, a Justiça ainda não consegue impedir a prática de algumas famílias que se utilizam do "jeitinho brasileiro" para adotar crianças.

Todavia, muitas pessoas, por desconhecimento ou com o intuito de não aguardar nas filas de adoção, após acordos com os pais biológicos, que na maioria das vezes não possuem condições financeiras para criarem os filhos, terminam por registrar esses menores como se filhos seus fossem, burlando o ordenamento jurídico e originando o que se denomina de "adoção à brasileira".

Como o direito não pode negar a realidade, ao contrário nasce dos fatos sociais e deve objetivar a pacificação dos conflitos gerados por esses fatos dinâmicos, os juristas se deparam, em nosso país, diante deste fato social muito mais corriqueiro do que aparenta.

4.2 CONCEITO

A "adoção à brasileira" resta configurada quando há o reconhecimento voluntário da paternidade, de modo que alguém registra uma criança como se fosse seu filho, configurando crime de registro de filho alheio como próprio.⁹⁷

Ocorre com a declaração falsa e consciente de paternidade e/ou maternidade, sem observância das cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses da criança.

Segundo Marlisson Andrade Silva⁹⁸, a "adoção à brasileira" pode ser definida como "a situação em que uma pessoa maior e capaz registra como seu, filho de outrem, sem a observância do devido processo legal".

⁹⁶<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/infancia-e-juventude/cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em 25/11/2014, às 11:13.

⁹⁷ SANCHES, Salua Scholz. **Adoção à brasileira e seus aspectos polêmicos**. Publicado em 08/2014. Elaborado em 05/2014. jus.com.br/artigos/31486/adocao-a-brasileira-e-seus-aspectos-polemicos, pág.1.

Há quem denomine de "adoção à brasileira" qualquer adoção feita nos moldes indicados anteriormente. Porém, de forma mais acertada, este trabalho se filia ao entendimento de que estaria configurada apenas nos casos em que o declarante ou declarantes fossem movidos por intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família, como se nela houvesse sido gerada.

Quando o registro for feito para alcançar interesse externo à relação paterno-filial, como nos casos de sequestro, tráfico de crianças ou com o fim de requerer o visto de permanência no Brasil, não haverá a "adoção à brasileira" e, portanto, o registro será falso e deverá ser anulado. De forma diversa, se reconhecida a nobreza na conduta, a jurisprudência entende que neste caso, em que pese a falsidade do registro, a adoção prevalecerá se houver a socioafetividade.

Entretanto, o fato de considerar o vínculo proveniente da "adoção à brasileira" irrevogável, não torna lícita a conduta do adotante. Inclusive, a conduta é tipificada no Código Penal, como se verá adiante em tópico específico.

É uma espécie de filiação socioafetiva. No entanto, normalmente, a "adoção à brasileira" se configura anteriormente ao vínculo afetivo. Por exemplo, quando o companheiro registra filho da genitora com antigo namorado, em razão do vínculo afetivo com a mãe e, ainda, não com o filho.

4.3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

4.3.1 Criminais

A "adoção à brasileira" encontra-se tipificada no artigo 242 do Código Penal⁹⁸, como sendo crime contra o estado de filiação. Como é motivada por reconhecida nobreza, o juiz, autorizado pelo parágrafo único da referida norma, poderá deixar de aplicar a pena e conceder ao acusado o perdão judicial, que é forma de extinção da punibilidade, abrangendo os efeitos primários e secundários da sentença ou aplicar a forma privilegiada da pena.

⁹⁸ SILVA, Marllisson Andrade. **Adoção à brasileira x filiação biológica**: posição do STJ. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 17 jun.2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43982&seo=1>>. Acesso em: 16 abr.2014.

⁹⁹ Art.242 do Código Penal - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil. Pena - reclusão de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, pena: detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Além de sujeitar o adotante a essas sanções penais, pode dar margem à suspeita de outros crimes, como o tráfico de crianças, por exemplo.

Apesar de não ser uma modalidade legítima de adoção, quando o afeto e o amor estiverem firmados entre os sujeitos envolvidos, a jurisprudência tem entendido que deva haver manutenção do registro e irrevogabilidade do ato, para privilegiar o vínculo socioafetivo.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIME - REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO - CONDENAÇÃO - INCONFORMISMO DOS RÉUS - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO, EM VIRTUDE DO ERRO DE PROIBIÇÃO OU APLICAÇÃO DA FORMA PRIVILEGIADA DO ART. 242, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE NÃO CARACTERIZADA - APELANTES QUE TINHAM TOTAL CONHECIMENTO DA ILICITUDE DA SUA CONDUTA, POIS REGISTRARAM A MENINA EM UMA CIDADE DIVERSA DA DO SEU DOMICÍLIO, A FIM DE MELHOR ENCOBRIR A FARSA - APELANTES QUE ALEGARAM PERANTE A OFICIAL DO REGISTRO CIVIL QUE A CRIANÇA HAVIA NASCIDO EM CASA E OBTIVERAM UMA OUTRA DECLARAÇÃO DE NASCIDO VIVO, POIS A ORIGINAL ESTAVA EM NOME DA GENITORA BIOLÓGICA DA MENOR - ELEMENTO SUBJETIVO PLENAMENTE CONFIGURADO - CASAL QUE REALIZOU A "ADOÇÃO À BRASILEIRA", JÁ POSSUI OUTROS CINCO FILHOS E UMA RENDA MENSAL MODESTA - GENITORA DA CRIANÇA QUE PRETENDIA ABORTAR E FOI AMPARADA PELO CASAL - ATO REALIZADO POR MOTIVO DE NOBREZA E ALTRUÍSMO - INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE DO ART. 242, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - CONCESSÃO DO PERDÃO JUDICIAL - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...)

A despeito de se tratar de uma conduta ilícita, o direito não pode condenar com tanto rigor pessoas que objetivam, ainda que por via inadequada e ilegal, acolher no seio familiar um ser humano como seu próprio filho. A realidade brasileira permite concluir que, num país em que tantas crianças vivem nas ruas, em estado de total abandono ou até mesmo em orfanatos, em que não há carinho e atenção suficiente, é louvável a atitude de um casal que se dispõe a adotar uma criança, apesar de não desfrutar de uma

situação econômica confortável e possuir outros cinco filhos. Idêntico sentimento e conduta nobre e solidária motivaram os réus Rodinei Jacó e Sebastião Domingues da Silva, os quais, cientes da situação da infante, colaboraram para o registro dela como filha de Euclides Moreira Bueno e Leonira de Almeida Bueno, com o objetivo de lhe proporcionar um lar e uma família, ao figurarem como testemunhas do registro. Dessa maneira, é de se aplicar a privilegiadora do art. 242, parágrafo único do Código Penal, concedendo aos recorrentes o perdão judicial, diante da reconhecida nobreza de suas condutas. Assim sendo, conheço dos recursos e dou parcial provimento a ambos, a fim de conceder o perdão judicial aos apelantes. (TJ-PR - ACR: 1700849 PR Apelação Crime - 0170084-9, Relator: Fábio Haick Dalla Vecchia, Data de Julgamento: 09/06/2005, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 24/06/2005 DJ: 6897)

Entretanto, o fato da jurisprudência considerar o vínculo proveniente da "adoção à brasileira" irrevogável, não torna a conduta do adotante lícita. Cleber Masson assim entende:

Esta conduta é conhecida como "adoção à brasileira", em razão de tratar-se de atividade comum no território nacional, quase uma criação pátria, no mais das vezes cometidas por pessoas que buscam auxiliar amigos, parentes ou mesmo estranhos que não têm condições para cuidar do próprio filho, ou então para em conjunto criar, como se também seu filho fosse, o descendente de seu cônjuge ou companheiro.¹⁰⁰

Portanto, por ser uma conduta ilegal e ilícita, deve ser evitada, principalmente tendo em consideração a quantidade de menores que vivem em orfanatos, na expectativa de vir a ter uma família, por meio de um processo legítimo de adoção.

4.3.2 Civis

A "adoção à brasileira" gera efeitos jurídicos, como toda a paternidade. O fato de ser crime não exonera os deveres e efeitos próprios da filiação socioafetiva.

¹⁰⁰ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. Parte Especial. Vol.3, 3ª edição. São Paulo: Método, 2013, p.182.

Os direitos decorrentes da "adoção à brasileira" são próprios da posse do estado de filho, constituída por vontade do pai registral e socioafetivo, que, mesmo sabendo não ser seu filho, quis registrar como se o fosse. Por tal motivo, não é possível pleitear a desconstituição da paternidade sob o fundamento de não ser o pai biológico.

O reconhecimento voluntário é irrevogável, porém o artigo 1604¹⁰¹ do Código Civil possibilita sua desconstituição, se comprovado o erro ou falsidade. A jurisprudência atual ainda exige a comprovação de inexistência de vínculo afetivo.

Embora não caiba a anulação do registro de nascimento por iniciativa daquele que fez a declaração falsa, salvo nas hipóteses elencadas anteriormente, diante da voluntariedade expressada e da necessidade de proteger os interesses do próprio adotado, se a pretensão for investigatória e advier da própria vontade do filho interessado, estará assegurado a ele o direito à verdade e a todas as suas consequências, incluindo as de caráter patrimonial.¹⁰²

A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação e depende sempre do exame do caso concreto.

A paternidade biológica gera necessariamente uma responsabilidade que não se desfaz com a prática ilícita da "adoção à brasileira", independentemente do reconhecimento da nobreza em sua motivação. Da mesma forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho, resultantes da filiação biológica, não podendo haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". A paternidade socioafetiva prevalece sobre a biológica para garantir direitos aos filhos. Contudo, ela não prevalece quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva.

Raciocínio aplicável apenas nos casos de "adoção à brasileira", já que a adoção legal, conforme se depreende do Estatuto da Criança e do Adolescente, é

¹⁰¹ Art. 1604 do Código Civil - Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

¹⁰² STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/05/2010, T3 - TERCEIRA TURMA

irrevogável e rompe qualquer vínculo do adotado com pais e parentes biológicos (artigos 39, parágrafo 1º e 41).

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.

Assim, a jurisprudência dominante vem introduzindo a proibição da desconstituição da filiação após o reconhecimento voluntário e a presença do vínculo socioafetivo:

Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. - A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido considerada a sua imutabilidade nesta via recursal, registrou filha recém-nascida de outrem como sua . A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa – a da existência da socioafetividade –, é que a lide deve ser solucionada. Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta – de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto,

demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. - O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha. - Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto. - Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. - Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. - Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. - Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve

ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança. - Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada – consideradas as especificidades de cada caso – a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida. - A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade. - Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar. Recurso especial não provido. (STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/05/2010, T3 - TERCEIRA TURMA)

O pai que questiona a paternidade de seu filho socioafetivo (não biológico), registrado por ele conscientemente, está violando a boa-fé objetiva, mais especificamente a regra do *venire contra factum proprium*.

A existência ou não do vínculo afetivo, nos casos envolvendo “adoção à brasileira”, termina por produzir efeitos de forma diferenciada, diante do Órgão Jurisdicional. Isso porque, a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a relação sexual possa gerar uma gravidez e dela decorrer

responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea.

Importante ressaltar que o adotado ilegalmente, mesmo usufruindo de uma relação socioafetiva com o pai registral, tem direito, caso queira, a conhecer sua história e ter acesso à "verdade biológica", pois o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, embasado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A prática conhecida como "adoção à brasileira", ao contrário da adoção legal, não tem o poder de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o ligação jurídica advinda do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários.

Mesmo nos casos em que a adoção é realizada de maneira ilegal, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei da Adoção, é assegurado ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica. Porém, quando a adoção é efetivada pelos trâmites legais, há o rompimento definitivo do vínculo familiar. Se o adotante desejar conhecer sua origem biológica, não gerará efeitos de cunho patrimonial.

Este é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça que, em inédito julgado, noticiado no informativo nº512, assim decidiu:

DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA REQUERIDA PELO FILHO. ADOÇÃO À BRASILEIRA.

É possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado conforme prática conhecida como "adoção à brasileira". A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como "adoção à brasileira", ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo

de se desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a "adoção à brasileira" e a adoção regular. Ademais, embora a "adoção à brasileira", muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor. Precedente citado: REsp 833.712 - RS, DJ 4/6/2007. REsp 1.167.993-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2012.

4.3.3 Sociais

O fato de ser reconhecido como irrevogável, o vínculo advindo da "adoção à brasileira" não torna a conduta do adotante lícita e nem aceita pela sociedade. Por ser tipificada como crime, no Código Penal, e por existir um número significativo de menores que aguardam a oportunidade de serem inseridos em uma família substituta, esta conduta deve ser evitada.

De qualquer maneira, não é possível ignorar que, apesar de inobservados os requisitos estabelecidos em lei, tem a finalidade de constituição de família, norteadada pela solidariedade e auxílio-mútuo, às crianças e aos adolescentes que não mantiveram vínculo com seus pais biológicos.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, "a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais".¹⁰³

Busca-se preencher uma lacuna na vida do menor, de forma que seja privilegiado o seu melhor interesse.

Quando o pai biológico não assume a paternidade, desencadeia diversas circunstâncias vexatórias, como por exemplo, ter uma certidão de nascimento ou

¹⁰³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, 2 ed, p.213.

documento de identidade sem nome de pai, participar de festas comemorativas do "Dia dos Pais" sem a presença deste, entre outras que necessitam da presença desta figura masculina. O pai adotivo, mesmo que "à brasileira", assume a posição desta figura importante de forma substitutiva, exercendo a função que lhe é inerente (paternal).

O pai adotivo nestes parâmetros, além de suprir a necessidade formal, quando presente o vínculo socioafetivo, também proporciona respaldo emocional, educação e a referência necessária utilizada como parâmetro para as escolhas da vida. Ajudará a formar um ser humano mais seguro e com qualidades benéficas para a sociedade.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, "o que é essencial para a formação de alguém, para que possa tornar-se sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que uma pessoa tenha, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe".¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ibidem, p. 216.

5 APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NO DIREITO DE FAMÍLIA NOS CASOS ENVOLVENDO AÇÃO VINDICATÓRIA DO ESTADO DE FILHO E ADOÇÃO À BRASILEIRA

5.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Os princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras que estabelecem em sua hipótese, definitivamente, aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido e que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção. Os princípios estabelecem deveres provisórios e são aplicados mediante ponderação, na medida em que o aplicador deverá atribuir uma dimensão de peso aos princípios diante do caso concreto. O conflito entre princípios ocorre apenas no plano concreto, é contingente e não implica a declaração de invalidade de um deles, mas, apenas, o estabelecimento de uma regra de prevalência diante de determinadas circunstâncias, verificáveis somente no plano da eficácia das normas. Permite o sopesamento.¹⁰⁵

5.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A pessoa humana é dotada de dignidade, atributo que a difere da coisa, que possui valor patrimonial, preço. A dignidade é valor próprio extrapatrimonial da pessoa humana, principalmente no convívio comunitário como sujeito moral.¹⁰⁶

Todos os interesses têm como centro a pessoa humana, foco principal de qualquer política pública ou pensamento, sendo imprescindível harmonizar a dignidade da pessoa humana com o progresso e desenvolvimento econômico, social e científico.

A dignidade "traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade."¹⁰⁷

Esse princípio traduz uma diretriz de inegável solidarismo social, tratado pela Constituição Federal como valor fundamental, em seu artigo 1º, III. Entretanto, mais

¹⁰⁵ Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT) nº 125. Fevereiro, 2006. Humberto Ávila - A teoria dos princípios e o Direito Tributário. página 34.

¹⁰⁶ GAMA, op. cit., p. 131.

¹⁰⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, 5 ed, p.74.

do que um princípio constitucional, é imperativo ético que serve para garantir a cidadania. Base de sustentação de todos os outros princípios, impede que se repitam as exclusões realizadas por intermédio do Direito de Família, quando entrelaçados.¹⁰⁸

Importante salientar que a dignidade humana somente é preservada quando é respeitada a dimensão existencial do indivíduo em sua esfera pessoal e, principalmente, nas suas relações sociais. Sendo assim, está englobada a perspectiva familiar em que cada pessoa se projeta ou está inserida.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, "o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente".¹⁰⁹

5.1.2 Princípio da Solidariedade

Este princípio traduz a afetividade que une os membros da família e concretiza uma especial forma de responsabilidade social.

A solidariedade "culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana".¹¹⁰

A solidariedade como princípio jurídico norteador do Direito de Família traduz uma relação de corresponsabilidade entre pessoas unidas, por um sentimento moral e de apoio ao outro e é dever ético nas relações humanizadoras.¹¹¹

5.1.3 Princípio da Isonomia

O Código Civil, seguindo o que dispõe o artigo 227, §6º da Constituição Federal, em seu artigo 1596, estabelece, em caráter absoluto e inafastável, a igualdade entre os filhos, não admitindo qualquer forma de discriminação.

¹⁰⁸ PEREIRA, op. cit., p. 257.

¹⁰⁹ GONÇALVES, op. cit. p.23.

¹¹⁰ GAGLIANO, op. cit., p.93.

¹¹¹ PEREIRA, op. cit., p. 233.

Não há possibilidade de diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, marca do sistema anterior, que priorizava o casamento em detrimento do ser humano integrante do núcleo familiar.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, "o discurso da igualdade está intrinsecamente vinculado à cidadania, uma outra categoria da contemporaneidade, que pressupõe também o respeito às diferenças. Se todos são iguais perante a lei, todos devem estar incluídos no laço social".¹¹²

5.1.4 Princípio da Afetividade

A afetividade é uma força elementar, propulsora de todas as relações da vida. Faz-se presente de forma especialmente forte nas relações familiares. Inclusive, o Direito de Família moderno centraliza o princípio da afetividade no seu exercício.

É com base na afetividade que ocorre o fenômeno da desbiologização da filiação, através do reconhecimento da filiação socioafetiva, mitigando-se o entendimento da supremacia genética, decorrente do laudo de exame de DNA. O que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas o cuidado e a dedicação aos filhos.

Percebe-se o afeto como vetor de orientação comportamental dos pais ou responsáveis, em diversos dispositivos das normas protetivas da criança e do adolescente, como por exemplo, no trecho dos considerandos da Convenção de Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, ao reconhecer que "para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão" e no artigo 28, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata da colocação em família substituta, onde "na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida".

Neste âmbito, quando o julgador se deparar com o desafio de solucionar conflitos, deve compreender as partes envolvidas no caso concreto, inseridas em circunstâncias peculiares, respeitando as diferenças e valorizando os vínculos de afeto que as unem. A interpretação racional, muitas vezes influenciada por

¹¹² Ibidem, p. 163.

convicções dogmáticas pessoais, será prejudicial ao alcance de uma decisão justa e privilegiadora do melhor interesse da criança e do adolescente.

5.1.5 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente surge em decorrência das mudanças havidas na estrutura familiar. A família, enquanto instituição, perdeu o seu valor intrínseco e passou a valer como núcleo de companheirismo e afetividade, veiculador da valorização do sujeito e da dignidade de todos os seus membros.

Nesta conjuntura, o menor ganha destaque especial, no ambiente familiar, por não ter maturidade suficiente para conduzir a própria vida. Precisa dos pais ou de alguém que exerça essa função, para conduzi-lo à autonomia.

Em face da valorização da pessoa humana, inclusive no núcleo familiar, devem-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente se enquadram nesta posição, por estarem em processo de amadurecimento e de formação da personalidade. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente oferece a garantia jurídica relativa a tais mudanças.

O entendimento sobre o seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. Portanto, deve ser preenchido em cada circunstância da vida, no caso concreto.

Certa é a existência da sua vinculação direta com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente. Estes são detentores de todos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana e, além disso, à proteção integral, atribuída pelos direitos fundamentais especiais, a eles especificamente dirigidos. São garantidos também todos os instrumentos necessários para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.

O artigo 227 da Constituição federal contém uma síntese dos direitos fundamentais dos menores e expressa que são prioridade para a ordem jurídica. Seguindo o mesmo escopo, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas protetivas à criança e ao adolescente, nos seus artigos 3º e 4º. Em suma, conduzem a criança e o adolescente a uma consideração especial, sendo seus direitos

universalmente salvaguardados e impõe, aos pais e responsáveis, o dever de cuidados especiais.

Rodrigo da Cunha Pereira, de forma lúcida, salienta que "garantir o melhor interesse da criança é, também, romper todas as barreiras de preconceitos que possam, porventura, existir, evitando que um julgamento moral pejorativo possa interferir quando se trata do destino de um menor".¹¹³

O princípio em questão orienta o intérprete para que atribua a eles, em primeiro lugar, o direito de ter uma família, direito fundamental concebido no artigo 5º, §2º da Constituição Federal. Posteriormente, deve-se analisar o contexto social e axiológico em que está inserido o menor, afim de que se extraia o seu real bem-estar.

Por ser um princípio, haverá a possibilidade de priorizar interesses maiores, mesmo que contrários às regras, pois o essencial é que o direito seja justo, acima do legal. É ele, então, que determinará e orientará todas as demandas judiciais envolvendo interesses de menores, independentemente de vínculos biológicos, raça e sexo.

5.1.6 Princípio da Paternidade responsável

Dispõe o artigo 226, §7º, da Constituição Federal que o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Além deste dispositivo, o artigo 229, da mesma lei, impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Portanto, dão juridicidade ao dever de cuidado e tornam este princípio expresso.

O princípio da paternidade responsável se reveste de caráter político e social da maior importância, já que interessa às relações interprivadas, mas também ao Estado, na medida que a irresponsabilidade paterna, juntamente com as questões econômicas, terminam por gerar muitas crianças de rua ou disponíveis para adoção, moradoras de abrigos próprios.¹¹⁴

A paternidade responsável é reflexo dos princípios da dignidade humana e da afetividade. Agir em conformidade com a função de pai e mãe, traz o afeto para a ordem da objetividade e permite presumir a presença deste sentimento. Porém, vale destacar que a ausência deste sentimento não exclui a necessidade e obrigação de

¹¹³ Ibidem, p.158.

¹¹⁴ Ibidem, p.243.

condutas paternas e maternas. A assistência moral e afetiva é um dever jurídico, não uma faculdade.¹¹⁵

5.2 APLICAÇÃO

Atualmente, o direito de família é baseado em valores, princípios jurídicos, dentre os quais destacamos a boa-fé objetiva, que é fundamental para garantir um padrão de conduta familiar que seja compatível com os valores e princípios constitucionais.

O objetivo da proibição do *venire contra factum proprium* é impedir comportamentos contraditórios, ainda que tais comportamentos sejam lícitos se isoladamente considerados, quando a atuação de um dos sujeitos da relação jurídica cria expectativas e confiança legítimas na parte adversa, que não poderá ser surpreendida pela incoerência.

Sendo ele destinado a evitar rupturas de confiança pela adoção de comportamentos contraditórios, e sendo a confiança um fenômeno fático, humano, não limitado pelas linhas teóricas do direito contratual ou do direito privado, não há qualquer razão para que o princípio de proibição do comportamento contraditório hesite em ultrapassá-las.¹¹⁶

Um dos fundamentos do *venire contra factum proprium* é a boa-fé objetiva, que representa o princípio jurídico fundamental para a estruturação de todo o sistema jurídico, inclusive no que diz respeito ao direito de família. A superioridade hierárquica dos princípios fundamentais justifica a sua aplicabilidade nos diversos segmentos jurídicos. Inserida como cláusula geral, concretiza o caráter ético que deve circunscrever as relações jurídicas e confere força normativa necessária para gerar obrigações e direitos.¹¹⁷

No direito de família, a função restritiva da boa-fé objetiva e a configuração do abuso de direito são questões de extrema relevância. A atual realidade familiar demonstra preocupação dos institutos jurídicos de proteger as expectativas e os direitos de todos os sujeitos do grupo familiar, mesmo quando a violação do direito seja decorrente do exercício abusivo do direito de outrem. O abuso de direito ocorrerá quando houver uma violação do dever de agir de acordo com os padrões de

¹¹⁵ Ibidem, p.246-247.

¹¹⁶ SCHREIBER, op. cit., p.103.

¹¹⁷ GURGEL, op. cit., p.116-117.

lealdade ou irregularidade e abusividade de uma faculdade jurídica, decorrente da quebra da confiança e frustração de legítimas expectativas.¹¹⁸

Outro elemento essencial para a aplicação do *venire contra factum proprium* é a confiança. Nas relações familiares, justas expectativas são despertadas e violações a elas são percebidas. A tutela da confiança legítima é imprescindível para que a família alcance seu fim, de espaço de realização pessoal e da dignidade humana e de seus membros.

A legítima confiança pode ser violada através do abuso do direito, que significa um direito exercido de maneira excedente em relação aos limites impostos pelo seu fim econômico, social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Um novo tipo de ato ilícito, desvinculado do elemento subjetivo (culpa) e lastreado na boa-fé objetiva. Pode decorrer de comportamentos comissivos e omissivos, desde que o titular exceda os limites impostos.

No abuso de direito, aparentemente, alguém atua no exercício de um direito, pois não desrespeita a estrutura normativa. A conduta nasce lícita, mas por haver uma ofensa à sua valoração, em razão da violação da boa-fé objetiva, se torna ilícita. Neste caso não se verifica desafio à legalidade em sentido estrito, mas à legitimidade.

Segundo Cristiano Chaves de Farias: "o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencha a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer".

Portanto, o *venire contra factum proprium* pode ser aplicado nos casos envolvendo ação vindicatória do estado de filho e "adoção à brasileira".

O caso em questão se refere à situação em que o sujeito, pai biológico, a princípio, não assume a paternidade. Após alguns anos, o companheiro da genitora registra o menor como se seu filho fosse, consciente de não haver o vínculo genético (adoção à brasileira). Posteriormente, passados outros tantos anos, o pai biológico resolve entrar com uma ação vindicando o estado de filho para si.

Deste caso hipotético, podem ser vislumbradas quatro situações diferentes: a primeira, em que o pai biológico só tem ciência da possibilidade de ser pai quando a

¹¹⁸ Ibidem, p.122-124.

criança já se encontra registrada por outra pessoa, que não possui vínculo socioafetivo; a segunda, em que o pai biológico só tem ciência da possibilidade de ser pai quando a criança já se encontra registrada por outra pessoa, com vínculo socioafetivo; a terceira, em que o sujeito já estava ciente da possibilidade de ser o pai biológico, mas não assume a paternidade e nem utiliza os meios disponíveis para esclarecer qualquer dúvida existente e a criança é registrada por outro indivíduo, sem desenvolver um vínculo afetivo e, por último, a situação em que o sujeito, ciente da possibilidade de ser o pai biológico, não assume a paternidade e nem procura comprová-la e a criança é registrada por outra pessoa, com a qual possui vínculo socioafetivo.

Nos casos em que o indivíduo não tem ciência da possibilidade de ser o pai biológico, a ausência em relação à criança não pode ser encarada como um comportamento omissivo. A omissão é configurada quando a pessoa não age e era esperado que o fizesse. Sem a ciência do fato, não há como esperar uma ação.

O comportamento de propor a ação vindicatória do estado de filho, configurará o *factum proprium*, gerador de legítima confiança neste sentido. Ausente o *venire* (comportamento contraditório), não há que se falar na aplicação do *venire contra factum proprium*.

No caso, houve um flagrante ato ilícito, tipificado no art.186 do Código Civil, pois o comportamento da genitora, ao omitir a gravidez e o nascimento do filho, gerou sofrimento e a impossibilidade de criação de um vínculo afetivo natural entre o pai biológico e seu descendente. A ação vindicatória, neste caso, encontra amparo também nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social e familiar.

O STJ, em algumas decisões, decidiu ser cabível a ação vindicatória e atribuiu a legitimidade ativa ao pai biológico, como demonstrado adiante:

Processual civil e civil. Família. Viabilidade de reconhecimento da relação de parentesco por terceiro. Impossibilidade jurídica do pedido não caracterizada.

- Possibilidade jurídica do pedido e a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico.

- A ausência de vedação à pretensão autoriza a propositura da ação, a fim de que se examine o mérito e se proclame a existência ou inexistência de determinado direito.

- O STJ ampliou a possibilidade de reconhecimento de relação de parentesco, nos moldes da moderna concepção de direito de família.

- A pretensão do autor de, através da via declaratória, buscar estabelecer, com provas hábeis, a legitimidade e certeza da relação de parentesco não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido.

- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 326136/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 20/06/2005, p. 265) – grifos não constantes no original.

A criança, cuja paternidade é vindicada, neste caso, possui um pai registral, que poderá desempenhar a função paterna, com todos os seus direitos e deveres, acompanhados de carinho e amor ou apenas figurar formalmente com esta função, sem estabelecer vínculo socioafetivo.

Apesar de incidir na prática delitiva do art.242 do Código Penal, tal comportamento é compreendido e até mesmo perdoado pelo órgão jurisdicional, quando motivado por justa nobreza. No entanto, tal procedimento foi inadequado e reprovável em relação ao pai biológico, que foi tolhido da informação de que se tornara pai e da convivência com o seu filho.

A ausência do pai biológico na vida da criança não foi decorrente de irresponsabilidade, despreocupação e falta de cuidado, como se percebe em muitas outras circunstâncias.

Neste contexto, a ação vindicatória do estado de filho seria procedente e o Juiz, no caso concreto, julgaria de forma que o melhor interesse da criança fosse atendido. Interessante solução para o caso em que já estivesse formado um vínculo socioafetivo, com o pai adotivo à brasileira, seria a pluripaternidade, já que nem sempre é necessária a opção entre um critério ou outro de filiação. Portanto, o

venire contra factum proprium não poderia ser utilizado como argumento de defesa.

Diferentemente ocorre nas circunstâncias em que o indivíduo já tem ciência da possibilidade de ser o pai biológico. Neste caso, espera-se uma ação do sujeito, que, não ocorrendo, configurará a omissão.

A princípio, esta omissão não seria vinculante, mas se torna, por transcender a esfera do seu praticante para repercutir fática e objetivamente sobre outras pessoas, embora tal repercussão não seja formalmente reconhecida pelo direito. Os fundamentos que justificam a proibição do comportamento contraditório, encontram-se na confiança, boa-fé objetiva e no abuso do direito.

O *factum proprium*, como já descrito anteriormente, responsável pela criação de expectativas frustradas com o *venire*, pode ser também um ato omissivo. Portanto, quando o pai biológico deixa de exercer a função paterna (*factum proprium*/omissão), inerente ao direito de ser pai, cria legítimas expectativas que, no caso, foram violadas com a propositura da ação vindicatória do estado de filho (*venire*). Atenta à confiança despertada, na outra parte ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido e não contrariado.

Nestas circunstâncias, aparentemente, o pai biológico atua no exercício de um direito subjetivo, não desrespeitando a estrutura normativa, porém ofendendo a sua valoração, caracterizando o abuso de direito. De acordo com o art. 1604 do Código Civil, "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". Portanto, teria legitimidade para propor a ação vindicatória do estado de filho, já que seria possível provar a falsidade do registro de nascimento (realizado através da "adoção à brasileira", com a declaração falsa de paternidade).

Vale ressaltar que, a proibição do comportamento contraditório possui o fim maior de impedir a violação de expectativas legítimas despertadas na outra parte ou em terceiros. A omissão do pai biológico desperta a legítima confiança de que não exerceria o direito referente à paternidade: na genitora, no pai registral e na criança. O comportamento inicial tem a possibilidade de despertar confiança em outras pessoas que foram atingidas, ainda que indiretamente, pelo *factum proprium* e, em razão disso, admite-se a diversidade do sujeito passivo.

Aplicando a teoria dos indícios da legítima expectativa, de Anderson Schreiber, na

situação tratada, identifica-se a adoção de medidas (adoção à brasileira) e a efetivação de gastos e despesas, com base no comportamento inicial. Além disso, percebe-se o grau elevado de sua repercussão exterior e a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento. Dessa maneira, resta concretizada a legítima expectativa.

O ato abusivo poderá ser utilizado como matéria de defesa pela parte interessada, pelo Ministério Público ou mesmo conhecido de ofício, a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Sendo reconhecido pelo magistrado, a sanção será a que melhor atender às peculiaridades do caso concreto, priorizando o impedimento da produção dos efeitos do comportamento contraditório (utilização de medidas inibitórias). No caso em comento, a consequência jurídica seria a impossibilidade do exercício da pretensão (considerando que não se perde o direito, mas a pretensão do direito material).

Em relação ao dano, é exigido como pressuposto para a invocação do *venire* nas hipóteses de pretensões reparatórias, mas dispensável quando a invocação do *venire* vier sob a forma de defesa.

O pai biológico, pertencente a um grupo social, quando optou por determinado comportamento dentre vários possíveis, devia ter considerado a repercussão na esfera dos interesses alheios, para se buscar uma sociedade justa e solidária. Deveria ter adotado um comportamento segundo a boa-fé.

Quando é proposta esta ação, nestas circunstâncias, mas com vínculo de afeto existente entre o adotante e o adotado, normalmente a jurisprudência tem privilegiado a filiação socioafetiva.

Conforme julgado do STJ: "A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família." (STJ. REsp 1087163 / RJ Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI).

Entretanto, no dia 13/09/2011, foi publicada notícia no *site* do STJ referente a um julgado, em que a Corte entendeu que o pai biológico era parte ilegítima para ajuizar ação de alteração de registro de nascimento de filiação socioafetiva (Ação vindicatória do estado de filho). Julgou improcedente a demanda, sob o argumento

de ilegitimidade do autor (pai biológico), deixando de julgar o mérito da causa. Portanto, a matéria foi extinta sem o julgamento do mérito (art.267, VI do CPC), por falta de uma condição da ação (legitimidade).¹¹⁹

O Superior Tribunal de Justiça, visando o melhor interesse da criança, julgou a demanda de forma que a questão não fosse atingida pela imutabilidade da coisa julgada. No futuro, ao atingir a maioridade civil, a criança poderá pedir a retificação de seu registro, caso queira, pois será possível a rediscussão da matéria.

No julgado, a Ministra Nancy Andriahi, relatora do recurso do pai afetivo, observou que o pai afetivo sempre manteve comportamento de pai, na vida social e familiar, desde a gestação. Demonstrou ser um pai atencioso, cuidadoso e com um vínculo afetivo sólido com a criança, que na época do julgado já era adolescente. Por outro lado, a relatora observou que o pai biológico, ao saber da paternidade, deixou passar mais de três anos sem manifestar interesse afetivo, mesmo sabendo que estava sendo criada por outra pessoa. Conclui que o período de inércia afetiva demonstra claro descaso do genitor em relação à paternidade.

¹¹⁹ STJ: [http:// www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103144](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103144). Acessado em 16/04/2014.

6 CONCLUSÃO

O princípio de proibição ao comportamento contraditório tem imediato fundamento constitucional e é instrumento de realização do princípio da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Há direta vinculação entre eles.

Não há norma específica que o consagre e sua inclusão no âmbito da cláusula geral de boa-fé objetiva facilita sua aplicação às relações privadas. Deve ser compreendido como meio de concretização do princípio geral da boa-fé objetiva e da tutela da confiança, sendo aplicável a todas as situações que se incluam no âmbito daquela cláusula geral.

O *venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro comportamento é o *venire*. Quando o *venire* se mostra contrário ao *factum proprium*, aliado a outro elemento, caracterizará o instituto em questão.

No entanto, nem toda incoerência comportamental pode ser descrita como sendo caso de *venire contra factum proprium*, somente aquela que destrói a confiança surgida na outra parte. A incoerência em si mesma é irrelevante, apenas interessando os resultados quanto ao outro sujeito, se houve o surgimento da confiança.

Para a caracterização do *venire*, não importa a investigação de culpa, pois decorre da violação da boa-fé objetiva, exigindo-se apenas a violação à legítima confiança despertada na contraparte.

O *venire contra factum proprium* possui como fundamentos: a boa-fé objetiva, a confiança e o abuso do direito.

A boa-fé objetiva é um princípio jurídico consubstanciado no dever das partes de uma relação jurídica comportarem-se com lealdade, cooperação e coerência no cumprimento das expectativas alheias despertadas nas relações jurídicas, preservando a confiança. Age de forma a limitar a vontade individual.

A boa-fé objetiva apresenta as funções: de orientação interpretativa, criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal e restritiva do exercício de direitos.

Para a aplicação do *venire contra factum proprium* no Direito de Família, no caso específico, será relevante a terceira função, que impede o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas.

A boa-fé objetiva mantém relação com o abuso do direito, pois ao ultrapassar os limites impostos por ela, o titular de um direito subjetivo sofrerá sanções no âmbito civil.

A confiança é referência das relações privadas, mesmo as existenciais, estabelecendo deveres jurídicos que vinculam os sujeitos, sendo vedado o comportamento contrário às expectativas produzidas no outro. Seu fundamento está na boa-fé objetiva, que é instrumento para a preservação da justa confiança.

A tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, já que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência, por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência.

O comportamento abusivo, embora aparentemente lícito, é inadmissível por contrariar a boa-fé objetiva. Será caracterizado quando um determinado direito tiver sido desviado de sua função social.

A limitação ao exercício do direito abusivo, contrário à boa-fé e à confiança legítima, será a consequência fundamental para que seja evitado o comportamento contraditório ou, caso já tenha ocorrido, para impedir que incidam os efeitos causadores de dano.

Após a Constituição Federal de 1988, todos os filhos passaram a ter as mesmas prerrogativas, independentemente de sua origem ou da situação jurídica dos seus pais. Portanto, os filhos socioafetivos passaram a ter a mesma proteção que os filhos biológicos.

A disciplina da nova filiação deve basear-se em três preceitos constitucionais: plena igualdade entre os filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral.

A filiação é uma relação jurídica multifacetária, que apresenta três diferentes perspectivas: filiação, maternidade e paternidade.

Existem três critérios para a determinação da filiação: o critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previstas no texto legal; o critério biológico, centrado no vínculo genético e que utiliza o DNA para dar certeza científica e o critério socioafetivo, estabelecido pelo afeto e solidariedade. entre determinadas pessoas.

O reconhecimento de filhos poderá ser voluntário ou forçado. O voluntário se aperfeiçoa de forma espontânea, quando é declarado o vínculo de união ao filho nascido. O reconhecimento forçado ocorrerá através de ação investigatória, através de sentença publicada pelo Estado-juiz.

Em muitas situações cotidianas, não há o reconhecimento voluntário do filho, havendo a necessidade de uma medida coercitiva para a constituição do vínculo jurídico parental. Além dessas situações, pode ser também necessária uma ação para a desconstituição da parentalidade. A primeira corresponde a ação de investigação, em que se procura a constituição do estado de filho e a segunda corresponde a ação de contestação de paternidade, em que se busca afastar a presunção de paternidade.

No Brasil, estas duas ações estão previstas expressamente em lei, mas pela necessidade de novos dimensionamentos dessas demandas tradicionais, terminaram surgindo outras outras. Através da ação investigatória, será possível investigar o parentesco com avós, tios, irmãos, por exemplo. Neste contexto, surge a ação vindicatória do estado de filho, que é aquela demanda que cabe ao pai biológico em face de um terceiro que registrou um filho que é seu, baseada no art. 1604 do Código Civil.

A adoção de criança e adolescente é regida segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, apesar da tentativa do Poder Judiciário de acelerar o procedimento exigido, algumas famílias se utilizam do "jeitinho brasileiro" para adotar crianças, sendo denominada esta forma ilegal de "adoção à brasileira".

Apesar de estar tipificada no art.242 do Código Penal, quando realizada por motivo nobre, o Judiciário tem absolvido o adotante da pena ou aplicado de forma privilegiada.

Apesar de ilegal, gera efeitos jurídicos, como toda a paternidade. Só é permitido ao pai adotante, neste caso, buscar a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado. Caso contrário, é aplicado o instituto do *venire contra factum proprium* e protegida a confiança legítima despertada.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da isonomia, da afetividade, do melhor interesse da criança e da paternidade responsável são norteadores para a aplicação do *venire contra factum proprium* nos casos envolvendo a ação vindicatória do estado de filho e a "adoção à brasileira".

No momento da verificação da aplicação, verificou-se a existência de quatro possibilidades de situações enquadradas no caso em confronto: a primeira, em que o pai biológico só tem ciência da possibilidade de ser pai quando a criança já se encontra registrada por outra pessoa, que não possui vínculo socioafetivo; a segunda, em que o pai biológico só tem ciência da possibilidade de ser pai quando a criança já se encontra registrada por outra pessoa, com vínculo socioafetivo; a terceira, em que o sujeito já estava ciente da possibilidade de ser o pai biológico, mas não assume a paternidade e nem utiliza os meios disponíveis para esclarecer qualquer dúvida existente e a criança é registrada por outro indivíduo, sem desenvolver um vínculo afetivo e por último, a situação em que o sujeito já estava ciente da possibilidade de ser o pai biológico, não assume a paternidade e nem procura comprová-la, e a criança é registrada por outra pessoa, com a qual possui vínculo socioafetivo.

A existência ou não do vínculo afetivo, nos casos envolvendo adoção à brasileira, termina por produzir efeitos de forma diferenciada, diante do Órgão Jurisdicional. Normalmente, quando o vínculo formado entre o adotante e adotado se mostra inquebrável, tende a prevalecer o critério socioafetivo em relação ao biológico. Entretanto, se o pai biológico foi impedido de conviver com a criança, por desconhecimento da informação, não seria justo negar a procedência da ação, com o fim de estabelecer judicialmente o vínculo do parentesco da filiação. Atualmente, nos casos em que não há prevalência de um critério em relação ao outro, tem-se admitido a pluripaternidade.

Como o direito de família é baseado em valores, princípios jurídicos, dentre os quais destacamos a boa-fé objetiva, e a atual realidade familiar demonstra preocupação dos institutos jurídicos de proteger as expectativas e os direitos de todos os sujeitos do grupo familiar, mesmo quando a violação do direito decorra do exercício abusivo do direito de outrem, o *venire contra factum proprium* poderá ser aplicado neste ramo do direito.

Analisando as situações específicas originárias do caso da ação vindicatória do estado de filho e da "adoção à brasileira", conclui-se que os requisitos do *venire contra factum proprium* só estão presentes nos casos em que o indivíduo já estava ciente da possibilidade de ser o pai biológico e comporta-se de forma omissiva no primeiro momento. Nos casos em que o sujeito não havia sido informado da gravidez, ficando impedido de conviver com a criança e de criar um vínculo de afeto natural, não existirá o comportamento contraditório. A propositura da ação representará o *factum proprium*, criador da expectativa de que deseja exercer a função de pai em relação àquela criança.

Nos casos em que os requisitos estão presentes, a genitora e o "pai adotivo à brasileira" deverão ter suas legítimas expectativas protegidas, utilizando o *venire contra factum proprium* como forma de defesa na ação proposta. Por conta do comportamento contraditório do pai biológico, seu direito de pretensão deverá ser perdido (não o material), através de medida inibitória, para que os efeitos do *venire* não venham a ocorrer.

A harmonização da família constituída deverá prevalecer, não com o intuito de proteger a família por si só, mas os membros integrantes desta e suas dignidades. O melhor interesse da criança, que envolve afeto, solidariedade, planejamento familiar, desejo de ser pai e a paternidade responsável, deverá ser observado e priorizado.

Além do mais, como fundamentado durante o trabalho, a criança poderá, caso queira, buscar o reconhecimento da filiação biológica, quando for maior e capaz para praticar os atos civis, autonomamente. A "adoção à brasileira" não é igualada a adoção legal e não rompe totalmente os vínculos com a família biológica.

Nos casos em que os requisitos do *venire contra factum proprium* não estão presentes, a ação deverá ser procedente e o juiz, no caso concreto encontrará a melhor solução.

O *venire contra factum proprium* aplicado às situações permitidas, dentro do contexto da ação vindicatória envolvendo a "adoção à brasileira", servirá, além de forma de proteção da confiança legítima de quem a nutriu, como forma de impedir a repetição de posições omissivas quanto à possibilidade de ser pai. Mesmo que haja dúvidas em relação à paternidade, o sujeito procurará, brevemente, os meios disponíveis para esclarecê-las.

Por outro lado, assim como o vínculo de afeto e as expectativas da criança de que este seria permanente são protegidos, quando o pai "adotivo à brasileira" busca o desfazimento da declaração de paternidade, após rompimento da relação com a genitora, deve ser protegido esse mesmo vínculo quando o pai biológico, após comportamento omissivo quanto à filiação, age de forma contraditória, violando a confiança despertada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 2. ed. Lisboa, 2001.

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juriá, 2007.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6, 4.ed. Salvador: Jus PODIVM, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**.v. 1, 14. ed. Salvador: Jus PODIVUM, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 5, 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6, 4.ed. Salvador: Jus PODIVM, 2012.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral**. 9.ed. Salvador: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6, 11.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

Lèvi-Strauss, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência.** 15.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado.** v. 3, 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. **Teoria dos Atos Próprios.** Salvador: JusPodivm, 2008.

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

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito de Família.** v.5, 18.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Documentos jurídicos

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1998.

JURISPRUDÊNCIA

REsp 326136/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 20/06/2005, p. 265.

STJ - REsp: 23 PR 1989/0008158-6, Relator: Ministro ATHOS CARNEIRO, Data de Julgamento: 19/09/1989, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.10.1989 p. 15856 JBCC vol. 166 p. 234 RJM vol. 71 p. 68 RSTJ vol. 5 p. 307.

STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/05/2010, T3 - TERCEIRA TURMA.

TJ-MS - AI: 14113751820148120000 MS 1411375-18.2014.8.12.0000, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 18/09/2014, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 18/09/2014.

TJ-PR - ACR: 1700849 PR Apelação Crime - 0170084-9, Relator: Fábio Haick Dalla Vecchia, Data de Julgamento: 09/06/2005, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 24/06/2005 DJ: 6897.

Artigos:

Artigo da revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), nº 125. Fevereiro, 2006.

SANCHES, Salua Scholz. **Adoção à brasileira e seus aspectos polêmicos.** Publicado em 08/2014. Disponível em: <http://www.jus.com.br/artigos/31486/adocao-a-brasileira-e-seus-aspectos-polemicos>.

SILVA, Marllisson Andrade. **Adoção à brasileira x filiação biológica:** posição do STJ. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 17 jun.2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43982&seo=1>>. Acesso em: 16 abr.2014.

TARTUCE, Flávio. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** Belo Horizonte: IBDFAM, v. 4, jun./jul. 2008.

MATERIAL ONLINE

Disponível em: <http://www.abdir.com.br/portais/DireitoDoSeguro/pdf/historia.doc>. Acesso em: 31 de Maio de 2010.

Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>: Acesso em 26/10/14.

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/infancia-e-juventude/cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em 25/11/2014.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25/10/2014.

Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em 26/10/14.

Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200. Acesso em: 05/11/2014.

Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>: Acesso em 26/10/14.

Disponível em: [http:// www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43982&seo=1](http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43982&seo=1)>. Acesso em 16 /04/14.

Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em 26/10/14.

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/infancia-e-juventude/cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em 25/11/2014.