

# CONCEITO DE FILIAÇÃO: ORIGENS E EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

*Data de aceite: 01/03/2023*

**Marília de Lourdes Lima dos Santos**

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar o conceito de filiação, que, conjuntamente ao conceito de família, passou por alterações relevantes. O viés da proteção patrimonial do direito de família, paulatinamente foi substituído por critérios de afeto mútuo. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 foi determinante para, antes mesmo da edição do Código Civil de 2002, proibir a distinção entre filhos decorrente da origem. Ainda sobre o tema filiação, novas técnicas de reprodução assistida, constituem fonte de vínculos que necessitam de regulação pelo direito. Em todo o contexto observado na atualidade, a família mostra-se como instrumento, o ambiente para que a pessoa desenvolva sua condição existencial, em conformidade com a prevalência da dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Filiação; Família; Afetividade; e Dignidade.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the concept of affiliation, which, together with the concept of family, has undergone relevant changes. The heritage

protection bias of family law was gradually replaced by criteria of mutual affection. In this sense, the Federal Constitution of 1988 was decisive for, even before the edition of the Civil Code of 2002, prohibiting the distinction between children due to origin. Still on the subject of affiliation, new techniques of assisted reproduction constitute a source of bonds that need regulation by law. In all the context currently observed, the family appears as an instrument, the environment for the person to develop his existential condition, in accordance with the prevalence of the dignity of the human person.

**KEYWORDS:** Filiation; Family; Affection; and Dignity.

## 1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A noção tradicional de filiação assenta-se na ideia de união entre uma pessoa e aqueles que a geraram. Neste sentido, Miranda conceitua a filiação como “a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à

mãe, e filiação, quando do filho para qualquer dos genitores” (MIRANDA, 2000, p. 45).

A evolução das técnicas de reprodução, somada às modificações na estruturação da família moderna, nada obstante, alteraram o instituto ora discutido, promovendo o desenvolvimento de novos conceitos relacionados à paternidade e maternidade. Desse modelo, ressalta-se a transformação observada na legislação brasileira e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a fim de responder às demandas da sociedade.

É de grande importância a análise dos institutos do Direito Civil a partir das suas origens na antiga Roma. O modelo clássico da família romana centrava-se na autoridade do *pater familias*, o ascendente do sexo masculino mais velho. Esse era o chefe do culto doméstico, fator determinante da união familiar. Incumbia ao chefe do culto familiar reconhecer os filhos, de forma que nem o critério biológico prevalecia à autoridade do *pater familias*, porque ele tinha o poder para excluir do culto familiar os próprios filhos e incluir estranhos sob seu o julgo.

Boscaro (2002) assevera que a vontade do chefe era a principal fonte dos direitos assegurados a seus integrantes, uma vez que dispunha ele mesmo do poder de vida e de morte sobre tais membros. A esposa também tinha seu destino subjugado ao do chefe da família, não exercendo poder sobre os filhos.

Importante esclarecer que a supremacia do *pater familias* não se deve à simples supremacia do poder masculino; decorre, na verdade, da prevalência dos interesses econômicos da relacionados à proteção da propriedade privada e dos interesses da família como instituição. Assim, os laços matrimoniais não se fundavam na afeição, mas por interesses econômicos, ao passo que o reconhecimento dos filhos visava à sucessão da fortuna materna. A subserviência ao *pater* centrava-se no esforço comum de construção e conservação de um patrimônio.

No Império de Justiniano, no entanto, prevaleceu a idéia de que se o filho era concebido na constância de um matrimônio, não necessitaria do reconhecimento paterno para ingressar na família. Haveria presunção de ser a esposa mãe e o marido pai. A importância dos laços consanguíneos sobressaiu em relação aos demais, os quais acabaram por prevalecer no Direito moderno.

Ademais, a expansão do Império Romano possibilitou maior independência dos filhos em relação ao poder paterno. Havia necessidade de soldados dispostos a empreender a conquista de novos territórios e pessoas interessadas em realizar colonização das terras conquistadas. O crescimento da importância do Estado Romano também propiciou essa independência, tendo em vista a formação de uma justiça estatal que limitava o pátrio poder. “Os filhos pertencem à República, antes de pertencerem aos seus pais.” (DANTAS, 1991, p. 373).

No que tange ao Direito moderno, conforme o exposto, o critério da consanguinidade predominou sobre os demais. Prevalecia o entendimento de que a maternidade era sempre certa, enquanto a paternidade sempre incerta. Contudo, a evolução da ciência tornou

possível a prova da paternidade pelo critério da consanguinidade.

Desta maneira, na família tradicional os laços sanguíneos embasam as relações, que prevaleciam em detrimento aos laços afetivos. A prova obtida por exames genéticos, que determinam com precisão a ligação biológica, no entanto, podem não corresponder à verdade fática. Diante desse contexto, a filiação já tem sido encarada com diferentes enfoques, quais sejam, o biológico, o jurídico e o socioafetivo.

Por fim, importante destacar a carga social relacionada às questões decorrentes da filiação. Neste sentido, cita-se a legitimação de filhos havidos fora do casamento, frutos de incesto e de quaisquer situações reprovadas socialmente.

## **21 EVOLUÇÃO DA FILIAÇÃO NO ORDEMANENTO JURÍDICO NACIONAL**

A Constituição Federal de 1988 representa um marco para a situação jurídica do filho no Direito brasileiro. Suas disposições modificaram os antigos paradigmas da questão da filiação, ao igualar todos os filhos. Nesse contexto, é necessário destacar a evolução legislativa da filiação, enfatizando os pontos mais importantes desta trajetória.

Em 1847, a filiação começou a ser tratada pelo ordenamento jurídico nacional, visto que até então vigorava o sistema português, disposto nas Ordenações Filipinas. Nesse ano foi elaborada a Lei n.º 463, para extinguir a diferenciação antes existente entre filhos de nobres de plebeus, chamados peões, estabelecendo regras idênticas para essas classes no que tange aos direitos hereditários.

A primeira disposição acerca da prova da filiação, por sua vez data de 1890, no Decreto n.º 181, o qual regulamentou o casamento civil, previa que a filiação ilegítima só poderia ser provada através da confissão espontânea do suposto pai, ao passo que os filhos naturais seriam provados por confissão ou pelo reconhecimento feito em escritura pública ou outro documento emanado pelo pai.

A filiação natural decorria da procriação, podendo ser legítima ou ilegítima, tendo em vista a constância ou não de casamento. A filiação ilegítima, por sua vez, poderia ser natural, não havendo impedimento para um casamento, ou espúria, quando decorresse de adultério ou incesto. Havia, ademais, a filiação civil decorrente da adoção.

Outro marco na evolução da legislação concernente à filiação foi a publicação do Código Civil de 1916, que estabelecia regras rígidas para a determinação da filiação, negando a possibilidade investigação da paternidade, tanto voluntária quanto judicial, em relação aos filhos incestuosos e adúlteros. Apenas para fins de alimento tal investigação seria possível.

A Constituição Federal de 1937 igualou os filhos naturais aos legítimos, referente aos direitos e deveres dos pais. Ressalta-se que não constava nesse rol de filhos reconhecíveis os chamados espúrios. Já pelo Decreto-Lei n.º 3.200, ficava proibida a qualificação do filho na certidão de nascimento, salvo por pedido do interessado ou por determinação judicial.

A Lei n.º 883 de 1949, possibilitou aos filhos naturais a investigação da paternidade, negando-a, no entanto, para os adúlteros, o que só poderia ser feito depois de dissolvida a sociedade conjugal ou a separação de fato por mais de cinco anos consecutivos. Em 1977, foi permitido o reconhecimento de filho na constância do casamento, por meio de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, sendo essa parte irrevogável. A referida lei dispunha, sobre a questão da sucessão, *in verbis*: “Art. 2º O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.”

Já a Lei n.º 6.515, de 1977, extinguiu a diferenciação entre os filhos, garantindo os mesmos direitos a todos: “Art. 51º Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições.”

Delineou-se a situação jurídica dos filhos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. A família passa a ser considerada a base da sociedade, merecendo grande atenção do Estado. Foi assegurada a proteção aos filhos, sem haver diferenciações. Assim, importante destacar o artigo 227, abaixo transcrito:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

Neste contexto, ressalta-se a importância da Lei n.º 7.841, de 1989, a qual tornou possível o reconhecimento de filhos ilegítimos mesmo na constância do matrimônio, assim como a realização da investigação de paternidade ou maternidade. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente destaca a importância da tutela da formação da personalidade do menor, prevalecendo, até mesmo sobre a vontade dos pais, com o controle direto sobre a educação do menor.

### **3 I A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

A Lei Nº 10.406/2002, Código Civil Brasileiro, em harmonia com Constituição Federal, consagrou a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos, assim como proibiu qualquer designação discriminatória em relação à filiação. No entanto, manteve a distinção entre filhos havidos ou não na constância do casamento, determinando a presunção de paternidade dos filhos concebidos sob a égide matrimonial.

Desta feita, cabe transcrever as disposições do Código Civil sobre a presunção da filiação:

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

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

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

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597.”

Observa-se que o novo Código civil acrescentou as hipóteses de fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido ou a esposa, a qualquer tempo, desde que se trate de embriões excedentes. A fecundação artificial heteróloga, por sua vez, depende do prévio consentimento do marido. Essa inovação decorre da concepção de novas técnicas de reprodução inseridas na sociedade, a respeito das quais se observa uma lacuna no ordenamento jurídico.

O artigo 1.598 do Código Civil introduz uma nova situação em que se verifica a presunção de paternidade concernente à situação em que a viúva está grávida a época do falecimento do marido, considerando para tanto um lapso temporal de trezentos dias, a partir do falecimento. Trata, ademais, da hipótese em que o casamento vem a ser considerado nulo ou anulado, ainda que ambos os cônjuges tenham contraído sem boa-fé, e tendo a mulher contraído novas núpcias, o filho será considerado do primeiro marido desde que nasça até trezentos dias após o fim da sociedade conjugal.

O dispositivo supracitado, contudo, vai de encontro ao disposto no artigo 1.523, também do Código Civil, que proíbe o casamento nos casos indicados acima. Nesses casos, devem ser aceitas contestações de paternidade, sendo imprescritível tal ação.

A presunção exposta nas linhas acima pode ser ilidida, caso seja provada a impotência do cônjuge para gerar a época da concepção. Não ilide tal presunção, nada obstante, o adultério da mulher, ainda que confesso, nem mesmo a negação materna da paternidade.

Apesar da dicção legal, a jurisprudência tem entendido que a presunção de paternidade deve sofrer em alguns casos restrições. Estendeu-se ao filho o direito de requerer a retificação da filiação, através da ação negatória, direito este previsto privativamente para o pai presumido. Ademais, considerou-se personalíssimo o direito ao

reconhecimento do estado de filiação, não havendo mais prazo decadencial para propor a ação negatória de paternidade.

A prova da filiação se dá pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil. Apenas em casos de erro e falsidade do registro é permitido questionar o que nele está prescrito. Na ausência do termo de nascimento ou de erro, é permitido provar a filiação por todos os meios permitidos pelo direito. Neste sentido, até mesmo o fornecimento de alimentos estabelece a presunção de paternidade.

## 4 I FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS NOVAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO

A evolução da ciência e das relações sociais impôs ao Direito a necessidade de rever antigos paradigmas. O desenvolvimento da reprodução artificial e as inúmeras possibilidades dela decorrentes, somadas as novas formas de família forjadas na sociedade, que alteram o padrão da família tradicional trazem conseqüências jurídicas, afinal, o Direito deve corresponder aos valores e necessidades sociais antecedentes. Desta feita, necessário se faz tratar mais detidamente dos temas supra relacionados.

### 4.1 Reprodução assistida

A reprodução assistida é uma realidade que deve ser observada pelo Direito. O desejo de transmitir um legado está insito na natureza humana. Desta feita, métodos de fertilização assistida passam a ser a única solução para os casos em que haja impossibilidade de reprodução pelos meios naturais. Exemplos não faltam para demonstrar a precariedade do Direito pátrio para fazer jus a tais inovações. Desse modo, por meio da reprodução medicamente assistida é possível conceber um filho com duas mães, através da inserção em um espermatozóide da carga genética de uma mulher, ou mesmo com dois pais. Também é uma realidade a possibilidade de a avó dar à luz um neto, além do congelamento do sêmen. As hipóteses, na realidade, são inúmeras.

Sabe-se que o Direito tem o objetivo de buscar soluções para as demandas sociais. Urge a necessidade de aproximar o Direito da bioética a fim de encontrar soluções adequadas para questões de tamanha complexidade. Cabe destacar as hipóteses mais relevantes de reprodução assistida e as conseqüências no direito à filiação, isto sob o enfoque da bioética.

A **inseminação artificial homóloga** caracteriza-se pela coleta de material genético dos cônjuges, já na **inseminação artificial heteróloga**, utiliza-se material genético de, pelo menos, um terceiro, distinto da relação conjugal. Na inseminação artificial heteróloga, não há presunção de paternidade, porque se utiliza material genético de pessoa distinta da sociedade conjugal.

Na inseminação artificial homóloga, por sua vez, tendo em vista que o material genético é do casal, uma vez realizado o procedimento, não há possibilidade de negar a

filiação. A inseminação deve ocorrer durante o casamento, mas caso ocorra após o término, haverá presunção de paternidade.

O Código Civil, artigo 1.597, inciso IV, trata da presunção de paternidade no que tange aos embriões excedentes, ou seja, para configurar tal presunção é necessário que tenha ocorrido uma inseminação anterior, da qual restou o embrião, caso contrário, não haverá presunção. Tal raciocínio, contudo, não é unânime na doutrina, pois há quem considere o termo excedentário, empregado pelo legislador, mero equívoco terminológico (WALTER, 2003).

Outra questão de destaque relacionada à inseminação homóloga tange à possibilidade de a mulher decidir a qualquer tempo gerar um filho decorrente de relacionamento anterior, mesmo que o cônjuge tenha falecido ou ocorra a separação. Desta feita, o Código Civil estaria admitindo a família monoparental, formada pela mãe ou pelo pai e o filho.

Discute-se, ainda, o direito de a pessoa conhecer suas origens genéticas, notadamente à luz das técnicas de reprodução artificial. Na Alemanha, por exemplo, prevalece a posição que concerne esse, como um direito da personalidade. No Brasil, Caio Mário Pereira (2006) considera que o direito ao nome civil, com destaque para o nome de família, é um direito de natureza pessoal e integraria a personalidade.

Tantas outras questões poderiam ser expostas, assim como extensos argumentos, contudo, este trabalho não tem o objetivo de exaurir o assunto, mas apenas alertar para a emergência do tema.

## **4.2 Filiação socioafetiva**

Questão de suma importância diz respeito à dicotomia entre filiação biológica e afetiva. Ascende a importância dos vínculos afetivos o afeto que deve unir pais e filhos. A família deixa de ser um conjunto de pessoas unidas por laços sanguíneos e passa a ser a família sociológica, totalmente voltada para a realização da felicidade de seus membros. Não é o indivíduo que existe para a família, mas, sim, esta que existe para suprir seus anseios e alcançar a felicidade.

Os exames de investigação de paternidade apontam com precisão os pais biológicos, ao passo que o ordenamento jurídico oferece o arcabouço necessário para cobrar deles a responsabilidade patrimonial. No entanto, o afeto, imprescindível para a formação de uma criança, a lei não pode impor. Surge, assim, a questão: quem deve ser considerado pai ou mãe?

Fala-se em posse do estado de filho, “aquela relação afetiva íntima e duradoura, que decorre de circunstâncias de fato, situações em que uma criança usa o patronímico do pai, por este é tratado como filho, exercitando os direitos e deveres inerentes à filiação” (NOGUEIRA, 2001, p. 85). Pugna-se pela elevação do afeto à categoria de valor juridicamente relevante.

A essa postura, contrapõem-se aqueles que consideram o afeto como elemento

fático, que é destacando a possibilidade de diluição de tais laços com o passar do tempo, carecendo de dados objetivos para sua consideração na construção dos laços filiais, visto que a desconstituição de tais laços não é possível.

Os Tribunais Superiores têm se posicionado pela possibilidade de concomitância de vínculos afetivos e biológicos, conforme se infere do tema de Repercussão Geral nº 622 do STF:

“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”

Da breve análise realizada acerca do tema, conclui-se que ele é de suma importância e merece maior atenção da doutrina, e principalmente do legislador, a fim de suprir a lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Sílvio Neves. **Ensaio de direito civil**. São Paulo: Método, 2006.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.