



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Prevalência da Paternidade Socioafetiva nas Relações Sucessórias

Aline Figueirôa de Souza

Rio de Janeiro
2009

ALINE FIGUEIRÔA DE SOUZA

Prevalência da Paternidade Socioafetiva nas Relações Sucessórias

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.
Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NAS RELAÇÕES SUCESSÓRIAS

Aline Figueirôa de Souza

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos. Advogada. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Gama Filho.

Resumo: as relações de Direito de Família se apresentam de formas complexas e, por isso, intrigantes. Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, a família se transforma para se adaptar às novas condições e valores morais. Cada vez mais se percebe que a família se distancia da concepção tradicional, de forma que hoje a filiação pode ser definida por três vínculos que se interligam: o jurídico ou presumido, o biológico ou genético e o socioafetivo. A essência do trabalho é abordar essas classificações, verificar qual a relevância de cada uma e apontar qual a que melhor orienta a determinação da paternidade.

Palavras-chaves: família, filiação, paternidade.

Sumário: 1- Introdução. 2- Formas de filiação no Código Civil de 2002. 3- Caracterização da paternidade socioafetiva. 4- Prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica nas relações sucessórias. 5- Análise jurisprudencial. 6- Conclusão. Referências.

1- INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da filiação no ordenamento pátrio e as questões acerca do vínculo paterno-filial, que pode se constituir de três formas: jurídica, biológica

e socioafetiva. O objetivo do presente estudo é identificar as formas de constituição desses vínculos e determinar qual deles deve prevalecer nas relações sociais.

As constantes mudanças sociais fizeram com que a doutrina e a jurisprudência reconhecessem novos modelos familiares. A base dessas relações nem sempre se limita aos vínculos consangüíneos. Cada vez é mais freqüente a formação de famílias tendo como elo que une seus membros, simplesmente o afeto. É o caso, por exemplo, da chamada “família mosaico”, formada por um casal, com os filhos de apenas um dos convivente, além dos filhos em comum.

A situação fática que inspirou este tema pode ser explicada pelo seguinte exemplo: uma pessoa possui um pai registral e afetivo que não coincide com o seu genitor biológico. Vindo o pai biológico a falecer, sendo esse autor de uma herança significativa, o filho nunca reconhecido ajuíza ação de investigação de paternidade com o único e exclusivo fim de se habilitar no inventário. Trata-se de uma ação investigatória de cunho meramente patrimonial porque o genitor já está falecido e não será possível constituir qualquer vínculo afetivo. Mais que isso, o investigante já tem um pai, que é aquele homem que a registrou e a educou como se seu filho fosse. Existe uma paternidade socioafetiva que não deve ser desconstituída para o reconhecimento do vínculo biológico com intuito meramente patrimonial.

Insta dizer que o objetivo da pesquisa é demonstrar que as questões familiares não podem se desenvolver com base no caráter estritamente patrimonial. A importância do tema está no fato de que o Direito não pode cancelar a desconstituição do vínculo paterno-filial baseado no afeto em razão da busca do patrimônio daquele que apenas foi o fornecedor do material genético.

Essas, entre outras questões, despertam forte interesse e justificam o presente estudo priorizando os interesses daquele ente que busca o *status* de filho e se apresenta como

sujeito principal deste trabalho. Nessa perspectiva é que se analisa o princípio do melhor interesse da criança, para consolidar a paternidade socioafetiva.

2 – FORMAS DE FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

As definições tradicionais no que se refere à filiação tendem ao mesmo fim de considerá-la sendo a relação que une uma pessoa àquelas que a geraram. É nesse sentido a definição encontrada no dicionário jurídico de De Plácido e Silva: “derivado do latim *filiatio*, na terminologia jurídica é empregado para distinguir a relação de parentesco que se estabelece entre as pessoas que derem vida a um ente humano e este” Silva (1999, p. 358).

Referencial no estudo do Direito Civil, Pereira (1977), em sua célebre obra, conceitua filiação como um fenômeno excepcionalmente complexo, antes de tudo biológico, objeto de indagações sociológicas e históricas que exprime o fato do nascimento e a situação de ser filho traduzindo um vínculo jurídico.

O estudo da filiação tem que estar associado aos seus institutos da maternidade e paternidade por serem correlatos. No que se refere à paternidade, objeto de foco do presente trabalho, faz-se necessário analisar que a declaração do liame paternal passou por três impactos no direito moderno.

O primeiro deles foi o tratamento igualitário, ou isonômico, da prole, artigo 227, §6º da Carta Maior, permitindo-se o reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio. Trata-se de uma especialização do princípio da isonomia, previsto no *caput* do artigo 5º do mesmo diploma legal. Tal evolução ficou caracterizada na elaboração de leis, doutrina e jurisprudência.

Outro impacto não vem na ordem normativa e sim na esfera interdisciplinar com o avanço da Engenharia Genética que passou a colaborar nas investigatórias de paternidade com o exame pericial de DNA. Além disso, surgiram novas técnicas de reprodução assistida a possibilitar que pessoas não responsáveis pela geração da criança pudessem assumir as posições de pai e mãe.

O terceiro impacto se refere ao meio sociocultural em que a pessoa, objeto central de tutela do ordenamento jurídico brasileiro, está inserida. O principal núcleo social em questão é a família, tratada com proteção especial pela Constituição Federal de 1988 a partir de seu artigo 227. Aliás, a estrutura familiar deve ser analisada em face das grandes transformações sofridas nos últimos tempos.

Dessa forma, os estudos recentes sobre filiação vão além da relação entre o novo ser e os responsáveis por sua geração. A relação de parentesco entre pais e filhos pode ter origens das mais variadas, com respaldo legal no artigo 1593 do Código Civil que não limita o parentesco ao vínculo de consangüinidade e permite que resulte de outra origem, de forma a consagrar o vínculo socioafetivo.

Diante dessas inovações é possível identificar três formas de vínculos parentais que unem pai e filhos. O primeiro deles é o vínculo registral, correspondente aos nomes das pessoas que constam como pai e mãe de alguém. Esse registro é baseado nas declarações das partes e nas presunções tratadas pelo Código Civil, como ocorre, por exemplo, no artigo 1.597 ao tratar de um rol de situações em se consideram os filhos nascidos na constância do casamento.

O registro civil de pessoa natural é dotado de fé pública nos moldes da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/73. Assim, presumem-se verdadeiras as declarações registradas em cartório e apenas através de decisão judicial serão possíveis ratificações.

Duas são as principais ações relativas à filiação, quais sejam, a ação investigatória e a de impugnação. Tais ações são mais comuns relativas à paternidade, no entanto, é crescente o número de ações relativas à maternidade, pela possibilidade de troca de bebês.

A ação investigatória cabe ao filho ou seus herdeiros, conforme artigo 1.606 do Código Civil. Já a ação de impugnação compete ao pai, nos termos do artigo 1.601 do mesmo diploma legal. O julgamento de mérito dessas ações deve levar em consideração os três tipos de vínculos parentais.

O segundo critério que define a filiação é o vínculo biológico, consubstanciado no vínculo de sangue que une pai e filho. A contemporaneidade é marcada pelos avanços da Engenharia Genética, como a descoberta do genoma humano e seus benefícios. Tais descobertas atingem diretamente o mundo jurídico, que ao visar à proteção da pessoa, se adequa à nova realidade social e científica.

É nesse contexto que se visualiza a identidade pessoal, que compreende as marcas que tornam o indivíduo único, diferente de todos os outros. A identidade pessoal é um direito derivado do princípio da dignidade da pessoa humana que surge em um ambiente interdisciplinar, associando o sistema jurídico com os avanços da engenharia genética. O progresso da ciência pôs em relevo o DNA, elemento imutável para a identificação do ser humano. Pensa-se que se chegou ao ápice da identificação por ser o DNA único e exclusivo de cada pessoa.

Convém ressaltar que, a valorização do reconhecimento ao vínculo biológico é crescente no meio jurídico, a ponto de causar controvérsias. Vislumbra-se a possibilidade de uma reavaliação da sentença declaratória de paternidade transitada em julgado uma vez que, o Direito deve acompanhar os avanços sociais, em especial, os tecnológicos. As sentenças judiciais proferidas antes de se ter a tipagem do DNA carecem desse embasamento científico e,

conseqüentemente, não proporcionam às partes a segurança devida, não solucionam os conflitos de interesses que configuram os objetivos principais da demanda judicial.

Por fim, a filiação pode ser revelada pelo vínculo socioafetivo, caso em que o estado de filiação decorre da permanência e solidez dos laços afetivos que se constroem no dia-a-dia entre o filho e aquele que se apresenta como pai. A paternidade é constituída a partir da história de vida da família e dos laços afetivos construídos, independente dos vínculos consangüíneos. É o que será objeto de estudo neste trabalho, analisando sua prevalência sobre os demais vínculos paterno-filiais.

3 - CARACTERIZAÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Sem menosprezar o direito fundamental à identidade pessoal, que inclusive corresponde a um direito com garantia constitucional, faz-se necessário verificar outra realidade paralela ao reconhecimento biológico. Nessa perspectiva, o que se pondera é o fato de o vínculo ser constituído sob outras bases, que não genéticas.

Sem dúvidas o vínculo biológico foi fortalecido com a descoberta do exame de DNA, porém a filiação não se esgota nesse elo. Ao contrário, o vínculo paterno-filial é formado pelos laços afetivos, pela história de vida pessoal. A filiação socioafetiva se estabelece em um ato de vontade, sob uma relação íntima em que a criança exerce todos seus direitos inerentes à filiação.

A paternidade socioafetiva se constrói no dia-a-dia, fruto da confiança e do *animus* de exercer a paternidade em sua plenitude, independente da consangüinidade. Trata-se da história de vida de um ser humano, todas as influencias em sua formação, o apoio e segurança confiados ao longo da convivência. São laços afetivos que superam os dados biológicos. Não que esses

possam ser desprezados, mas ao reconhecer a paternidade socioafetiva, o enfoque é voltado para o amor conquistado com a convivência.

Segundo Welter (2003, p.156), o estado de filho afetivo apresenta três requisitos: a *nominatio*, a *tractatus* e a *reputatio*, que representam o nome, quando o filho adota o apelido do pai; o trato, ao ser o filho educado e realmente tratado tal qual um filho de sangue; e a reputação ou fama, quando o filho sempre foi considerado como tal perante a família e a sociedade.

Dentre esses elementos, o nome pode ser dispensado tendo em vista que nas relações sociais, em regra, as pessoas se conhecem pelo prenome. Já o trato é requisito fundamental por abranger o sustento de uma forma geral, a educação, instrução além do afeto configurando toda formação do ser. Indispensável também é a fama que configura a notoriedade do vínculo formado, no sentido da pessoa aceitar ser chamado de pai e corresponder chamando aquele ser de filho, com a real intenção de estabelecer um vínculo paterno-filial, ainda que não fundado em bases biológicas.

É possível identificar a filiação socioafetiva na hipótese de registro voluntário, em que se assume a paternidade, independente de comprovação genética, simplesmente solicitando que seja feito o registro civil. Trata-se da chamada “adoção à brasileira”, em que um homem registra o filho de sua companheira com terceiro como se fosse próprio e assim burla todo trâmite processual de uma adoção. Apesar dos aspectos penais, estabelece-se a posse de estado de filho afetivo, atribuindo a essa relação conseqüências morais e patrimoniais.

A posse de estado de filho consiste na expressão de um estado não só exterior, baseado na aparência, como também no sentido interior e psíquico. A posse de estado é representada através dos atos naturais entre familiares evidenciando a relação existente entre aquelas pessoas e a real intenção de se exercer a paternidade. Pais e filhos agem com intuito de se

estabelecer uma verdadeira relação paterno-filial independente dos laços biológicos, respeitando-se seus respectivos direitos e exercendo seus respectivos deveres.

No caso da “adoção à brasileira”, ocorre muitas vezes a posterior separação do casal e o ajuizamento de ação negatória de paternidade, inclusive baseada em exames de DNA que excluem o liame biológico, com objetivo de desconstituir aquele vínculo assumido por livre vontade.

Nesses casos, a solução encontra-se em verificar se foi constituída uma verdadeira paternidade socioafetiva, se há relação de afeto significativa entre eles a ponto de caracterizar a posse de estado de filho. Essa estará caracterizada se o homem reconhece a criança como filho, passa a conviver e assume integralmente a posição paterna. Assim, fica estabelecida a filiação socioafetiva com os mesmos efeitos jurídicos da adoção, sob pena de gerar injustiças. Não se pode fazer uma análise formal e técnica, uma vez que, é a história de vida de uma pessoa que está em questão.

Trata-se de uma questão delicada, pois se analisa a voz do coração das pessoas envolvidas na filiação baseada no afeto. É possível chamar uma criança de filho sem que haja real intenção de exercer a paternidade. Faz-se necessário verificar se a pessoa assumiu perante a sociedade a qualidade de pai de forma contínua e a exerceu sem discriminação entre esta e a relação biológica. Esse vínculo afetivo só pode ser construído com o tempo e com a convivência através de cada demonstração de amor, educação e sustento. Não há como se fixar um prazo, seria reduzir esse liame ao objetivismo, completamente destoante.

Na esfera normativa, a paternidade com base no afeto é tratada no Código Civil de 2002, que consagrou em sede infraconstitucional a paternidade de qualquer origem, e não apenas biológica. Rompeu-se com o paradigma do Código anterior em que a filiação era dividida entre legítima e biológica. A Constituição Federal de 1988 foi um marco ao redefinir os valores da

família contemporânea, consagrando princípios, como o da dignidade da pessoa humana no inciso III do artigo 1º e da solidariedade no inciso I do artigo 3º. Assim, rompe-se com o aspecto patrimonialista com o qual sempre se nortearam as relações familiares. Cria-se espaço para um novo sujeito de direito nas relações familiares, em face de uma nova paternidade baseada no vínculo socioafetivo.

A Constituição Federal aponta três fundamentos essenciais à consagração do princípio da afetividade que norteia as relações familiares. O primeiro deles é o parágrafo sexto do artigo 227 ao consagrar a igualdade entre os filhos, independente de sua origem. Ademais, os parágrafos quinto e sexto do artigo 227 tratam da adoção, que é uma escolha afetiva, com igualdade de direitos. Por fim, o parágrafo quarto protege a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, com a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida.

Segundo Lobo (2008), o Novo Código Civil traz referências claras quanto à opção do legislador pelo reconhecimento da paternidade socioafetiva. A primeira delas diz respeito ao artigo 1.593, segundo o qual o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. A norma é inclusiva para reconhecer a paternidade oriunda de qualquer origem, dotada de igual dignidade. Também o artigo 1.596, ao repetir a norma do parágrafo sexto do artigo 227 da Constituição Federal, consagrou a igualdade dos filhos e inovou no conceito aberto e inclusivo de filiação.

Ainda segundo o autor supramencionado, o inciso V do artigo 1.597 consagra a paternidade socioafetiva, ao admitir a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, ou seja, com sêmen de terceiro. Isso porque a filiação será parcialmente biológica, sendo o pai exclusivamente afetivo.

O artigo 1.605 é outro marco legislativo por consagrar a posse de estado de filho. De acordo com esse dispositivo, na ausência de registro de nascimento a filiação pode ser provada por qualquer meio se existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Tais presunções são verificadas em cada caso, podem servir de exemplo para caracterizar a posse de estado de filho, o filho de criação e a adoção de fato, chamada de “adoção à brasileira”.

Por fim, o autor menciona o artigo 1.614, segundo o qual o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento. Portanto, a eficácia do reconhecimento depende do consentimento do filho maior, ainda que se trate do pai biológico. Tratando-se de filho menor, o dispositivo legal permite a impugnação após a maioridade ou emancipação. Assim, o reconhecimento do estado de filiação não é imposição em razão do vínculo biológico.

Em razão desses dispositivos legais, não se pode afirmar a primazia da origem genética para determinar o vínculo paterno-filial.

Enfim, a filiação socioafetiva é uma realidade fática composta de elementos sociais e afetivos. A convivência familiar é a base formadora do vínculo afetivo e constitui elemento integrante do melhor interesse da criança e adolescente, consagrado no artigo 227 da Constituição Federal.

4 – PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA NAS RELAÇÕES SUCESSÓRIAS

O Direito sempre se valeu de presunções para atribuir filiação a alguém em razão das dificuldades de se obter certeza quanto à verdade real. Além disso, as presunções se baseavam nos preconceitos decorrentes da hegemonia da família patriarcal. Assim, presumiam-se

do marido os filhos nascidos na vigência do casamento e a presunção de maternidade era absoluta.

Com os avanços da engenharia genética surgiram outras presunções como a certeza da filiação decorrente do exame de DNA e a presunção de paternidade em caso de recusa ao referido exame, nos termos do enunciado 301 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Tais modelos de definição da paternidade não mais se ajustam à realidade social contemporânea. A família atual não é mais puramente biológica. Não faz mais sentido a prevalência desta filiação visto que a Constituição Federal tutela outras formas de família, que não a matrimonial, e estabelece a igualdade entre os filhos.

A filiação não se limita ao liame biológico, apesar de ser a forma natural de estabelecer a descendência do ser humano. Mais que isso, a filiação é uma construção cultural e afetiva construída na convivência e responsabilidade.

Importante observar que a paternidade socioafetiva substitui a biológica. O pai social é o pai do afeto, seja ele biológico ou não. Todos esses elementos caracterizadores, amor, atenção, dedicação, a posse de estado de filho, são valores essenciais nas relações que formam a família.

Dessa forma, uma vez caracterizada a paternidade socioafetiva, não se deve investigar a paternidade biológica com intuito de surtir efeitos jurídicos, como direito aos alimentos ou direitos sucessórios.

Não se trata de negar o conhecimento à origem genética que é de suma importância. Toda pessoa busca, em seu interior, a origem de suas características que podem ser genéticas, transmitidas através da hereditariedade, ou também podem ser adquiridas pelo meio social em que vive. Trata-se de uma necessidade psicológica da pessoa conhecer os seus genitores, sua verdadeira ascendência. É o que ocorre com frequência na adoção, em que se

visualiza a troca da figura do pai e da mãe gerando no filho o desejo da busca de sua identificação real.

Da mesma maneira que os pais possuem a expectativa de identificar traços e características externas semelhantes às suas em seus filhos, esses necessitam criar uma auto-imagem a partir de dados biológicos advindos de seus genitores.

A pesquisa genética também pode ter fundamento no direito à saúde e à preservação da vida. Destaca-se, por exemplo, a questão dos transplantes de órgãos e tecidos. Órgãos como os rins, parte do fígado e a medula óssea podem ser retirados de um doador vivo desde que haja compatibilidade. Está comprovado cientificamente ser mais fácil encontrar compatibilidade em parentes próximos.

O filho que possui um pai afetivo e tem seu estado de filiação reconhecido em registro de nascimento, como é o caso da “adoção à brasileira”, tem o direito de investigar e identificar sua origem genética. No entanto, essa busca jamais interferirá no seu estado de filiação porque o objetivo da busca é a integração do direito da personalidade.

Essa problemática tem sido amplamente debatida na jurisprudência brasileira, como por exemplo, no caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em Embargos Infringentes nº 70010467256, julgado em 08/04/2005. Em seu voto, a desembargadora Maria Berenice Dias, ressalta que não é possível obstaculizar o uso das vias judiciais para que se possa identificar as origens biológicas sob a justificativa de existir uma outra paternidade reconhecida em registro.

No entanto, explica a desembargadora, a verdade socioafetiva tem valor mais relevante e, por isso, ainda que haja um laudo constatando o real vínculo biológico com o investigado, não se altera o registro civil do investigante, que não terá direitos hereditários com relação ao seu pai biológico.

Conhecer a origem genética integra o direito à identidade pessoal. No entanto, tal investigação não deve ter cunho de desconstituir a paternidade socioafetiva. A pessoa tem o direito e a necessidade de conhecer sua historicidade pessoal. Reconhece-se nesse estudo essa importância para a formação psicológica do ser, assim como para fins médicos e garantia da saúde e também para evitar que ocorram os impedimentos matrimoniais previstos no Código Civil de 2002.

Porém, uma vez caracterizada a paternidade socioafetiva, reconhecida essa relação, não deve ser substituída pelo pai de sangue. Afinal, pai é um somente. Toda vez que o estado de filiação estiver constituído com base na convivência familiar sólida e duradoura, caracterizando uma verdadeira paternidade socioafetiva, essa não poderá ser impugnada. A ação de investigação só é cabível quando não houver paternidade e nunca para desfazê-la.

Esse é o principal enfoque do trabalho, analisar a importância do vínculo afetivo de modo a considerá-lo como substituto do vínculo biológico para todos os efeitos legais. Uma vez verificada a filiação afetiva não se pode mais investigar a biológica. Ambas são espécies de filiação, no entanto, uma tem que ser desconsiderada em favor das outra tendo em vista sempre o melhor interesse da criança.

Nessa linha de raciocínio, infere-se, pois, não se nega ser essencial a descoberta da real identidade pessoal, no entanto esse direito não pode estar associado a outros interesses como os direitos sucessórios e de alimentos, tendo em vista apenas o bem-estar econômico.

O Código Civil só admite duas hipóteses de impugnação da paternidade, descritas nos artigos 1.601 e 1.614, quando uma é proposta pelo filho e outra pelo marido. Não há fundamento para o ajuizamento de demandas que visa à negativa de paternidade, com o intuito de substituí-la pela paternidade genética.

Duas situações fáticas podem acontecer e irão demandar do magistrado uma análise relativa aos três vínculos filiais – registral, biológico e afetivo – na busca da decisão mais justa e adequada.

A primeira situação é de um casal que tem um filho registrado pelo marido, pensando este ser o verdadeiro pai. Anos depois, o marido falece e mãe revela a verdade biológica para seu filho. A partir dessa revelação, o filho propõe ação investigatória da paternidade em face do suposto pai verdadeiro.

È realizado o exame pericial de DNA que comprova o liame biológico entre investigante e investigado. No entanto, a ação deve ser julgada improcedente diante da paternidade socioafetiva. No dizer de Tartuce (2008), cabe ao magistrado realizar um “sopesamento de verdades” que levará à declaração da existência de um vínculo biológico, reconhecido como um direito personalíssimo da parte. Quanto ao vínculo de paternidade e seus efeitos patrimoniais, estes permanecem em relação ao falecido. Isso porque em relação ao réu investigado há apenas uma verdade que é a biológica, enquanto em relação ao falecido há a verdade registral e socioafetiva.

O mesmo critério deve nortear a solução da segunda situação prática relativa ao marido que após anos de convivência descobre que o filho de sua esposa não é seu após o resultado de exame de DNA feito em laboratório extrajudicial.

Diante do resultado do exame, o marido ajuíza ação de impugnação ou contestação da paternidade, com fulcro no artigo 1.601 do Código Civil. Novamente a ação deve ser julgada improcedente e há necessidade de realizar o sopesamento de verdades para constatar que a afetividade deve prevalecer sobre a verdade biológica. Ao pai socioafetivo ainda recai outra verdade que é a registral.

A importância do vínculo afetivo é tamanha que a jurisprudência mais atual tem aceitado uma terceira ação relativa à filiação, ao lado das ações de investigação e impugnação de paternidade. Trata-se da ação declaratória de paternidade socioafetiva, sendo legitimado ativo o filho criado para que seja também estabelecido o vínculo registral.

A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou possível tal ação na apelação cível nº 70008795775 de relatoria do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, em 23/06/2004.

Cumprе ressaltar que, na maioria das vezes, o que motiva essa busca da desconstituição da paternidade socioafetiva e o reconhecimento do vínculo biológico são interesses meramente patrimoniais, haja vista a habilitação em inventário. Busca-se uma herança e não um pai.

Esse é o ponto nodal da pesquisa. Não podem os interesses patrimoniais serem móveis de ações de investigações de paternidade, como acontece quando o suposto pai biológico falece e deixa herança considerável.

Como já explicado, a investigação de paternidade visa a atribuir um pai para quem não tem nenhum e nunca substituir a paternidade afetiva pela biológica. Também deve ficar claro que esse conflito de interesses não é possível nos casos de adoção e inseminação heteróloga consentida. Isso porque, nesses dois casos, a presunção de paternidade é absoluta e irreversível. Não há qualquer relação jurídica com o genitor biológico, a não ser com relação aos impedimentos do casamento.

Segundo Madaleno (2008), uma demanda ajuizada para desconstituir a relação afetiva e dar lugar ao liame puramente biológico, quando o genitor já é falecido, não deve encontrar respaldo na jurisprudência nacional, principalmente se o investigador sempre teve pais socioafetivos e registrai s e não desconhecia a não consangüinidade com seus pais afetivos.

Para o referido autor, a lei considera imoral o reconhecimento de filho falecido que não deixou descendentes porque essa ação só teria propósito sucessório. Assim, pelas mesmas razões deve ser considerado imoral que um filho pretenda investigar sua ascendência biológica após a morte de seu ascendente genético, especialmente se este possui vínculo afetivo com terceiro.

Nos termos do artigo 1.798 do Código Civil, a capacidade sucessória é verificada no momento da abertura da sucessão. Se o óbito do genitor biológico ocorreu antes de haver um vínculo entre este e o investigante, prevalecerá outro vínculo paterno-filial. Não se busca uma aproximação, que só seria possível em vida, e sim um quinhão hereditário em consequência do seu laço de sangue.

Caso a ação de investigação, ajuizada após a morte do genitor, seja julgada procedente, em nada mudará o sólido relacionamento afetivo entre o investigante e seu pai afetivo. A sentença não terá o condão de desfazer o vínculo afetivo que foi construído nem irá criar um vínculo paterno-filial pós-morte por ser impossível estreitar laços com quem já morreu.

O foco da ação investigatória é um direito hereditário em virtude da vinculação genética. A herança é um prêmio pela relação consangüínea entre investigante e investigado, como se o laudo do exame de DNA pudesse apagar o vínculo afetivo construído com seu pai afetivo.

Ora, foi o pai socioafetivo que desempenhou a função parental, educando, atuando com amor, respeito e compreensão. Foi o pai do afeto que registrou e atribuiu um nome ao investigante para compor sua personalidade civil.

Ainda segundo Madaleno (2008), a herança existe para manter os laços do conjunto familiar e não para atizar a cobiça de estranhos ligados por laços consangüíneos e desprovidos de qualquer relacionamento afetivo.

O vínculo de sangue tem papel secundário para definir a paternidade ou maternidade. São os verdadeiros pais aqueles que criam como se aquele ser humano fosse de fato seu filho, haja ou não registro civil que ateste o vínculo parental. E se realizam o registro, trata-se de um gesto de amor, consignando por escrito seu afeto e dedicação.

A verdade biológica só é relevante se coincide com a realidade afetiva, o que leva vários doutrinadores de Direito de Família a afirmarem que a paternidade afetiva é gênero, podendo ser biológica ou não biológica.

A paternidade socioafetiva, sob a noção de posse de estado de filho, vem sendo reconhecida nas mais recentes reformas nas legislações internacionais. A paternidade não é fundada com o nascimento e sim em um ato de vontade, consolidado na afetividade, deixando em segundo plano a certeza científica no estabelecimento da filiação.

No direito brasileiro não há um dispositivo legal em vigor que resolva a situação fática em análise. O Projeto de Lei nº 2.285/07, denominado de Estatuto das Famílias foi elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família e consolida algumas orientações visando afastar algumas controvérsias sobre a socioafetividade.

No que se refere ao conflito diante da concorrência entre o vínculo biológico e afetivo, o artigo 77 do referido projeto prevê a possibilidade de qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de filiação socioafetiva, conhecer seu vínculo genético, sem ter o condão de gerar relação de parentesco.

O mesmo artigo prescreve que o ascendente genético pode responder por subsídios necessários à manutenção do descendente, a não ser nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga em que não haverá qualquer dever.

Trata-se de uma solução justa para a problemática apresentada, uma vez que atende ao direito de conhecer a origem genética, aspecto integrante dos direitos da personalidade e identidade pessoal, além de preservar a filiação socioafetiva.

Para o doutrinador Lobo (2008), havendo conflito de interesses entre o reconhecimento do vínculo biológico e a paternidade socioafetiva já constituída é possível resolver a questão patrimonial no âmbito do direito das obrigações.

O estado de filiação é matéria relativa ao direito de família e nesta seara não pode haver desconstituição do vínculo afetivo em prol do reconhecimento do mero liame consangüíneo. Portanto, não pode haver sucessão hereditária entre filho de pai socioafetivo e seu genitor biológico. No entanto, segundo o autor supramencionado, é possível resolver a pretensão material no âmbito do direito das obrigações.

Trata-se do reconhecimento de um crédito decorrente do dano causado pelo inadimplemento dos deveres da paternidade, como educação, assistência moral, sustento, convivência familiar, entre outros, por parte do genitor biológico falecido. A reparação é devidamente fixada pelo magistrado tendo como parâmetro o valor equivalente a uma quota hereditária.

Essa pretensão será buscada via ação de indenização por danos materiais e *maoris* e o filho é habilitado no inventário como credor do espólio, podendo até mesmo reservar bens equivalentes para garantia da ação. Assim, são atendidos ambos os interesses, já que não será desconstituído o vínculo afetivo e haverá responsabilização por danos decorrentes da ausência do pai biológico.

Há quem entenda na doutrina que existe dever alimentar entre o filho e o pai biológico, ainda que exista uma paternidade socioafetiva estabelecida com terceiro. Ressalta-se que esta problemática não constitui tema central deste trabalho e, pela sua importância, seria

passível de estudo próprio, em separado. No entanto, a questão dos alimentos é conexa com o tema estudado, sendo mais uma consequência da prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica.

Os autores que defendem essa obrigação alimentar partem do pressuposto de que os alimentos, a depender da causa de origem, podem ser estabelecidos em decorrência do vínculo de parentesco, da formação de uma entidade familiar, por declaração de vontade espontânea de alimentar terceiro durante a vida ou após a morte (no caso do legado de alimentos), ou ainda em razão de um ato ilícito, no caso da responsabilidade civil.

De acordo com as lições de Madaleno (2006), os deveres do pai em relação ao seu filho não dependem do reconhecimento civil ou judicial da paternidade e sim da simples condição natural de genitor. Aquele que deu origem a um filho, ainda que não o reconheça ou sequer saiba de sua existência, possui dever em razão da participação na concepção.

Os alimentos serão estabelecidos em favor do filho, ainda que este tenha sido reconhecido por terceiro, como no caso da “adoção à brasileira”, porque o objetivo é assegurar a subsistência daquele que não tem como arcar com sua sobrevivência pessoal, seja de forma absoluta ou complementar.

Para o autor supracitado, exonerar o genitor biológico do dever de prestar alimentos ao seu filho apenas porque existe um vínculo afetivo constituído seria permitir, em suas palavras, um “duplo empobrecimento moral e material” do descendente genético. Madaleno (2006, p.146).

Segundo os autores que defendem esse dever, existe uma paternidade alimentar socioafetiva que será complementada com a paternidade alimentar biológica. O genitor não pode ser compelido a conviver e gostar de seu filho, no entanto, não ficará dispensado de sua

responsabilidade decorrente do vínculo da procriação pelo simples fato de um terceiro ter assumido a função parental.

Não há ofensa ao Direito em compelir genitor a assegurar a paridade dos alimentos que o ascendente socioafetivo não tem condições de proporcionar, afinal um filho opera custos. O fundamento legal dessa obrigação é o artigo 1.694 do Código Civil, segundo o qual os parentes podem pedir alimentos que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender necessidades relativas à educação.

Assim, de acordo com essa orientação doutrinária, é possível a reivindicação de alimentos do genitor biológico, diante da impossibilidade econômico-financeira do genitor socioafetivo, que não está em condições de cumprir satisfatoriamente com a real necessidade alimentar do filho.

Cumprido ressalta que todo questionamento analisado neste trabalho parte da situação fática segundo a qual o filho não tem contato ou nunca conheceu seu genitor biológico, sendo essa lacuna preenchida por um pai afetivo, que o criou com todo amor, constituindo um verdadeiro vínculo paterno-filial.

Caso o pai biológico queira exercer seu papel na vida de seu filho de forma ativa e evitar a construção do vínculo afetivo com terceiro, basta que proponha a ação vindicatória de filho.

Nas lições de Tartuce (2008), a ação vindicatória de filho cabe ao pai biológico em face do terceiro que acabou de registrar um filho que não é seu. Tal ação deve tramitar na Vara de Família, uma vez que tem como objeto de discussão a filiação. Tanto o terceiro que realizou o registro quanto o suposto filho são legitimados passivos.

De acordo com o autor mencionado, a ação se fundamenta no artigo 1.604 do Código Civil, segundo o qual ninguém pode vindicar filiação contrária ao que consta em registro de nascimento, salvo se provada a falsidade ou erro deste.

Na Constituição Federal, a ação tem respaldo no inciso III do artigo 1º que protege a dignidade humana, tendo em vista que o direito ao vínculo genético é um direito fundamental e também no inciso I do artigo 3º que trata da solidariedade social e familiar.

Como bem explica Tartuce (2008), no mérito a demanda surge, em princípio, em torno da verdade biológica. A prova do exame pericial de DNA é o fundamento da ação. Mas as outras verdades também devem ser consideradas. Quanto a verdade registral, o réu tem que ter reconhecido filho de outrem como próprio. O objeto da ação é a falsidade do registro.

Mas, o que irá definir o mérito da demanda é justamente a verdade socioafetiva, fundada na posse de filhos. Se o pai registral já tiver construído um vínculo socioafetivo com a criança, a ação será julgada improcedente. Nas palavras do autor, “o vínculo existente entre o filho e o réu pode ser tido como inquebrável”. Tartuce (2008,p.47).

A ação vindicatória tem o objetivo de impedir a construção de um vínculo socioafetivo entre o pai registral e o filho, de forma que o pai biológico requer a posse de estado de filho para si. O tempo será fator fundamental para a procedência ou não do pedido.

5 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Diante da problemática exposta e fundamentada é possível concluir pela prevalência da paternidade socioafetiva sempre que a busca do reconhecimento do vínculo biológico tiver como objetivo desconstituir a primeira e surtir efeitos patrimoniais com reação ao segundo.

Neste sentido a jurisprudência tem se manifestado de forma reiterada, principalmente nos casos em que o filho pretende a ruptura dos sólidos vínculos afetivos e registrai decorrentes da “adoção à brasileira”, em visível interesse econômico no que diz respeito ao reconhecimento do vínculo biológico.

Destaca-se a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na apelação cível nº 2005.000406-5, julgada em 19 de junho de 2008, cujo relator foi o desembargador Monteiro Rocha.

No caso em julgamento, a filha menor, representada por sua genitora, propôs ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos sob o fundamento de que o réu, ora investigado, se recusou a assumir a paternidade biológica da mesma.

A própria autora narrou que sua mãe encontrou novo parceiro que lhe registrou como filha, sabendo a origem da paternidade. Ora, trata-se de um típico caso de “adoção à brasileira”.

O réu foi citado e apresentou contestação tendo, no mérito, negado qualquer envolvimento com a genitora da autora.

Interessante notar que o magistrado de primeiro grau determinou a citação do pai registral para integrar a lide como litisconsorte passivo necessário, tendo o mesmo requerido o indeferimento do pedido. Observa-se desde já um forte indício da existência de paternidade socioafetiva, diante da manifestação expressa do pai registral do seu desejo de ver negada a pretensão autoral, qual seja, o reconhecimento da paternidade biológica. O pai do afeto deixaria de sê-lo, dando espaço ao pai genético.

Realizado o exame pericial de DNA, ficou provado o vínculo biológico entre a autora e o investigado. A sentença de primeiro grau julgou a ação investigatória procedente declarando que a autora era filha do réu e determinou a retificação do registro civil.

O réu propôs apelação aduzindo questões processuais e requereu a renovação da perícia genética.

Em seu voto, o relator desembargador Monteiro Rocha partiu do pressuposto de que a autora foi escolhida pelo companheiro de sua mãe, que lhe adotou como se fosse seu pai biológico, passando a ser seu pai afetivo.

Superadas as questões processuais argüidas pelo apelante, o relator adentrou ao mérito da paternidade por se tratar de questão de ordem pública, envolvendo direitos da personalidade, razão pela qual, deveria ser conhecida independente da vontade das partes.

Primeiramente, o relator destacou que após dezoito anos do registro realizado pelo companheiro da genitora, veio a autora em juízo pleitear o reconhecimento da paternidade biológica. Tal reconhecimento não lhe pode ser negado por se tratar de direito indisponível, passível de ser pleiteado a qualquer tempo.

Ficou incontestável nos autos a paternidade socioafetiva em relação ao pai registral que, por dezoito anos criou a autora com todo amor e amparo. Por outro lado, ficou constatado o vínculo biológico com o réu que, jamais tomou conhecimento do nascimento da autora.

Concluiu o relator que a paternidade socioafetiva, consubstanciada no reconhecimento voluntário do pai registral, não poderia ser desconstituída por se tratar de uma verdadeira adoção. Portanto, tem caráter irrevogável com base nos artigos 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.609 do Código Civil.

Ainda ficou ressaltado no voto que também não se desconstitui a paternidade socioafetiva para reconhecer vínculo biológico de genitor já falecido. Neste caso, a sentença não poderia criar uma parentalidade póstuma, já que impossível criar laços com quem já faleceu.

Ademais, não se procura um genitor com esta ação e sim um direito hereditário em virtude de uma ligação genética.

A paternidade socioafetiva prevalece sobre o vínculo biológico por estar amparada em princípios como da dignidade humana, solidariedade familiar e afetividade. Dois acórdãos neste sentido fundamentaram o voto do relator, quais sejam, os Embargos Infringentes nº 599277365, julgados em 10/09/1999 pelo Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja relatora foi a desembargadora Maria Berenice Dias e a Apelação Cível nº 2004011116845-8, julgada em 15/08/2007 pela Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, cujo relator foi o desembargador Humberto Adjuto Ulhôa.

Assim, existindo parentesco socioafetivo, este prevalece sobre o biológico com base nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de que não é possível desconstituir o registro de nascimento concretizado de forma espontânea pelo pai registral.

Ficou decidido por unanimidade de votos o reconhecimento da paternidade biológica do réu sobre a autora apenas para fins genéticos, sem a produção de efeitos registrais, o que impede o recebimento de benefícios de caráter econômico, mantendo-se a paternidade socioafetiva até então existente.

Outra decisão que merece destaque foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial nº 833.712-RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 17 de maio de 2007, em sentido contrário à decisão anterior.

No caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a investigante ajuizou ação em face do suposto pai biológico e espólio da suposta mãe. Narrou que o investigado pertencia a uma família tradicional da região, tendo mantido relações sexuais com a investigada, que trabalhava

para os pais dele. Com intuito de evitar boatos sobre o ocorrido, a investigada se afastou da família e entregou a criança para uma casal que a acolheu e a registrou como filha.

Realizado exame pericial de DNA ficou comprovada a parentalidade dos investigados. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido para declarar a autora como filha dos investigados. Em recurso de apelação oferecido pelos réus, O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceu o direito de conhecimento da descendência genética como imprescritível. No entanto, realizada a “adoção à brasileira”, foi construída pelos pais registrais a parentalidade socioafetiva, que deve prevalecer sobre a verdade genética.

Interposto o recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, foi decidido por unanimidade que deveria prevalecer o conhecimento do vínculo biológico, apesar de ter sido acolhida por pais afetivos. O fundamento foi no sentido de que decidir em sentido contrário iria corroborar com a ilicitude dos pais biológicos que abandonaram a filha por motivos egoísticos e dos pais afetivos que registraram a investigante.

Ressaltando a irrevogabilidade da “adoção à brasileira” destacam-se dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quais sejam, a apelação cível nº 598300028, julgada em 18/11/1998 pela Sétima Câmara Cível e os embargos infringentes nº 599277365, julgados pelo Quarto Grupo de Câmaras Cíveis em 10/09/1999, ambos de relatoria da desembargadora Maria Berenice Dias.

Afirmando que a prevalência da paternidade socioafetiva não ofende a verdade dos registros encontra-se a decisão dos embargos infringentes nº 70000904821, julgados em 10/11/2000 pelo Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos.

Inequívoca a tendência jurisprudencial contemporânea em acolher a tese doutrinária que defende a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica, principalmente se o intuito é meramente econômico.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pluralidade de formas de família constituídas na sociedade contemporânea impôs à doutrina e jurisprudência nacionais o reconhecimento da paternidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho.

A prática cada vez mais comum da chamada “adoção à brasileira” fortaleceu a tese da prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica, justamente pelo fato de somar-se à primeira a paternidade registral.

Não se nega, neste trabalho, a importância do conhecimento do vínculo biológico, das origens genéticas, uma vez que esse dado compõe o direito à personalidade e identidade pessoal. No entanto, o liame genético não tem o condão de desconstituir a paternidade socioafetiva construída em razão da ausência do pai biológico.

Diante do conflito, deve ser reconhecido o direito ao conhecimento do vínculo genético, sem alteração do registro que revela uma verdade afetiva. Em consequência, o reconhecimento do liame genético não produzirá efeitos na esfera patrimonial.

Assim, o Direito não chancela os interesses meramente patrimoniais daqueles que promovem ações investigatórias após o falecimento do genitor, tendo em vista a habilitação em inventário e recebimento de quinhão. Não se busca um pai e sim uma herança, fato este que não pode receber a chancela judicial.

REFERÊNCIAS.

ALMEIDA, Maria Christina. Paternidade: do elo fictício ao elo construído. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro:Padma, vº 9, ano 2, p.231-240, jan-mar, 2002.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, 57 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. STJ, REsp 833.712-RS, 3ª T., Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJU 17.05.2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 20/04/2009.

BRASIL. TJRS, Apelação Cível Nº 598300028, Sétima Câmara Cível, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 18/11/1998. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 20/04/2009.

BRASIL. TJRS, Embargos Infringentes Nº 599277365, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 10/09/1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 20/04/2009.

BRASIL. TJRS, Embargos Infringentes Nº 70000904821, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 10/11/2000. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 20/04/2009.

BRASIL. TJRS, Embargos Infringentes Nº 70010467256, 4º Grupo Cível, Relator Desembargador Alfredo Guilherme Englert, julgado em 08/04/2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 20/04/2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: *Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, IBDFAM, nº 5, ano X, p.5-22, ago-set, 2008.

_____. Paternidade Socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre: Notadez, nº 339, ano 54, p.45-56, jan, 2005.

MADALENO, Rolf. Paternidade alimentar. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, IBDFAM, nº 37, ano VIII, p.133-149, ago-set, 2006.

_____. Filiação sucessória. In: *Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, IBDFAM, nº 1, ano IX, p.25-41, dez-jan, 2008.

_____. Filiação sucessória: Parentalidade Socioafetiva e biológica. In: *Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, IBDFAM, nº 6, ano X, p.109-124, out-nov, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. A paternidade biológica e a verdade dos registros: a possibilidade de o filho se recusar à realização do exame de DNA. In: *Revista Brasileira de Direitos de Família*, São Paulo: IOB Thomson, IBDFAM, nº 42, ano IX, p.22-43, jun-jul, 2007.

TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. In: *Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, IBDFAM, nº 4, ano X, p.29-49, jun-jul, 2008.

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