

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 180
Outubro/dezembro – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Filiação jurídica, biológica e socioafetiva

Dilvanir José da Costa

Sumário

1. O Supremo Tribunal Federal. 2. Os tribunais estaduais. 3. O Superior Tribunal de Justiça na primeira década de sua existência. 4. Evolução do STJ e suas influências. 5. O respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. 6. A nova era da socioafetividade: A) Introdução; B) Doutrina; C) Jurisprudência: I - Tribunais estaduais; II - Consagração pelo STJ. 7. Conclusões: A) Filiação jurídica e filiação biológica; B) Filiação socioafetiva.

1. O Supremo Tribunal Federal

Na época que precedeu à criação do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da competência para julgamento de matéria infraconstitucional, proferiu reiteradas decisões reconhecendo a decadência do direito exclusivo do marido de contestar a paternidade do filho de sua mulher. Reconheceu o caráter exclusivo do marido e a decadência desse direito em curtíssimo prazo, nos termos dos artigos 344 e 178, §§ 3º e 4º, do Código Civil de 1916. Tudo em homenagem ao instituto do casamento civil e em defesa da honra da mulher casada, que não poderia sofrer tal constrangimento senão por iniciativa do próprio marido. A única abertura admitida pela Suprema Corte à tese da decadência foi a ocorrência de separação de fato do casal, durante o tempo em que tornasse notória a impossibilidade de o filho ser do marido.

Dilvanir José da Costa é Professor e doutor em Direito Civil (UFMG).

O STF consagrou, pois, a prevalência da filiação jurídica, legítima ou presumida, na esteira do Código Civil referido.

Eis alguns exemplares desses julgados, nas décadas de 1950 a 1980:

“Deixa de ser investigável pelo filho a paternidade ainda em frente ao DL 4.737, conforme decidiu este Tribunal em vários arestos. A presunção *pater est* cessa se o marido lograr êxito na negatória de paternidade, nos termos dos artigos 344, 345 e 178, §§ 3º e 4º, do CCB. O artigo 1º da Lei 883 não revogou o Código e não podia contrariar a sistemática consagrada, dadas as concepções em torno do conceito legal de família. A presunção é homenagem constitucional à constituição do casamento (Josserand)” (RE 36.814, de 8.05.55, 1ª Turma).

“Muitas vezes sentenciou o STF que continua em vigor o artigo 344 do Código Civil (só o marido pode contestar a legitimidade do filho de sua mulher)” (Repert. Jurispr. CC, Max Limonad, 2ª Turma, 27.06.58, art. 344).

“O artigo 6º da Lei 883 dispôs: ‘Esta lei não altera os Caps. II, III e IV do Livro I, parte especial, do CC (337 a 367), salvo o art. 358’. Logo, não alterou o artigo 344. Jamais se pensou em tamanho abalo à instituição da família e que a honra das mulheres casadas ficasse exposta ao aventureirismo e ganância dos inescrupulosos, empenhados em arrebanhar uma herança polpuda. A família legítima é o centro ético da sociedade (Caió Mário, com remissão à doutrina de grandes civilistas). A tese da imprescritibilidade da ação de contestação de paternidade vigorou no tempo de Lafayette, porque não tínhamos lei a respeito; não após o CC (art. 178, § 3º). Não se confunde a ação de investigação de paternidade, realmente imprescritível, com a ação negatória,

típica do pai que se insurge contra a paternidade que lhe é atribuída. A ação foi proposta em agosto de 1973, enquanto a filha cuja paternidade é contestada nasceu em 1946. Caso típico de decadência, que tem por fim limitar no tempo o exercício de um direito, diante de um interesse superior. Não conheço do recurso.” (RE 88.370-3, 2ª T., unânime, em 23.04.79. RT 527/244).

“O Sr. Min. Moreira Alves: Pelo Código Civil, nem o pai, se deixar escoar o prazo de decadência, poderá contestar a paternidade. O STF tem admitido tal tese, quando fica demonstrado que houve separação absoluta de fato durante todo o período que vai da concepção ao nascimento.” (RE 80.805-PR, RTJ 78/534).

“O STF tem admitido a investigação, quando o pai presumido, embora sem propor a ação específica, repudia a paternidade por forma inequívoca; e, ainda, quando a concepção teve lugar durante a efetiva separação do casal.” (RE 80.751-RJ, 1ª T. 2.12.75, RTJ 80/565).

“A jurisprudência se consolidou neste STF, no sentido de que, em casos excepcionais, é de admitir investigação de paternidade de filho de concubina que, conquanto casada, estava separada de fato do marido havia muitos anos.” (RE 46.135, 51.269, 55.696, Agr. 29.411, AR 608).

2. Os tribunais estaduais

No mesmo período e até posteriormente, os tribunais estaduais decidiram conforme os ditames do STF, resguardando os interesses superiores do casamento civil, da família legítima e da mulher casada. Preservaram o que consideraram os fundamentos éticos do artigo 344 do Código Civil até mesmo contra a verdade biológica, nos primeiros tempos desta. Vejamos essa jurisprudência:

TJSP:

“Na espécie, a lei ordinária está em inteira consonância com a regra constitucional, que coloca a família constituída pelo casamento sob a proteção dos Poderes Públicos (art. 167, CF). Como observa Clóvis, contestar a legitimidade do filho envolve a acusação de adultério por parte da mulher, e não permite a ética jurídica que alguém atire essa nódoa à honra da mulher casada, senão o seu próprio consorte.” (CCRR., Rec. Revista 143.816, RJCC, Max Limonad, n. 1583).

“Mulher separada do marido por muitos anos. Filhos havidos em concubinato com outro homem. Situações que conduzem à convicção de que os filhos nascidos da mulher separada não são evidentemente do marido.” (4ª CC, Ap. 197.795, RT 436/87).

“Negatória de paternidade. Ilegitimidade *ad causam*. Ação privativa do marido. Hipótese em que este não contestou a legitimidade do filho em vida. Carência decretada. É ato privativo do marido a contestação da legitimidade do filho em vida. Aplicação do art. 344 e inteligência do art. 348 do CC. É ato privativo do marido a contestação da legitimidade dos filhos havidos por sua mulher.” (4ª C., Ap. 101.166-1, 25.08.88, RT 637/63).

“Ilegitimidade de parte. Investigação de paternidade. Contestação de filiação legítima por quem não é marido. Inadmissibilidade. Aplicação do art. 344 do CC.” (5ª C., Ap. 177.512-1, 22.10.92, RTJESP 140/66).

“Ação de investigação de paternidade – Filho legítimo de outro casal. Reconhecimento de outra filiação paterna, baseada em nulidade de registro civil. Necessidade de prévia impugnação desse registro até quatro anos após a

maioridade ou emancipação. Art. 348 do CC c/c o art. 362 do mesmo diploma. Prescrição ocorrente. Carência da ação investigatória. Processo extinto. Recurso provido para esse fim.” (AI 90.051-1, 3ª C., rel. des. Toledo César, RJ 141/180).

TJMG:

“Sendo indubitosa a separação de fato dos cônjuges à época da concepção, viável a ação investigatória de paternidade *a matre*.” (1ª CC, Ap. 42.735, 16.02.76, RF 258/275)

“Investigação de paternidade – Filiação adulterina *a matre* – Precedentes jurisprudenciais – Hermenêutica – Deve-se admitir a investigação da paternidade mesmo em se tratando de mulher casada, com dispensa de prévia ação negatória de paternidade, desde que o pai presumido tenha repudiado de forma inequívoca a paternidade, ou quando o esteja efetivamente separado. Ao julgador incumbe dar à lei interpretação valorativa e construtiva, ajustada à multifária realidade da vida.” (Ap. 68.829, rel. des. Sálvio Figueiredo, RJM 31/87).

“Negatória de paternidade. Coabitação do casal à época da concepção. Presunção da paternidade do marido. Adultério da mulher. Não elisão. O adultério da mulher não elide a presunção da paternidade se, à época da concepção do filho, o casal vivia sob o mesmo teto.” (Ap. 37.703-6, 3ª CC, rel. des. Lúcio Urbano, 30.03.95, JM 134/153).

“Paternidade – Desconstituição de registro civil. Impossibilidade jurídica do pedido. A legitimidade do filho havido na constância do casamento torna-se incontestável, ainda que não o seja na realidade, se à época do casamento o marido tinha conhecimento do estado de gravidez da mulher e se, pessoalmente, assistiu à lavratura

do termo de nascimento da criança, pois o contrário significaria revogar a declaração de paternidade efetuada quando do nascimento e lavratura do respectivo termo. A paternidade jurídica é imposta independentemente da biológica, não importando, para o direito, se o marido é o responsável pela geração do filho, desprezando-se a verdade real para que se atenda à necessidade de estabilização da sociedade e à segurança das relações jurídicas.” (AI 22.172-1, rel. des. Bady Curi, 13.08.91, JM 115/119).

TJRJ:

“A verdade legal, informada por superiores propósitos de proteção à família, sobrepõe-se à verdade real. O fundamento ético do art. 344 do CC.” (1º Gr. CC, Embargos Infrings, na Ap. 1.658, RT 509/239).

3. O Superior Tribunal de Justiça na primeira década de sua existência

Sobreveio o Superior Tribunal de Justiça, com a competência soberana infraconstitucional, como Tribunal da Federação. Para comemorar sua primeira década de existência (1989/1999), essa Corte Superior publicou uma seleção de julgados sob o título “10 anos a serviço da Justiça”, v. IV, Jurisprudência, com referência a quatro decisões sobre filiação e investigação de paternidade. No acórdão publicado nessa seleção, às fls. 234/244 do v. IV, no REsp 83.685/MG, constam as seguintes partes que mais interessam ao tema em debate:

“Ementa: No regime anterior à Constituição de 1988 e à Lei nº 8.069/90, o filho que não impugnasse, no prazo de quatro anos, o reconhecimento da paternidade – legitimado que fora quando do casamento de sua mãe – não poderia promover ação de investigação de paternidade contra outrem. Precedentes do STJ. Voto: o Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar (Relator):

O Superior Tribunal de Justiça já em três oportunidades manifestou-se, através das duas Turmas da egrégia Segunda Seção, a respeito da prescristibilidade da ação de impugnação de reconhecimento de filho menor, sempre exigindo a propositura da ação no prazo de quatro anos, a contar da maioridade do perfilhado:

“A ação para impugnar o reconhecimento filial é prescristível, *ex vi* do disposto nos artigos 178, § 9º, inciso IV, e 362 do Código Civil, exceção legal ao princípio da imprescristibilidade das ações pertinentes ao estado das pessoas” (REsp nº 1.380/RJ, 3ª T., Rel. Min. Gueiros Leite, j. em 6.03.90).

“A norma do artigo 178, § 9º, VI, do Código Civil implicou exceção ao princípio da imprescristibilidade das ações relativas ao estado das pessoas.” (REsp n. 19.244/PR, 4ª T., Rel. Min. Athos Carneiro, j. em 3.03.93).

“O reconhecimento voluntário da paternidade, realizado quando ainda menor o perfilhado, somente pode ser por este impugnado dentro de quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação. Mesmo a impugnação fundada na inveracidade da declaração do perfilhante (falso ideológico) se sujeita ao referido prazo decadencial, cujo transcurso *in albis* – sem manifestação de insurgência de qualquer espécie – conduz à inviabilidade de desconstituição do ato de reconhecimento, tornando definitiva a relação de parentesco entre reconhecente e reconhecido. A investigatória de paternidade, em tais circunstâncias, proposta quando já expirado o quadriênio legal, é de ser havida por inadmissível, cumprindo ao juiz declarar o autor carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido.” (REsp n. 38.856/RS, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 21.06.94).

A ementa do acórdão supra fala em regime anterior à Constituição de 1988 e à Lei 8.069/90 (ECA). *Quid juris*, se se considera que o art. 362 do Código de 1916 veio a ser repetido, literalmente, pelo art. 1614 do Código de 2002?

No mesmo ano de 1997, o STJ reconheceu outro tipo de decadência do direito de contestar a paternidade, nestes termos:

“Ementa: Ação negatória de paternidade cumulada com cancelamento de registro civil – prazo de decadência. I – Prescreve em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 178, § 3º, do Código Civil). Consoante a melhor doutrina, se o marido, antes de se casar, tinha ciência da gravidez da mulher e, apesar disso, contraiu casamento, o seu ato deve ser interpretado como uma tácita confissão de que o filho é seu e, portanto, legítimo para todos os efeitos. II – Recurso não conhecido. Acórdão: Por unanimidade, não conhecer do Recurso Especial.” (REsp 89606/SP, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 14.04.97 e publ. DJ 09.06.97 p. 25534).

A ação referida só veio a ser considerada imprescritível pelo artigo 1601 do novo Código Civil, em 2002, com críticas gerais.

4. Evolução do STJ e suas influências

Em 1998, no REsp 140579, o STJ evoluiu para admitir a ação declaratória de inexistência de filiação legítima (subterfúgio encontrado para acolher a negatória de paternidade por via inversa), por comprovada falsidade ideológica, por meio do DNA. A presunção de filiação legítima seria *relativa*.

Em 1999, no REsp 194.866/RS, a egrégia 3ª Turma, sob o relatório e voto condutor do Min. Eduardo Ribeiro, proferiu decisão unânime com a seguinte ementa:

“Paternidade. Contestação. As normas jurídicas hão de ser entendidas

tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos. Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, restrinja-se às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação. Decadência. Código Civil, artigo 178, § 3º. Admitindo-se a contestação da paternidade, ainda quando o marido coabite com a mulher, o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa.”

Em 2002, no REsp 139.590, a mesma Corte Superior decidiu que o marido pode propor a ação negatória de paternidade ainda que ultrapassado o prazo do art. 178, § 3º, do CC se, realizado o exame de DNA, a inexistência do vínculo genético restou comprovada.

Ainda em 2002, no REsp 435.868, sendo relatora a Min. Nancy Andrighi, a mesma Corte proclamou, com suporte em precedentes, ser “imprescritível o direito ao reconhecimento do estado filial exercido com fundamento em falsidade do registro”. Acrescentou, em seu voto, que: “antes da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, vigorava em nosso ordenamento jurídico exceção à regra da *imprescritibilidade* desse direito, positivada nos arts. 178, § 9º, VI, e 362 do CC”. Resalva, porém, com suporte em precedentes, que os textos se aplicam tão-somente ao *filho natural*, no exercício de seu direito a

impugnação por mero *ato de vontade*. Não alcança as ações intentadas pelo filho legítimo ou natural com fulcro na *falsidade* do registro.

No mesmo sentido foi a decisão proferida no REsp 440.119, relator o Min. Castro Filho.

Também em 2002, no REsp 440.394, houve decisão afastando a decadência, com duas novidades que merecem registro: a) tratava-se de ação negatória movida pelo companheiro em união estável; b) a negatória somente foi acolhida diante da inexistência de pressupostos que justificassem a preservação dos laços afetivos. Foi a socioafetividade aflorando na jurisprudência do STJ, como caráter essencial da filiação.

As decisões posteriores seguiram a mesma trilha: em 2003, no REsp.139.118 e no REsp 208.788; em 2005, no REsp 485.511; em 2006, no REsp 765.479; e em 2007, no REsp 878.954 – nos quais se liberou a negatória, a contestatória ou a investigatória de paternidade por vício do consentimento ou falsidade ideológica, sob as influências progressivas das separações de fato do casal, das comprovações pelo exame de DNA, dos princípios da dignidade e da igualdade consagrados pela Constituição cidadã de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 27), que passou a considerar o reconhecimento do estado de filiação direito imprescritível, podendo ser exercitado sem qualquer restrição. Finalmente, o art. 1.601 do novo Código Civil considerou imprescritível a ação do marido para contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, de forma ampla e sem ressalva, pondo em conflito, tantas vezes, filhos biológicos e socioafetivos e gerando debates, até nas novelas, sobre a filiação real, diante das circunstâncias da vida familiar. O novo texto fez renascer a polêmica, na doutrina e na jurisprudência, sobre o caráter essencial da filiação, que resulta da convivência e dos laços afetivos e sentimentais impostergáveis.

5. O respeito ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito

Não obstante a evolução legal e jurisprudencial ocorridas no âmbito da filiação e seus efeitos, não podem passar despercebidas as consequências do conflito de leis no tempo. O efeito imediato das leis não se confunde com a retroatividade das mesmas. As leis novas não podem regular o passado. Devem respeitar as situações jurídicas constituídas e estabilizadas sob o império das leis vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição federal e ao artigo 6º e parágrafos da LICC. Os direitos decaídos não podem renascer como cadáveres ressuscitados. A propósito, decidiu o TJSP:

“Direito adquirido, decorrente de ato jurídico praticado sob lei anterior – Irretroatividade da lei nova. O ato de registro de nascimento datava de 1934, quando a ninguém era lícito vindicar estado contrário ao resultante do registro. E, posteriormente, com a alteração do texto do art. 348 CC, não se reabria o ensejo de fazê-lo aos já registrados, que gozavam, nesse tempo, da posse de estado de filho, como observa o Des. Prado Fraga, em acórdão do egr. 2º Grupo de Câmaras Cíveis deste Tribunal (RT 205/146), tendo em conta o direito adquirido, resguardado pelo dispositivo anterior. Não seria admissível alterá-lo por lei subsequente, “sem que haja retroatividade” (ROUBIER, *Les conflits des lois*, v 1º, p. 453)” (Ac. da 3ª CC TJSP, Ap. 79.058, RT 262/268).

6. A nova era da socioafetividade

A) Introdução

A filiação passou por três fases ou etapas: filiação jurídica, legal ou presumida do Código Civil de 1916; filiação biológica, científica ou instrumental decorrente da

evolução tecnológica; e filiação socioafetiva, cultural e finalística moderna. Esta última é que abriga a verdade real ou psico-sócio-afetiva. Filiação sem cultivo, convivência e assistência, sem afeto e amor é como casamento formal ou registral sem união estável. A afetividade é tão substancial à filiação que a adoção ou filiação civil tem nela seu fundamento, suporte e objetivo.

Pode ocorrer, eventualmente, que a filiação biológica identifique uma criança arrebatada criminosamente de seus pais, inclusive na maternidade, causando-lhes sofrimento e angústia, como no rumoroso “caso Pedrinho”, em que o próprio filho, já adolescente, reconheceu o ato insano de sua mãe registral (condenada pelo seqüestro) e optou pela paternidade biológica, com a cobertura legal.

Pode ocorrer, ainda, como na hipótese julgada pelo STJ em 17.05.2007, no REsp 833.712/RS, em que “o investigado, de tradicional família da região, manteve relações sexuais com a investigada, que trabalhava para os pais dele, do que resultou a gravidez e o nascimento do investigante. Para evitar boatos a respeito do ocorrido, foi a investigada obrigada a afastar-se da família do investigado, sendo levada a entregar a criança para o casal que a acolheu e a registrou como se filha fosse”. E prossegue o julgador: “O vínculo sócioafetivo deve advir de ato voluntário dos pais que registraram a criança. Na espécie houve um ‘arranjo’ ao ser a investigante enviada aos pais registrais, para que não fosse maculada a imagem de ‘bom moço’ do investigado, pertencente a família de relevo na sociedade local, tendo sido a mãe acuada e obrigada a entregar a filha.” O caso é semelhante à famosa novela “o direito de nascer”, que emocionou a todos nós e provocou reação generalizada. E concluiu o colendo STJ:

“Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar

conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura.”

E ainda lançou uma regra de hermenêutica:

“Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.”

(REsp 833712/RS, ac. un. da 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 04.06.2007).

Não menor é o choque e a dor moral dos pais e irmãos afetivos que, após longa convivência com um “filho e irmão”, este, sem ter sido vítima de ato ilícito como o de Pedrinho, ou de orgulho e usurpação como na novela e no precedente *supra*, arrisque-se na aventura de procurar outro pai fora do lar, discriminando e repudiando seus pais e irmãos, com desprezo do afeto e da gratidão e somente por ambição de herança, desde que já nem careça de alimentos.

B) Doutrina

A filiação socioafetiva ou desbiologização da paternidade tem por defensores eminentes juristas e filósofos do direito, como se pode conferir.

Rosana Fachin (2002, p. 63), desembargadora e doutora em Direito de Família no Paraná, adverte:

“A paternidade dos laudos. Inicialmente ressalto a importância da engenharia genética no auxílio das investigações de paternidade por meio do exame de DNA. Sem embargo dessa importante contribuição, é preciso equilibrar a verdade sócio-afetiva com a verdade de sangue, pois o filho é mais que um descendente genético, devendo revelar uma relação construída no

afeto cotidiano. Em determinados casos, a verdade biológica deve dar lugar à verdade do coração; na construção de uma nova família, deve-se procurar equilibrar estas duas vertentes: a relação biológica e a relação sócio-afetiva.”

Paulo Luiz Netto Lobo (2002, p. 245-253), da Universidade de São Paulo, pontifica:

“Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade (...) A filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares (...) A igualdade entre filhos biológicos e adotivos implodiu o fundamento da filiação na origem genética (...) O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é a relação entre eles fundada no afeto (...) O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macro-princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) (...) O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares.”

Luiz Edson Fachin (2004, p. 74), professor titular de Direito Civil da UFPr, em seus “Comentários ao novo Código Civil”, com a autoridade e experiência de civilista, proclama:

“... como bem se reconhece, a paternidade, mais do que ato de procriação, é fato cultural. A procura pelo vínculo biológico é um meio de melhor alcançar a dignidade humana do filho, uma vez que não existam vínculos socioafetivos suficientes para superar o dado genético em razão do amor. Não há, a rigor, fórmula geral e abs-

trata capaz de compreender a gama de situações humanas que se vertem em demandas sobre a paternidade e litígios concernentes aos filhos na separação e no divórcio. O Direito administra possibilidades num campo recheado de complexidade.”

E prossegue:

“A aplicação do art. 1.604 sofre correta adequação jurisprudencial, do que se toma como exemplo o seguinte pronunciamento: ‘Se a autora e seu companheiro resolveram criar a ré como filha, desde alguns meses de nascida, e o varão a registrou, depois de 12 anos, atribuindo a paternidade a si mesmo e a maternidade à autora, no tipo de procedimento conhecido como *adoção à brasileira*, não é admissível que, passados mais de 50 anos, venha a autora propor esta ação de anulação do ato ao argumento de que não anuiu com o mesmo, tanto que o desconhecia. Se a declaração foi, como se alega, inverídica em relação ao fato da geração, não o foi quanto à manifestação da vontade de criar com a pessoa registrada um vínculo de parentesco, que é, no caso, o parentesco civil de fato, cuja natureza nem mesmo a inobservância dos ritos legais poderia descaracterizar.’ (TJRJ – 14ª C. Cív. – Rel. Des. Mauro Fonseca Pinto Nogueira). Eis aí exemplar correto e elogiável dessa nova direção”,

comenta o professor, na página 95 de seu livro citado. E nós acrescentamos que, no caso, não houve crime de seqüestro de criança, nem “arranjo” para “preservar a honra” de um filho que engravidou a empregada. O registro foi ato voluntário, sem prejuízo para qualquer das partes ou de terceiro. Antes beneficiou a todos.

E completa o douto professor Fachin (2004, p. 97):

“A paternidade deve, portanto, ser vista como algo que é construído,

como a relação que se estabelece entre dois seres humanos que aos poucos vão-se conhecendo, criando liames de identidade, admiração e reconhecimento. É este, pois, o vínculo que deve ser prestigiado para se estabelecer a verdadeira paternidade (Juíza da 1ª Vara de Família de Petrópolis)“.

E que *reconhecimento* é esse, de uma filha adotada que procura outro pai, depois de conviver com um por meio século! Deve ter sido à procura de herança de pais biológicos, como se fora um prêmio de loteria...

Poderíamos prolongar nas citações. Mas vamos encerrar com Maria Christina de Almeida (2002), professora e autora de Direito Civil no Paraná, em duas eloqüentes passagens de sua publicação:

“A Constituição Federal de 1988 foi, efetivamente, um divisor de águas no que concerne aos valores da família contemporânea brasileira. A iniciar pelo art. 1º, III, que traduz o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, somado ao art. 3º, I, do mesmo diploma legal, que consagra o princípio da solidariedade, parte-se rumo ao fenômeno da repersonalização das relações entre pais e filhos, deixando para trás o ranço da patrimonialização que sempre os ligou para dar espaço a uma nova ordem axiológica, a um novo sujeito de direito nas relações familiares e, até mesmo, a uma nova face da paternidade: o vínculo socioafetivo que une pais e filhos, independentemente de vínculos biológicos.”

E conclui:

“É fato que o elo biológico entre pais e filhos não é suficiente para construir uma verdadeira relação afetiva paterno-filial. Basta verificar nas demandas de paternidade que, muitas vezes, o filho *conhece* seu pai por meio do DNA, mas não é *reconhecido*

por ele por meio do afeto. Em outras palavras, a filiação não é um dado ou um determinismo biológico, ainda que seja da natureza do homem o ato de procriar. Em geral, a filiação e a paternidade sociais ou afetivas derivam de uma ligação genética, mas esta não é suficiente para a formação e afirmação do vínculo; é preciso muito mais. É necessário construir o elo, cultural e afetivo, de forma permanente, convivendo e tornando-se, cada qual, responsável pelo cultivo dos sentimentos, dia após dia.

Tais reflexões demonstram que se vive hoje, no Direito de Família contemporâneo, um momento em que há duas vozes soando alto: a voz do sangue (DNA) e a voz do coração (AFETO). Isto demonstra a existência de vários modelos de paternidade, não significando, contudo, a admissão de mais de um modelo deste elo a exclusão de que a paternidade não seja, *antes de tudo*, biológica.

No entanto, o elo entre pais e filhos é, *principalmente*, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o elo biológico.

Disso resulta que, neste terceiro Milênio, quando a família assume o perfil de núcleo de afetividade e realização pessoal de todos os seus membros, paralelamente à paternidade biológica sem afeto, a posição de pai é assumida mesmo na ausência de filhos biológicos.”

A doutrina aponta três requisitos da paternidade socioafetiva: *o nome, o trato e a fama*. O filho que usa o nome do seu pai socioafetivo por longo tempo já tem no seu registro a marca da sua identidade familiar. O tratamento recíproco entre pai e filho socioafetivos, dando e recebendo afeto, assistência, convivência prolongada e exclusiva, com transmissão de valores, constitui a exteriorização dessa paterni-

dade real e efetiva. E a fama consiste na aparência e notoriedade desse estado de filiação-paternidade perante os familiares, amigos, vizinhos e a comunidade.

C) *Jurisprudência*
I – *Tribunais estaduais*

TJRS

“A verdade biológica não se sobrepõe à relação paterno-filial havida por 28 anos, entre o investigante e seu pai registral. A paternidade deve ser vista como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como um fato biológico. Reconhecimento da filiação socioafetiva.” (Apel. 70008792087, 8ª CC, rel. Catarina Rita Kriegear Martins, j. em 23/09/2004).

“Se a parte já contava mais de trinta anos de idade ao ajuizar a ação e sempre soube da inexistência do liame biológico com os pais registrais, mas manteve com eles e com o irmão proveniente dessa relação estreito liame social e afetivo, descabe buscar a desconstituição do vínculo, tendo ocorrido de forma indelével a decadência do seu direito. Inteligência do art. 362 do Código Civil de 1916.” (Apel. 70011110327, 7ª CC, rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. em 04.05.2005).

“Caso em que, ao registrarem a investigante, os pais registrais fizeram uma ‘adoção à brasileira’. Ao depois, os pais registrais foram os pais socioafetivos da investigante. Verdade socioafetiva que prevalece sobre a verdade genética.” (Apel. 70010973402, 8ª CC, rel. Rui Portanova, j. em 04.08.2005).

“Não restou demonstrada a alegação de erro substancial no momento em que a paternidade foi registrada. Ademais, com o tempo, restou configurada a paternidade socioafetiva, que prevalece mesmo na ausência de vínculo biológico.”

(Apel. 70012504874, 8ª CC, rel. Rui Portanova, j. em 20.10.2005).

“Sendo a filiação um estado social, comprovado estado de filho afetivo, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível.” (Apel. 70012613139, 7ª CC, rel. Maria Benedita Dias, j. em 16.11.2005).

“EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. CARACTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. Entre a data do nascimento da criança e o ajuizamento da ação, transcorreram mais de onze anos. Narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação de registro de nascimento. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível.” (Apel. 70012665444, 7ª CC, rel. Maria Benedita Dias, j. em 14/12/2005).

“EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO ACOLHIDA. HIPÓTESE DE DECADÊNCIA. É de ser acolhida a preliminar de extinção do processo em face da decadência. Decaiu o requerente do direito que possuía de impugnar a paternidade registral e ver reconhecida a paternidade biológica em 28.03.1988, quatro anos após atingir a maioridade. Assim, o ajuizamento da ação vinte anos depois de decorrido o prazo legal previsto para impugnar

a paternidade registral não pode ser admitido.” (Agravo de Instrumento 70015624828, 7ª CC, rel. Ricardo Rau-pp Ruschel, j. em 06/09/2006).

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL QUE É MARIDO DA MÃE. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. Cuida-se de parentalidade ficta, estabelecida a partir da presunção de paternidade do marido da mãe (*pater is est*), hipótese prevista no art. 1.597 do CCB. 2. Não há falar em erro como vício de consentimento se a relação de parentesco se forja por força de imperativo legal e ao longo de 25 anos houve a convivência da autora com o pai registral, encontrando-se o marido e mulher ainda casados. No caso concreto, coincidem a filiação noticiada no registro civil e aquela que se firmou na posse do estado de filho.”

(Apel. 70015797301, 7ª CC, rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 13.09.2006).

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO. PREPONDERÂNCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA ESTABELECIDADA ENTRE A MENOR E O PAI REGISTRAL. 1. A moderna noção de família, fundada no afeto, não admite a preponderância absoluta da verdade biológica sobre a situação socioafetiva consolidada entre a investigante e o pai registral, o único que ela conhece e que muito a ama, que tem a sua guarda e é responsável exclusivo por todos os cuidados dispensados à menina desde os oito meses de vida. 2. Não há nenhuma vantagem em alterar o registro civil da menor para desconstituir a filiação socioafetiva, tirando dela um pai que, mesmo sabendo não possuir vínculo biológico, segue lhe amando, cuidando e protegendo, para atribuí-la

ao pai biológico, que, mesmo ciente do vínculo genético, já manifestou que não a quer como filha, tampouco desejando assumir as obrigações inerentes à paternidade.” (Apel. 70016894719, 7ª CC, rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 29/11/2006).

“EMENTA. PEDIDOS DE DESCONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO CUMULATIVAMENTE COM INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. OPOSIÇÃO DO PAI REGISTRAL. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. 1. Cabe apenas ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Inteligência do art. 1601 do CCB. 2. O filho maior pode impugnar o reconhecimento da sua filiação apenas dentro de quatro anos que se seguirem à maioridade civil, sendo totalmente descabida a ação se proposta quando o filho já contava 38 anos, é casado e inclusive já possui filho. Art. 1.614, CCB. 3. A anulação do registro, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico, ou seja, coação, erro, dolo, simulação ou fraude, o que não se verifica quando se trata de uma declaração de paternidade feita pelo marido da mãe em relação a filho que foi concebido e nasceu na constância do casamento. 4. Mesmo que esteja ausente o liame biológico, pelo fato de a mãe do autor ter sido infiel ao pai registral, induzindo-o a erro, descabe desconstituir a relação jurídica de paternidade quando resta incontroversa a existência da filiação socioafetiva e o pai registral (e socioafetivo) não concorda com a desconstituição do registro civil.” (Apel. 70018883215, 7ª CC, rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. em 27/06/2007).

“EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DESCABIMENTO.

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CONSOLIDADA. 1. Embora a lei aponte o prazo decadencial no quadriênio, existe maciça orientação jurisprudencial afastando tal limitação temporal, motivo pelo qual, tendo sido enfrentado o mérito, cabia a extinção do processo com julgamento do mérito, superando-se a prefacial. 2. *Mostra-se flagrantemente descabida a investigação de paternidade com o propósito manifesto de obter herança do pai biológico, quando resta consolidada a relação jurídica de paternidade socioafetiva com o pai registral há mais de 50 anos e que ainda persiste.*”(destaque nosso).

“VOTOS: DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELOS CHAVES (Relator):

“... Assim, o efetivo exercício da posse de estado de filho resulta, primeiro, da declaração de paternidade e, segundo, do exercício dessa paternidade, o que conduz à indelével confirmação desse estado de família, que, como estado de família, tende à estabilidade e à universalidade. Ou seja, a relação parental estabelecida entre a autora e Vivaldino, que perdura há cinquenta anos, e se estendeu aos próprios descendentes da autora, deve-se perpetuar. É preciso ter em mira que a família é protegida de forma especial pelo Estado por ser a própria base da sociedade, cuidando o Estado para que, dentro dela, as pessoas se mantenham protegidas na sua dignidade, recebendo as primeiras e mais importantes noções de vida social e também os preceitos morais que devem nortear as suas vidas. E admitir, nesse contexto, a investigação de paternidade pretendida implica valorizar mais do que o fato social, mais do que a afetividade, o ténue liame biológico, que de nada valeu durante toda a vida, para se justificar na troca de uma mera

vantagem econômica, resultante da herança. Para a autora, parece claro que, se o seu pai biológico de nada valeu enquanto vivo, talvez lhe sirva depois de morto, nem que, para isso, precise desconsiderar a figura daquele que foi sempre o seu verdadeiro pai, que lhe deu o amparo material e moral, bem como o suporte afetivo ao longo de mais de cinquenta anos... Se, enfim, são esses os valores cultuados pela autora, não podem ser os valores que a sociedade e o Estado devem tutelar.” (Apel. 70018890285, 7ª CC, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 07/11/2007).

TJMG

“Talvez mais importante do que esclarecer a verdade biológica da paternidade seja manter a legitimidade da pessoa que exerce a função social de pai.” (Apel. Cível 1.0512.04.023554-5/001, ac. un. da 7ª CC, de 06.03.2007, rel. Heloisa Combat, com suporte no REsp 440394, j. em 25.11.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“Ementa: Ação de investigação de paternidade – Exame de DNA – Paternidade socioafetiva. Apesar do resultado do exame de DNA, deve ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista o caráter socioafetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem.” (Ac. un. na Apel 1.0105.02.060668-4/001, j. em 26.04.07, rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

II – Consagração pelo STJ

RECURSO ESPECIAL Nº 878.941 – DF
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

“EMENTA: “RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELE-

VÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.

– Merece reforma...

– O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência do vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

– OSTJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. *A contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido.” (Acórdão unânime da 3ª Turma, por decisão de 21/08/2007).

DO VOTO DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

“... Buscando amparo em jurisprudência dissonante, a recorrente pretende que a relação sócio-afetiva mantida com aquele que acreditava ser seu pai, ou, em outras palavras, a posse do estado de filha produza efeitos jurídicos.

“... Assim como ocorreu na hipótese *sub judice*, a paternidade sócio-afetiva pode estar, hoje, presente em milhares de lares brasileiros. O julgador não pode fechar os olhos a esta rea-

lidade que se impõe e o direito não deve deixar de lhe atribuir efeitos.

“É importante observar que o próprio ordenamento reconhece, em algumas hipóteses, a existência de vínculo jurídico de filiação mesmo quando ausentes quaisquer laços biológicos ou sanguíneos. Tome-se, por exemplo, a hipótese do art. 1.597, V, CC/2002. Foi estabelecido ali que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tal fato tenha contado com a expressa anuência do marido...

“A doutrina de Luiz Edson Fachin (1992, p. 169) com muita acuidade observa, nesse sentido, que ‘a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social’.

“Onde há dissociação entre as verdades biológica e sócio-afetiva, o direito haverá de optar por uma ou outra. Como visto, o STJ vem dando prioridade ao critério biológico naquelas circunstâncias em que a paternidade sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. *A contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Essa, me parece, foi a conclusão a que che-

gou o Min. Ruy Rosado de Aguiar, ao relatar o REsp 440.394/RS, 4ª T, DJ 10.02.2003:

‘Talvez mais importante do que esclarecer a verdade biológica da paternidade seja manter a legitimidade da pessoa que exerce a função social de pai...’

“Não se pode olvidar que a relação *construída* ao longo dos anos entre pais e filhos permanece na psique individual, perpetuando valores compartilhados por aquele núcleo familiar. Na esfera social, são os amores, dissabores e experiências diariamente compartilhados que constroem a família e a filiação. Na família sócio-afetiva, o homem realiza-se com dignidade e plenamente.

“Por isso, se a existência da filiação sócio-afetiva é trazida ao mundo jurídico por declaração de vontades, cumpre ao julgador reconhecer validade e eficácia nesse ato. Tomar como falsa a declaração de paternidade que não coincide com testes biológicos, sem maiores ponderações, é ver a realidade sob o prisma estritamente tecnicista, voltando-se as costas ao que interessa de fato para que as pessoas existam dignamente...”

“O reconhecimento da filiação sócio-afetiva pressupõe a ausência de vínculo biológico entre as partes que constroem uma relação familiar e se reconhecem como pais e filhos. Nesse sentido, os efeitos da decisão que reconhece a ausência de paternidade biológica não jogam uma pá de cal sobre a questão da filiação sócio-afetiva.”

CONCLUSÃO DO VOTO-VISTA DO MINISTRO CASTRO FILHO:

“De fato, o estado de filiação reconhecido merece prevalecer no caso concreto, uma vez que a relação como se de paternidade fosse existiu e se consolidou durante os vários anos de

convívio entre o declarante e a declarada. Tanto que, à falta de qualquer impedimento, poderia tê-la adotado. Com essas considerações, acompanhamento integralmente o voto-condutor e, para os fins nele consignados, dou provimento ao recurso especial.” (REsp 878941/DF, 3ª T., rel. Min Nancy Andrighi, j. em 21.08.2007).

Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Relatora.

RECURSO ESPECIAL Nº 234.833-MG
RELATOR: MIN. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA

“EMENTA: RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. CANCELAMENTO PELO PRÓPRIO DECLARANTE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. ASSUNÇÃO DA DEMANDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DEFESA DA ORDEM JURÍDICA OBJETIVA. ATUAÇÃO QUE, *IN CASU*, NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR LEGITIMIDADE À PRETENSÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1...

2...

3. *Se o reconhecimento da paternidade não constitui o verdadeiro status familiar, na medida em que o declarante, ao fazê-lo, simplesmente lhe reconhece a existência, não se poderia admitir sua desconstituição por declaração singular do pai registral. Ao assumir o MP sua função precípua de guardião da legalidade, essa atuação não poderia vir a beneficiar, ao fim e ao cabo, justamente aquele a quem essa mesma ordem jurídica proíbe romper, de forma unilateral, o vínculo construído ao longo de vários anos de convivência, máxime por se tratar de mera ‘questão de conveniência’ do pai registral, como anotado na sentença primeva.*

4. 'O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica (...) Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos'.

CONCLUSÕES DO VOTO DO RELATOR:

"4. Por fim, ainda que os argumentos até aqui apresentados digam, tão-somente, com a validade, ou não, do ato de reconhecimento de paternidade, não se desconhece, por óbvio, a precedência dos princípios constitucionais da personalidade e da dignidade da pessoa humana, além da proteção conferida, pela Carta Maior da República, à família, à criança e ao adolescente, especialmente no que tange às questões ligadas à identidade afetiva entre pais e filhos, mesmo que não originada de descendência biológica.

"Apenas para ilustrar o atual estágio da doutrina nacional, traz-se a lume o magistério de Mauro Nicolau Júnior, que, em monografia voltada ao estudo do direito ao reconhecimento da paternidade em confronto com o instituto processual da coisa julgada, revela as profundas modificações, pelas quais vem passando a Ciência Jurídica, em face de novos paradigmas; *in ipsius verbis*:"

"Numa sensível progressão, vem o Direito, um tanto a reboque de outras ciências que lhe são afins, como a Sociologia e a Psicologia, resgatar o valor da relação afetiva entre as pessoas – e, no que interessa a esta pesquisa, de pessoas que se caracterizam como

pais e filhos. Para isso, há necessidade de se renunciar a uma situação até então considerada como necessária em prol da propalada "segurança jurídica" e da estabilidade das relações pessoais, consubstanciadas na certeza (ainda que não condizente com a realidade, por mais paradoxal que possa parecer) resultante do vínculo genético que conduz à afirmação da existência da filiação e da paternidade.

Esse desenvolvimento vem também sendo experimentado pelo incremento do estudo dos direitos da personalidade, propiciando a revisão do próprio Direito de Família, por tanto tempo relegado à condição de subdireito, agora voltado à tutela de cada pessoa humana que de mais seu, como atributos inatos e inerentes, alcançando-se o que Pontes de Miranda (1971, p. 6) denominou 'um dos cimos da dimensão jurídica'. São dois universos distintos, pois o Direito de Família volta-se aos direitos e deveres das pessoas, hauridos do grupo familiar, e aos direitos da personalidade aos que dizem com a pessoa em si, sem relação originária com qualquer outra pessoa ou com grupo. A origem genética da pessoa, tendo perdido seu papel legitimador da filiação, máxime na Constituição, migrou para os direitos da personalidade, com finalidades distintas.

O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica (...) Daí é de se repetir o entendimento que toma corpo nos tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude do fascínio exercido pelos avan-

ços científicos em torno do DNA. Não há qualquer fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico restritivo, pois a Constituição estabelece exatamente o contrário, abrigando generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre outro, sem que com isso se pretenda minimizar ou retirar o enorme avanço que representou, para o Direito de Família, a possibilidade de se perquirir, com relativa certeza, sobre vínculos genéticos e biológicos, mas, de qualquer forma, sem que também possa ser elevado o exame de DNA ao status de determinante ou mesmo preponderante no estabelecimento e reconhecimento da própria existência de tais relacionamentos. Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos” (in *Paternidade e Coisa Julgada. Limites e Possibilidade à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, págs 118/119.)” (grifos do Relator)
(REsp 234833/MG, 4ª Turma, decisão unânime de 25/09/2007. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Relator).

7. Conclusões

A) Filiação jurídica e filiação biológica

Pelo Código Civil de 1916, os filhos eram legítimos (havidos sob o casamento civil e dentro dos prazos estabelecidos), legitimados (resultantes do casamento dos pais, após concebidos ou nascidos), ilegítimos (havidos fora do casamento), simplesmente naturais (havidos de pais solteiros ou equiparados), adulterinos (resultantes de adultério de um dos pais ou de ambos) e adotivos (filiação civil, não consanguínea ou socioafetiva).

Em função dessa variedade de relações de filiação, os problemas e conflitos daí resultantes foram variados e complexos: a) o reconhecimento voluntário e litigioso de filiação, suas restrições e conseqüências; b) as contestações de paternidade, suas causas, requisitos e efeitos; c) as adoções formais, informais ou registrares apenas.

A evolução científica abriu duas vertentes novas na filiação. Por um lado, ampliou as fontes da filiação e da própria vida humana, por meio da fecundação artificial homóloga e heteróloga, inclusive a criação de embriões humanos *in vitro* nos laboratórios, com aproveitamento imediato ou futuro, gerando grave polêmica filosófico-religiosa sobre a sua natureza, dignidade e proteção. A outra vertente foi a descoberta do DNA ou do código genético dos filhos, possibilitando o acesso à identidade científica de seus pais.

Evoluímos da filiação jurídica ou presumida para a filiação biológica ou comprovada. O conflito entre ambas tem gerado muitas disputas nas famílias e nos tribunais. O Código Civil de 1916, em defesa da honra e da paz familiar, consagrou a presunção absoluta de filiação legítima do filho concebido na constância do casamento (art. 338), atribuindo ao marido, privativamente, o direito de contestar essa legitimidade (art. 344), no prazo decadencial de 2 a 3 meses, contados do nascimento (art. 178, §§ 3º e 4º). O STF sempre reconheceu a decadência desse direito, se não exercido pelo pai no prazo fatal. O STJ, nos primeiros 10 anos de sua existência, confirmou essa interpretação e só foi admitindo, gradativamente, o caráter relativo da presunção de filiação legítima diante de novos fatos e circunstâncias familiares, sociais, legais e até constitucionais, como foram: a) as separações de fato de casais e as novas uniões daí resultantes, gerando filhos notoriamente não legítimos do casamento civil apenas formal; b) a igualdade dos filhos de qualquer condição, proclamada pela Constituição de 1988 (art. 227, § 6º); c) a nova legislação que liberou a

ação investigatória de paternidade, com caráter imprescritível (ECA, 1990, art. 27); d) o próprio Código Civil de 2002, que, numa mudança de 180 graus, veio permitir ao marido contestar a paternidade dos filhos de sua mulher, em qualquer tempo (art. 1601). Deve ser ressalvada, contudo, a tese do ato jurídico perfeito ou consumado, decorrente dos filhos nascidos e não contestados na plena vigência do Código de 1916, sem a presença de qualquer das circunstâncias *supra*, a qual tem suporte no artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução e no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição, com vários precedentes judiciais. Mas, sobretudo, devem ser destacados, em matéria de negatória e investigatória de paternidade, os novos recursos do DNA ou prova genética de filiação, quando disponíveis. Apesar de sua extraordinária valia na pesquisa da verdade científica da filiação, o DNA não tem valor absoluto e decisivo em todas as circunstâncias, na determinação da verdade real e cultural da filiação, diante de determinadas circunstâncias e dos novos rumos e valores emergentes da filiação socioafetiva na vida moderna. É a nova virada da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. Como disse o filósofo: “a verdade depende do homem e de sua circunstância.” (Ortega y Gasset).

B) Filiação socioafetiva

A filiação compreende as espécies jurídica, biológica e socioafetiva, cada qual com o seu conceito e efeitos, em função de variadas circunstâncias que irão ditar o predomínio de uma sobre as outras.

O Código Civil de 1916 valorizava a filiação jurídica ou presumida, que compreendia a legítima e a legitimada, com presunção absoluta de paternidade do marido que não a contestasse logo após o nascimento do filho; havia ainda a ilegítima ou reconhecida por uma das formas legais (voluntária ou litigiosa); e a adotiva ou civil ou não biológica, criadora de um vínculo cultural e socioafetivo.

A doutrina, a jurisprudência e a própria legislação posterior ao código facilitaram as ações negatórias da paternidade presumida e ensejaram as investigações de paternidade, diante de evidências de erros e falsidades ideológicas de registros civis e de provas evidentes de outras identidades biológicas. A evolução científica descobriu o código genético e trouxe a certeza da filiação biológica.

Mas a identidade real, embora parta do código genético e da filiação jurídica, não se resume nesses dois aspectos. Predomina hoje a identidade cultural ou socioafetiva, como componente maior da identidade real das pessoas, que não são objetos, mas seres humanos dotados de razão, vontade livre, sentimento, personalidade e dignidade. A identidade é fruto da convivência pessoal, familiar e social, desde que não contrarie, de forma criminosa ou fraudulenta, a identidade jurídica nem a biológica, frustrando legítimos sentimentos, anseios e esperanças. Bem por isso é que a identidade biológica ou genética deixou de constituir panacéia para se tornar instrumento valioso na pesquisa da identidade real da pessoa, como fator de realização e não de desagregação da família.

O exemplo maior de predomínio da filiação socioafetiva está na adoção, forma de filiação jurídica, civil, artificial, não biológica, produzida, cultivada, construída, valorizada pelos laços de convivência e afetividade.

A tendência hoje dos tribunais, com apoio da doutrina, é supervalorizar a filiação socioafetiva, a ponto de fazê-la predominar no conflito com a biológica. Exemplo clássico de prevalência da biológica é a filiação resultante de crime ou de fraude, sobretudo o seqüestro de criança em maternidade e o seu registro por estranho; ou ainda o produto de concepção indesejada no seio de família orgulhosa, que doa a criança como objeto, para evitar escândalo envolvendo o filho ou a filha geradores, como na novela famosa e em

caso recente julgado pelo STJ (REsp 833712-RS, de 17.05.07), em que se recomendou ao julgador, em caso de conflito entre os vínculos biológico e socioafetivo, “atentar, de forma acurada, para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões”. O mesmo STJ assim julgou mais recentemente: “Como ocorreu na hipótese *sub judice*, a paternidade socioafetiva pode estar, hoje, presente em milhares de lares brasileiros. O julgador não pode fechar os olhos a esta realidade que se impõe e o direito não deve deixar de lhe atribuir efeitos;” “... se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sangüíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Essa foi a conclusão a que chegou o Min. Ruy Rosado de Aguiar, ao relatar o REsp 440394-RS, 4ª T, 10.02.2003: “Talvez mais importante do que esclarecer a verdade biológica da paternidade seja manter a legitimidade da pessoa que exerce a função social de pai.” E conclui a Min. Nancy Andrighi: “Não se pode olvidar que a relação construída ao longo dos anos, entre pais e filhos, permanece na psique individual, perpetuando valores compartilhados por aquele núcleo familiar. Na esfera social, são os amores, dissabores e experiências diariamente

compartilhados que constroem a família e a filiação. Na família socioafetiva, o homem realiza-se com dignidade e plenamente.” (REsp 878941-DF, j. em 21.08.2007).

Como na frase lapidar e tantas vezes repetida de Saint Exupéry no imortal “O pequeno príncipe”: “Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas.”

Referências

ALMEIDA, Maria Cristina de. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2002, Belém. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil*. v. 18. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

FACHIN, Rosana. Em busca da família no novo milênio. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2002, Belém. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2. Fortaleza. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada: limites e possibilidade à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006.