

# **DIVERSIDADE DAS VERDADES E COMPLEXIDADE DOS LAÇOS DE FILIAÇÃO**

## **DIVERSITY OF TRUTHS AND COMPLEXITY OF FILIATION**

Tereza Cristina Monteiro Mafra

Edgard Audomar Marx Neto

### **RESUMO**

O presente artigo trata dos critérios para estabelecimento da filiação. A partir da verificação de que o vínculo de filiação decorre de elementos sociológicos, científicos e jurídicos, propõe-se a revisão dos critérios de determinação da filiação e do papel do afeto neste panorama. O afeto é considerado uma situação de fato que exterioriza a manutenção de vínculos familiares. Disto resulta a possibilidade de reconhecimento de filiação sem a necessidade de comprovação de vínculo biológico e, também, a negativa de vínculos de parentesco em decorrência da maternidade em substituição. Em conclusão, verifica-se a prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Filiação; Paternidade; Verdade; Critério biológico (DNA); Afeto; Putatividade; Abuso de direito.

### **ABSTRACT**

This article deals with the criteria to determination of filiation. There is no objective truth in regards parentage, but the composition of sociological, biological and legal criteria. So it is proposed to revise the criteria for determining the paternity and the role of affect in this panorama. The affection is considered a fact situation that externalizes the maintenance of family relationship. This results in the possibility of recognition of parentage without the need for proof of biological connection and also the denial of kinship ties as a result of surrogacy maternity. In conclusion, there is priority to biological criteria for the recognition of parentage in circumstances where there is family dissension, where the affective relationship has disappeared or never existed.

### **KEYWORDS:**

Filiation; Paternity; Truth; Biological criterion (ADN); Affection; Appearance; Abuse of rights.

## **1 Introdução**

O estabelecimento da filiação constitui umas das realidades mais complexas do direito de família, uma vez que envolve a ponderação de critérios e interesses muitas vezes divergentes. Não há dúvidas da paternidade quando há convergência das realidades biológica

e cultural, ou seja, quando o vínculo sanguíneo é identificado com o exercício ostensivo das funções parentais.

Por outro lado, inúmeras questões se fazem presentes quando é preciso decidir entre a ausência de vínculo biológico (ou impossibilidade de ser ele aferido) e o estabelecimento de vínculos sociais que expressam, entre as partes e perante terceiros, a existência de filiação.

Para melhor sistematizar essas questões, propõe-se a revisão dos critérios de determinação da filiação e do papel do afeto neste panorama, tomando-o como situação de fato que exterioriza a manutenção de vínculos familiares.

O vínculo de filiação constitui realidade complexa, informada por critérios sociológicos, científicos e jurídicos, que devem ser apreendidos em sua realidade dinâmica para a correta compreensão do fenômeno parentesco. A verdade jurídica é um conjunto complexo de fatores biológicos, sociais, morais e voluntários, diante dos quais o direito atua como árbitro, acompanhando as mudanças durante os tempos.

A emergência de uma situação de fato que se prolonga no tempo poderia ser reconhecida como uma presunção de filiação por posse de estado, tal como reconhecimento putativo. Por consequência, o reconhecimento da paternidade por seu exercício continuado impediria a revisão daquela realidade socialmente construída.

## **2 A complexidade dos laços de filiação: aspectos sociológico, científico e jurídico**

A pesquisa sociológica sobre a filiação, no coração de cada sistema institucional, em todos os tempos, construiu-se como princípio político de organização e como instrumento jurídico de socialização do sujeito. A filiação assegura, assim, a inserção do indivíduo na família e na sociedade (VIAL, 2008, p. 14).

Conforme destaca Claude Lévi-Strauss, “a sociedade pertence ao reino da cultura, enquanto a família é a emanção, no nível social, daqueles requisitos naturais sem os quais não poderia haver sociedade nem, certamente, humanidade. [...] Portanto, a sociedade tem que conceder à família certo grau de reconhecimento” (LÉVI-STRAUSS, 1982, p. 379). De igual modo, o tratamento jurídico da filiação não pode estar dissociado das abordagens antropológica e sociológica, uma vez que “o parentesco não é um fenômeno estático, não existe senão para se perpetuar” (LÉVI-STRAUSS, 1958, p. 57).

As regras de filiação estruturam-se a partir da “repartição dos símbolos correspondentes à influência genética e à influência mística a respeito das categorias de

incorporação permanente ou parcial e da aliança matrimonial” (AUGÉ, 2003a, p. 101). Daí que “o parentesco, esse 'campo' aparentemente bem delimitado e estritamente codificado, fala-nos de tudo menos de si mesmo: religião, moral, representação da pessoa, organização do trabalho, herança, hereditariedade” (AUGÉ, 2003b, p. 75).

Em síntese, “o parentesco é um idioma culturalmente manipulado e elaborado para as circunstâncias”, sem olvidar que “em toda sociedade humana importa muito o verdadeiro parentesco biológico. A cultura se elabora sobre a biologia; não está divorciada dela” (VAN DEN BERGHE, 1983, p. 274).

Disto decorre a possibilidade de reconhecimento de filiação sem a necessidade de comprovação de vínculo biológico ou, em outro extremo, a negativa de vínculos de parentesco em decorrência da maternidade em substituição ou sub-rogada, pois, em certos casos, o interesse social, instaurado por situações que se consolidam de fato, não permite que uma investigação científica se sobreponha, jogando sobre a eventual verdade biológica um véu impenetrável.

A paz das famílias repousa, em tais casos, sobre um princípio de negação de situações reais, diante de um interesse social na manutenção da aparência, moldando-se a investigação/negativa do vínculo de filiação, conforme a ponderação de princípios e valores, no caso concreto, em abandono a uma única verdade suprema.

Segundo Géraldine Vial (2005, p. 21), trata-se de um filtro destinado a proteger o direito de filiação de um sistema fundado exclusivamente sobre a verdade biológica, decorrente da influência dos progressos científicos, a fim de evitar toda perturbação intempestiva na estabilidade da família pela revelação dos vínculos sanguíneos.

Em consequência, verifica-se certa ambiguidade da noção de verdade em matéria de filiação. A verdade jurídica é um conjunto complexo de fatores biológicos, sociais, morais e voluntários, diante dos quais o direito atua como árbitro, acompanhando as mudanças durante os tempos. A filiação jurídica não é um *fato bruto* (VIAL, 2008, p. 22).

Consoante Gérard Cornu, ao contrário de um sistema monolítico, absoluto, a filiação é um sistema construído, que se caracteriza pela busca do equilíbrio de interesses e da harmonia de princípios e valores (1994, p. 280), sendo certo que o estabelecimento da filiação não se confunde com o direito do filho de ver dissipada a incerteza quanto à sua identidade, quanto à sua origem genética.

A grande abrangência e efetividade provocadas pelo resultado do exame de DNA – largamente utilizado nas ações investigatórias e negatórias de filiação – trouxe à baila o direito ao conhecimento da ascendência genética.

Observa Claus-Wilhelm Canaris que o direito ao conhecimento da origem genética, ou direito à auto-determinação informativa, é digno de proteção (2003, p. 98), tendo sido acolhido expressamente pelo direito brasileiro, conforme se vê na redação vigente do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

O conhecimento da origem genética, como matéria diversa do reconhecimento de paternidade, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na análise do caso Gloria Trevi. Envolvida em atividades criminosas, a cantora mexicana teve sua extradição requerida por seu país natal. Custodiada pela Polícia Federal brasileira e sob a jurisdição do STF, verificou-se a gravidez de Gloria Trevi, que alegou ter sido estuprada. Para deslinde do caso, foi autorizada a apreensão da placenta e realização de exame de DNA em relação aos agentes da Polícia Federal (cinquenta homens) e aos demais detentos (onze), chegando-se à descoberta da origem genética (STF, Pleno, Rcl 2040 QO/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 21.02.2002).

Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o *direito fundamental à informação genética*, mas as possibilidades de conflito de tal direito em decorrência das técnicas de reprodução medicamente assistidas é ainda questão polêmica e sem resposta pronta para o problema (SCHREIBER, 2013, p. 177). As controvérsias doutrinárias a respeito dão uma pequena mostra da dimensão da polêmica

### **3 Da modernização da família à modernização da filiação**

Andrée Michel, ao explicar os modelos sociológicos da família da sociedade contemporânea, opõe dois modelos fundamentais: o tradicional e o modernista. O modelo tradicional da família se organiza em torno de uma constelação de papéis familiares fortemente definidos em função do sexo ou da idade, e não a partir de aptidões intelectuais ou aspirações individuais (MICHEL, 1975, p. 128).

Já o modelo modernista adviria da perda da função patrimonial da família tradicional, com o desaparecimento da noção de papel rígido vinculado ao sexo ou à idade.

Disto decorreria, também, a emergência de um modelo eudemonista de família, em que “o indivíduo não pensa que existe para a família e para o casamento, mas que a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal” (MICHEL, 1975, p. 131-132)

Nos domínios da filiação, Luiz Edson Fachin observa que:

*o aggiornamento da affectio*, na dimensão jurídica do afeto, desempenhou seu papel. Nas relações paterno-filiais não se cuida mais, agora, de decretar o fim da biologização, clara e estampada na superação do modelo patriarcal codificado e nas estruturas de novos paradigmas para a família na constitucionalização (FACHIN, 2002, p. 172).

Tudo isto resulta, também, na flexibilização dos critérios para aferição da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade:

A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade (STJ, 4ª T., REsp 226436/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.06.2001).

A orientação jurisprudencial acabou por conceder algum protagonismo ao exame de DNA nas investigações de paternidade, chegando a adotar critérios em caso de dúvidas durante sua realização.

Se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame. Se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais. Já se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas (STJ, 3ª T., REsp 397.013/MG, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 11.11.2003).

De igual modo, a realização do exame de DNA foi reconhecida pelo STF como critério para relativizar a coisa julgada anteriormente constituída sem sua realização:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos (STF, Pleno, RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.06.2011).

Observa-se, todavia, na decisão, que a opção pelo critério biológico se fez sem apreciação de eventual constituição do vínculo afetivo, sem, por isto, discutir eventual hierarquia entre eles.

#### **4 Critérios de estabelecimento da filiação**

No direito brasileiro, a mais ampla revisão dos critérios de fixação da paternidade pode ser atribuída a João Baptista Villela. Segundo ele, a *desbiologização da paternidade* corresponde ao reconhecimento de que a filiação “não é um fato da natureza, mas um fato cultural” (VILLELA, 1979, p. 401). Daí a associação da “paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir” (VILLELA, 1979, p. 407-408).

Porém, como observa o próprio autor, não pode ser a ele atribuída a criação da categoria *paternidade socioafetiva*:

Desde que comecei a escrever sobre o que me parecia constituir uma visão esquecida da paternidade, ou seja, sua derivação do afeto e do serviço, em

contraposição à que era (e talvez ainda seja) mais ostensiva e que a subordina ao determinismo biológico, vem ganhando crescente aceitação na doutrina brasileira do direito de família a idéia de que a natureza não é tudo no estatuto da paternidade. Esta viragem interpretativa não pode ser saudada senão como positiva. Força é reconhecer, entretanto, que se estabeleceu uma dualidade equívoca, que, de minha parte, não desejei e para a qual espero também não ter contribuído.

*Alimentos na Paternidade Sócio-Afetiva* é expressão indicadora de que a paternidade pode sofrer diferentes qualificações. Entre elas a de sócio-afetiva. Ou seja, haveria uma paternidade sócio-afetiva ao lado outra ou de outras. E portanto, também na linha de possibilidades, uma *paternidade biológica*. Devo dizer que jamais patrocinei este entendimento, que considero falso e indutor de equívocos. Ao contrário, o que sempre me empenhei em deixar claro é que há uma só paternidade. E esta é sócio-afetiva. Portanto, a paternidade, como tal, está na *ordem da cultura* e não na *ordem da natureza*. O que, sim, pertence à ordem da natureza ou, se se quiser, dos determinismos biológicos é a *procriação* (VILLELA, 2005, p. 131-132).

Disto tudo resulta que a paternidade está inserida na ordem da cultura, como categoria unitária a ser apreendida pelo direito, e não como situação determinística que advenha da procriação, que desafia consequências próprias. Em resumo, a procriação é um fato, mas a paternidade não pode ser uma imposição (VILLELA, 2005).

Em verdade, a definição da paternidade passa pela qualificação jurídica dos fatos, ou seja, pela apropriação e regulação, pelo direito, das relações sociais. Apesar da confusão frequente, qualificar os fatos não é uma operação neutra. Pelo contrário, constitui-se em operação intelectual situada entre a dinâmica objetiva e aproximação subjetiva (JANVILLE, 2004, p. 30).

Por isto a qualificação do *bom direito de família* a partir dos limites difíceis do “não só inventar, não só reproduzir e nunca enrijecer-se” (VILLELA, 1999a, p. 111). Isto porque, se a paternidade é um fato, como observa Fachin – “A paternidade se faz” (1996, p. 21) –, a realidade pode entrar em conflito com a norma, quando a paternidade resulta de comportamentos concretos, de “situações em que uma paternidade efetiva quer prevalecer sobre a nominalidade da lei e merecem nisso acolhimento, já porque não mais estão presentes os pressupostos ideológicos que inspiram a presunção *pater is est*” (VILLELA, 1999b, 132).

Guilherme de Oliveira, por exemplo, organiza os modelos de determinação da paternidade a partir de quatro critérios: nupcialista, voluntarista, biologista e sociologista (OLIVEIRA, 1998).

O critério nupcialista parte do estabelecimento da presunção de paternidade a partir do confronto entre a duração estimada da gestação e à existência de vínculo conjugal à época provável da concepção, sendo expresso na máxima do *pater is est*, em referência à filiação legítima. Em relação à filiação ilegítima prevalecia o critério voluntarista, ou seja, somente seria possível por meio de expressa manifestação de vontade.

O avanço das técnicas médicas, no entanto, acabou por superar o modelo fundado em presunções, dando lugar à procura da verdade biológica como critério do estabelecimento da paternidade, que deveria, assim, expressar a verdade do sangue. Isto não quer dizer que as presunções perderam lugar, mas que simplesmente podem ser afastadas com base em outras razões (OLIVEIRA, 1998, p. 175).

Sob outra perspectiva, por fim, a paternidade poderia ser tomada a partir de sua expressão social, sem necessidade de corresponder expressamente ao vínculo sanguíneo. Daí o reconhecimento da posse do estado de filiação e a fixação de prazos curtos para impugnar a paternidade, bem como da completa exclusão do vínculo sanguíneo na adoção e na fecundação artificial heteróloga.

Contudo, vale destacar que o prazo de quatro anos para o filho impugnar o reconhecimento, previsto no art. 1.614 do Código Civil (“O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”), vem recebendo interpretações divergentes no STJ, dentro da própria Quarta Turma, no caso da chamada *adoção à brasileira*, quando ocorre o reconhecimento de filho alheio como próprio:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS. 1. 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. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". 4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os

réus como pais da requerente. (STJ, 4. T., REsp 1.167.993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.12.2012.

A tese adotada pelo Min. Luis Felipe Salomão admite a possibilidade de o filho impugnar, a qualquer tempo, o reconhecimento, ainda que realizado por pais casados e, portanto, a despeito da presunção de paternidade, sob o argumento de que o art. 1.614 do Código Civil seria aplicável apenas na hipótese de o filho natural pretender afastar a paternidade por mero ato de vontade, com único objetivo de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem, contudo, buscar constituir nova relação. Ou seja, seria viável a impugnação, quando se pretendesse buscar o reconhecimento de paternidade biológica em ação de investigação de paternidade.

Para a Min. Maria Isabel Gallotti, seria possível a anulação de registro civil para a constituição de outro registro em que figurem os pais biológicos, na hipótese de ocorrência da chamada adoção à brasileira, sob o fundamento de que a paternidade “é um dado objetivo, que se determina, em regra, pelo critério sanguíneo, e o seu reconhecimento, quando buscado pelo filho, não depende de considerações de ordem moral e subjetiva, podendo-se dar, quando provado pelo filho, enquanto ele viver”.

O voto vencido do Min. Marco Buzzi fundamenta-se na impossibilidade de anulação de registro civil para constituir novo assento de nascimento em que figurem os pais biológicos, no caso de adoção à brasileira, em que somente se ajuizou a ação para desconstituir o registro mais de quarenta anos depois de saber que os pais registrais não eram os de sangue, pois o reconhecimento do vínculo biológico não tem o condão de alterar a verdade familiar consolidada pelos laços afetivos, devendo prevalecer a realidade socioafetiva sobre a biológica.

As decisões, no entanto, há mais de uma década, são reiteradas no sentido de inadmitir a impugnação por mero ato de vontade, ou seja, quando têm por objetivo unicamente afastar o reconhecimento da filiação, sem pretender criar uma nova relação (STJ, 3. T., REsp 11.044/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 04.12.2003; STJ, 3. T., REsp 256.171/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 02.03.2004; STJ, 4. T. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp 259.768/RS, j. 22.04.2003).

De outro lado, conquanto o critério sociologista, à primeira vista, não teria sido adotado pelo Código Civil de 2002, uma vez que, no art. 1.601, prevê a imprescritibilidade da negatória de paternidade, ainda que contra uma realidade já estabelecida, tal não parece ser a posição mais recente consagrada pelo STJ:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido. (STJ, 4. T., REsp 1.059.214/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.02.2012).

A socioafetividade, como uma situação fática, consolidada pelo tempo, cria um vínculo que ingressa no mundo jurídico, produzindo efeitos e afastando a eventual ilicitude decorrente da falsidade do registro, no caso do reconhecimento de filho alheio (art. 1.604, do Código Civil):

REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro", a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança. 2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. 3. "O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil" (REsp n. 878.941-DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrigli, DJ de 17.9.2007). 4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. 5. Recurso especial provido (STJ, 4. T., REsp 709.608/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 05.11.2009).

Por isto, reconhecida a existência de laços de afeição no plano dos fatos, é preciso regular a atribuição de efeitos jurídicos.

## 5 Do afeto no estabelecimento da filiação

Gérard Cornu observa que, para o filho, o nascimento é sempre um caso fortuito, de força maior, fato de dois terceiros, verdadeira causa estrangeira que o lança na terra. Uma vez nascida, a criança espera da vida se o vínculo do sangue será revelada em relação a seus pais, ou ao menos de um deles, e se um vínculo de afeição - *o amor que funda uma parentalidade distinta daquela do sangue* - seguirá ou não a voz do sangue (CORNU, 1975, p. 30).

A emergência de uma situação de fato que se prolonga no tempo poderia ser reconhecida como uma presunção de filiação por posse de estado, tal como **reconhecimento putativo**. Quando não é sinal de um vínculo sanguíneo, a posse de estado é sinal visível de um vínculo de afeição (*affection*), de uma família afetiva, que deve ser protegida como expressão de realidade da existência do vínculo que compõe a vida da pessoa (CORNU, 1975, p. 40-41).

Pierre L. Van den Berghe destaca que as hipóteses mais comuns de paternidade putativa decorrem do tratamento paternal, pelo marido, de filhos que não são dele. Tais situações não se diferenciam, em termos gerais, do parentesco ritual, como aquele decorrente do apadrinhamento nos ritos de passagem da liturgia católica (batismo, crisma ou casamento) (VAN DEN BERGHE, 1983, p. 272-273).

Deste modo, importa à criança que seja acolhida. O estabelecimento da filiação determina as responsabilidades parentais, independentemente da relação entre os genitores (LA BROSSE, 2011, p. 374), de modo que o exercício destas faculdades possa ser tomado, pelo perfilhado, como ato de reconhecimento.

De acordo com a Min. Nancy Andrichi, “a filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança” (STJ, 3ª T., REsp 450566/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 03.05.2011).

O pertencimento a uma família reflete, assim, uma relação de sangue, seja real ou putativa (VAN DEN BERGHE, 1983, p. 275).

Com as ressalvas que devem ser feitas em decorrência da comparação, impossível, entre domínios patrimonial e existencial, o símile é útil à compreensão: a paternidade

biológica está para a paternidade sócio-afetiva assim como a aquisição da propriedade pelo registro está para a aquisição por usucapião.

## **6 Posse do estado de filiação e a impossibilidade de mudança**

Nas palavras de Paulo Lôbo “a investigação de paternidade tem por objeto assegurar o pai a quem não tem e nunca para substituir a paternidade socioafetiva pela biológica, até porque esta só se impõe se corresponder àquela” (LÔBO, 2010, p. 469).

Deste modo, frente à posse do estado de filiação, a via negatória estaria bloqueada.

Um estado pode ser provado não só por um registro, mas também por sua posse (CARBONNIER, 2008, p. 151). A posse do estado constitui prova indireta, capaz de suprir a ausência do título.

A posse do estado depende da caracterização da tríade *nominatio, tractatus e fama*. A *nominatio* criava a aparência da verdade do estado pessoal, seja referida em documentos públicos ou privados, na época em que não se podia cogitar de registros públicos (DEMOULIN-AUZARY, 2004, p. 193-195). O que a posse de estado propicia é, para além de reconhecer que a realidade nominativa é pública, é conceder-lhe efeitos adicionais, provando indiretamente o casamento ou a filiação.

A posse do estado de casado não equivale a dar a condição de casado a quem não tenha casamento celebrado, mas, pelo contrário, significa somente admitir que o casamento de que não se encontrou registros pode ser provado por outros meios, especialmente os casamentos clandestinos e, historicamente, os casamentos não católicos (AZPIRI, 2005, p. 46).

Em relação à prova de filiação, por outro lado, a admissão da posse de estado de filho como prova era muito mais facilmente aceita, todas as vezes em que o interessado não pudesse se beneficiar da presunção de paternidade (DEMOULIN-AUZARY, 2004, p. 270-272). A paternidade adquirida por meio da posse de estado de filiação tem por escopo “garantir a estabilidade do vínculo de filiação”, vez que, por muito tempo, o fato biológico da procriação era inalcançável (SIFFREIN-BLANC, 2009, p. 156).

Seria de se supor que, com o avanço das técnicas médicas, em especial o exame de DNA, as referências à posse de estado de filiação se tornassem menos comuns. Pelo contrário, grande parte da discussão contemporânea sobre filiação se volta aos contornos de uma relação social ou sócio-afetiva:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - FATO INCONTROVERSO - VÍNCULO SOCIOAFETIVO COMPROVADO - DESFAZIMENTO DA UNIÃO AMOROSA ENTRE A GENITORA BIOLÓGICA E GENITOR AFETIVO - ARREPENDIMENTO POSTERIOR QUE NÃO PERMITE A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. Comprovado que o autor criou, como se seu filho biológico fosse, uma criança por mais de uma década, configurando-se um vínculo socioafetivo entre as partes, inviável o desfazimento da paternidade de fato ao simples argumento de inexistência de vínculo genético. O pedido inicial que visa afastar a qualidade de pai atribuída ao autor, em razão deste não mais se relacionar com a genitora do réu, por força do término da união amorosa até então existente entre o casal, caracteriza um arrependimento posterior que não autoriza a procedência da ação. A interpretação do ordenamento jurídico constitucional vigente deve prestigiar de forma absoluta os interesses minoristas (art. 227 da CF), o que afasta o desfazimento de uma paternidade socioafetiva por mera liberalidade do pai afetivo. V.V. (TJMG, 6. CC., Apelação Cível nº 1.0024.06.985117-8/001, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. 14.09.2010).

Da mesma forma, o êxito da ação negatória de paternidade, conforme vem decidindo o STJ, “depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar” (STJ, 4. T., REsp 1.059.214/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.02.2012).

A paternidade, apesar de falsamente declarada por ocasião do registro, não correspondendo à origem genética, não o foi no tocante ao desígnio de estabelecer com a criança vínculo próprio do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade, sob pena de se configurar abuso de direito (art. 187, Código Civil), sob a hipótese do *venire contra factum proprium*.

O abuso se caracteriza por uma disfuncionalidade sistemática entre a permissão legal e o comportamento realizado, apresentando uma eficácia inibitória, que se traduz “numa preclusão do exercício de certa posição jurídica” (CARNEIRO DA FRADA, 2004, p. 853-854). Assim, por exigência da eticidade, que deve pautar todas as relações jurídicas, extrapatrimoniais e patrimoniais, o Código Civil de 2002, inclusive no direito de família, tem por característica “a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência da *proteção da confiança* que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil” (CARNEIRO DA FRADA, 2004, p. 550).

## 7 Conclusão

O reconhecimento da complexidade do vínculo de filiação determina a possibilidade de reconhecimento de filiação sem a necessidade de comprovação de vínculo biológico ou, em outro extremo, a negativa de vínculos de parentesco em decorrência da maternidade em substituição ou sub-rogada, pois, em certos casos, o interesse social, instaurado por situações que se consolidam de fato, não permite que uma investigação científica se sobreponha e se imponha como critério determinante da filiação.

A emergência de uma situação de fato que se prolonga no tempo deve ser reconhecida como uma presunção de filiação por posse de estado, tal como reconhecimento putativo. Quando não é sinal de um vínculo sanguíneo, a posse de estado é sinal visível de um vínculo de afeição, de uma família afetiva, que deve ser protegida como expressão de realidade da existência do vínculo que compõe a vida da pessoa, sob pena de ser admitida a tutela de comportamentos contraditórios.

O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 878.941/DF, DJ 17.09.2007).

Assim, a construção da verdade da paternidade não corresponde à revelação de um critério pré-determinado, mas à aferição, frente aos fatos, da estabilidade das relações de parentesco, manifestadas por meio da afeição entre os envolvidos, seja por corresponder às circunstâncias biológicas, seja por ter sido firmada por sua perpetuação no tempo.

## **8 Referências bibliográficas**

AUGÉ, Marc. O parentesco e o resto. In: AUGÉ, Marc (Dir.). *Os domínios do parentesco: filiação, aliança matrimonial, residência*. Lisboa: Edições 70, 2003a, p. 87-111.

AUGÉ, Marc. Os parentes e os outros. In: AUGÉ, Marc (Dir.). *Os domínios do parentesco: filiação, aliança matrimonial, residência*. Lisboa: Edições 70, 2003b, p. 69-86.

AZPIRI, Jorge O. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONNIER, Jean. L'amour sans la loi. In: CARBONNIER, Jean. *Écrits* [textes rassemblés par Raymond Verdier]. Paris: PUF, 2008, p. 139-162.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António da Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*. 4. ed., Paris: Montchrestien, 1994.

CORNU, Gérard. La filiation. In: ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT. *Réformes du droit de la famille*. T. 20. Paris: Sirey, 1975, p. 29-44.

DEMOULIN-AUZARY, Florence. *Les actions d'état en droit romano-canonique: mariage et filiation (XII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles)*. Paris: L.G.D.J, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação – aspectos constitucionais, civis e penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 163-176.

JANVILLE, Thomas. *La qualification juridique des faits*. Aix-en-Provence: PUAM, 2004.

LA BROSSE, Arnould Bethery de. *Entre amour et droit: le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI<sup>e</sup> - XXI<sup>e</sup> siècles)*. Paris: L.G.D.J, 2011.

LÉVI-STRAUSS, Claude. A família. In: SHAPIRO, Harry L. *Homem, cultura e sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1982, p. 355-380.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Anthropologie structurale*. Paris: Plon, 1958.

LÔBO, Paulo. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 453- 472.

MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In:

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT. *Réformes du droit de la famille*. T. 20. Paris: Sirey, 1975, p. 127-136.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 1988.

SIFFREIN-BLANC, Caroline. *La parenté en droit civil français: étude critique*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

VAN DEN BERGHE, Pierre L. *Sistemas de la familia humana: una visión evolucionista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.

VIAL, Géraldine. *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*. Paris: Dalloz, 2005.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, a. 27, n. 21 (nova fase), p. 400-418, maio 1979.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades & superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, a. 1, n. 2, p. 109-111, jul.-set. 1999b.

VILLELA, João Baptista. Procriação, paternidade & alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Saraiva-IBDFAM, 2005, 131-146.

VILLELA, João Baptista. Resenha. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, a. 1, n. 2, p. 109-111, jul.-set. 1999a.