

O vínculo parental e seu tríplice aspecto (genético, registral e socioafetivo)

ADALGISA WIEDEMANN CHAVES

Promotora de Justiça no RS

O Direito de Família, como o próprio nome diz, abrange uma discussão a respeito do ramo do Direito Civil que regula as relações mais íntimas e pessoais de um ser humano. Estabelece o regramento do relacionamento de uma pessoa dentro de seu grupo familiar; não se pode esquecer que a família é a base da sociedade, por ser o grupo inicial sobre o qual se organiza toda a estrutura social que conhecemos e onde convivemos.

O artigo 266 da Constituição Federal estabelece que a sociedade tem como célula fundamental a **família**. A discussão surge a partir do momento em que se deseja conceituar o que seja *família*, qual é a extensão deste vocábulo. Geralmente ele é entendido em sentido restrito, qual seja, abrangendo apenas os cônjuges e sua prole (este é o sentido previsto nos dicionários, por exemplo). Ocorre que com a modernização da vida e a conseqüente modificação dos costumes, tem-se que em muitos casos a *família* é composta tão somente por um dos genitores e a prole, as chamadas *famílias monoparentais* (artigo 226, § 4º, da CF).

A problemática da vida moderna está a exigir uma readequação de conceitos, pois está colocando em xeque a nomenclatura que antes tínhamos como clara e inquestionável. Está sendo exigido, dia-a-dia, dos operadores do direito, uma reavaliação e redefinição dos conteúdos jurídicos das relações interpessoais.

Dentro desta idéia de família, tem-se que ela permanece, apesar de todas as inovações da vida moderna, vinculada a idéia de parentalidade. Prefiro usar o termo parentalidade aos termos maternidade/paternidade, pois aquele deixa evidente que se está falando do vínculo entre genitor e

prole, independente do sexo daquele. Ao se falar em paternidade pode se pensar que se está falando apenas do pai, mas ao se falar em parentalidade, claro está que se está falando do genitor/ascendente, independentemente do sexo.

Para a completa compreensão do que seja família, precisamos analisar de forma detalhada o que se entende por vínculo parental. Afinal, somente identificando adequadamente esta poderemos apurar o que compreende aquela.

Hodiernamente a questão da parentalidade está sendo apresentada por três enfoques distintos, a saber: o **biológico** (vinculação genética entre ascendentes e descendentes), o **registral** (explicitado na identificação contida no assento de nascimento/registro civil da pessoa humana) e o **socioafetivo** (que envolve aspectos de representação/aceitação perante a sociedade e vínculos afetivos).

Nos primórdios da civilização, a parentalidade era tão somente biológica, pois a organização social era insipiente e inexistia um sistema registral organizado. Não se pode deixar de referir que em tempos pré-históricos, não era plenamente identificada a vinculação entre o congresso sexual e a procriação; algumas culturas chegavam a crer que as mulheres possuíam *dons mágicos*, pois geravam vida *espontaneamente*. Como a evolução da ciência e dos conhecimentos a respeito dos meandros da geração de uma nova vida, o elo entre o ato sexual e a concepção começou a ser aclarado. Ainda assim de forma incompleta, pois, por algum período, se achou que a responsabilidade absoluta pela criação era do homem, pois em seu esperma haveria homenzinhos diminutos, que iriam apenas ser alimentados no útero materno (ou seja, as mulheres eram uma espécie de incubadora). É bastante recente o conhecimento de que homem e mulher contribuem, cada um com um gameta sexual, que se unem formando uma nova vida.

A questão da identificação da origem de uma pessoa passou a ter relevância a partir do momento em que a humanidade passou a se organizar na forma de agrupamentos sociais, o que exigiu uma regulamentação desta vivência que, a cada dia, se tornava mais complexa. É essencial mencionar que a apropriação, por parte do cristianismo, da idéia de casamento monogâmico, faz com que a sociedade ocidental passe a alicerçar a idéia de *família* (e conseqüentemente de parentalidade) na união de homem e mulher, perante autoridade constituída, para o fim de procriação.

É de se mencionar que na Roma Antiga, o nascimento não era um fato biológico. *“Os recém-nascidos ... só são recebidos na sociedade em virtude de uma decisão do chefe da família. (...) Em Roma um cidadão não ‘tem’ um filho; ele o ‘toma’, ‘levanta’ (tollere); o pai exerce a*

prerrogativa, tão logo nasce a criança, de levantá-la do chão, onde a parteira a depositou, para tomá-la nos braços e assim manifestar que a reconhece e se recusa a enjeitá-la." (In: *História da Vida Privada, Do Império Romano ao ano mil*, Coleção Dirigida por Philippe Ariès e Georges Duby, volume 1, São Paulo, Companhia das Letras, p. 23).

Dentro de uma idéia cristã, tem-se que a organização das famílias tem sua origem no casamento, de forma que os registros – batizado, casamento, óbito (cuja administração e custódia é assumida pela Igreja organizada) – adquirem especial importância na organização da sociedade e dos Estados. Estas informações colhidas pela igreja passam a desfrutar de presunções de conhecimento, o que em muito facilita a identificação dos membros da comunidade, permitindo uma regulamentação e uma vigilância dos comportamentos nocivos ao grupo.

Não se pode deixar de referir que, embora esta documentação tenha tido sua origem nas instituições religiosas, a recente separação entre a Igreja e o Estado obrigou este último a assumir tal encargo. Com isto, a presunção de conhecimento e publicidade dos registros/assentos tomou uma dimensão nunca dantes cogitada na humanidade. Imagine-se, pela primeira vez na história da humanidade, todos as pessoas eram registradas em órgãos públicos o que permitia se conferir e aclarar origens familiares, organizando os grupos sociais de forma nunca dantes imaginada.

Em tempos mais recentes, quando os registros civis já perderam a característica de novidade, e principalmente em razão da evolução das técnicas periciais, a apuração dos liames genéticos passou a ter especial relevância. A partir do momento em que se tornou possível rastrear e identificar tais vínculos, a ciência deu um salto, permitindo ao ser humano que confira se geneticamente suas origens coincidem com aquelas declaradas no seu assento de nascimento.

Em princípio isto deu a impressão de que haveria um claro reforço a parentalidade biológica, pois esta, pela primeira vez na história, poderia ser identificada de forma clara e indiscutível. No entanto, no dia-a-dia forense, o que se está constatando é uma clara valorização dos laços afetivos, bem como uma demonstração de que *família* é um conceito que ultrapassa os *laços de sangue*. Este entendimento, alicerçado no sentimento e nas emoções, que são o de mais profundo e relevante o ser humano possui, abre espaço para a valorização da parentalidade socioafetiva.

Referiu Astried Brettas Grunwald, as *"inovações tecnológicas criaram para o homem uma nova forma de perceber a humanidade e a si mesmo enquanto espécie. As inovações que há tempos atrás nos pareciam utópicas ou simples ficção científica hodiernamente são reais e problematizadas pelos seus aspectos éticos, sociais e jurídicos. (...) a bioética rompeu um liame na concepção de filiação em que bastam os*

genes para se declarar a filiação, alertou para a **necessidade de uma análise de vida**, a pesquisa de todo um histórico social para então declarar-se os direitos de pai-filho, reconhecendo-se a posse de estado não apenas como meio probatório mas como instrumento efetivo da determinação da filiação resguardando-se efetivamente os interesses das crianças e adolescentes.” (In: *Laços de Família: Critérios Identificadores da Filiação*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4228>, acesso em 16 de julho de 2004).

Como bem asseverou Maria Cláudia Brauner, mostra-se necessário aclarar origens e analisar os vínculos afetivos que envolvem as pessoas, pois somente “*deste modo estaria se construindo um sistema definidor dos laços de família, vinculando pessoas que desejam amar-se e cuidar-se reciprocamente. Além disso, afirmar-se-ia a noção de interesse superior da criança como papel principal e indispensável às decisões dos litígios no âmbito familiar*.” (In: *Novos Contornos do Direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2000).

Assentado isto, impõe-se aclarar estes conceitos de parentalidade, como forma de buscar a real identificação da relevância de cada um para a apuração do conceito de família.

Não é demais repetir que a **parentalidade biológica** é a primeira que surge, pois ela decorre diretamente da existência da vida; para que se inicie a vida é necessária a união de um gameta sexual masculino e outro feminino, os quais formarão um novo agrupamento de genes, dando início a um ser geneticamente distinto daqueles que o originaram. Herdando metade da carga genética da mãe e metade do pai, o filho terá uma identidade genética própria e autônoma, que lhe será pessoal, não a compartilhando com ninguém (exceto, é claro, nas hipóteses de gêmeos univitelinos). No embrião há uma *assinatura biológica* que jamais será modificada. Deste encontro de gametas surgirá um novo código genético que dará a individualidade biológica própria do novo ser.

Para os seguidores da doutrina religiosa católica, a existência de uma pessoa surge no momento da fecundação (união dos gametas sexuais feminino e masculino), ou seja, no momento em que pela primeira vez o código genético do novo ser se apresenta completo. Para as ciências médicas, a vida começa no momento em que o óvulo fecundado se fixar na parede do útero, iniciando-se a gestação (o que ocorre alguns dias após a fecundação, quando já há um grupamento organizado de células que irá formar o embrião). Para as ciências jurídicas, no entanto, somente há existência de um novo ser humano com o nascimento com vida (artigo 2º do Código Civil).

Embora não seja reconhecido como ser humano, o embrião, por ser uma pessoa em formação, já possui vinculação *biológica*, pois já recebeu a carga genética de seus ascendentes, formando seu código pessoal. Esta pessoa em formação já merece tutela jurisdicional, como por exemplo ocorre no artigo 1798 do Código Civil que prevê a legitimidade para suceder das pessoas nascidas ou já *concebidas* no momento da abertura da sucessão. É fato que a *pessoa em formação* tem apenas uma expectativa de direitos, que irá se concretizar apenas e tão somente se houver *nascimento com vida*.

Em princípio, a parentalidade biológica independe da intervenção de terceiros; basta que o casal, ao manter o congresso sexual, una (geralmente de forma involuntária) seus gametas para se estabelecer o vínculo. É fato que este vínculo não está (ainda) a gerar efeitos, mas, mesmo que a gestação não siga em frente, uma análise genética do feto permite apurar quem contribuiu com material biológico para sua formação.

Ocorre que o mesmo avanço tecnológico que permitiu o aclaramento das origens biológicas criou diversas possibilidades de reprodução assistida, onde a participação de terceiros se mostra necessária para que ocorra a parentalidade biológica (v.g. fecundação *in vitro*). Embora tal participação não modifique o resultado final (o código genético), ela é necessária do ponto de vista prático a fim de que o resultado almejado (o nascimento de um filho) ocorra.

Apenas para não passar ao largo, é de se mencionar que existem variedades de reprodução assistida onde o resultado final (o código genético) é distinto daquele que se obteria se os genitores da criança se unissem de forma corriqueira. Isto acontece quando há doação de sêmen e/ou de óvulos; neste caso, o código genético que seria transmitido por um dos genitores será substituído por o de um doador, a fim de suprir uma incapacidade do de geração pelos meios naturais.

Mostra-se interessante referir, também, que existe, em tese, a possibilidade de manipulação genética dos gametas sexuais, com a inserção de genes outros, para a supressão de doenças ou a obtenção de filhos com características almeçadas, como já aventaram diversos autores de ficção científica. No entanto, tais formas de manipulação não vem sendo aceitas pelas legislações que já regulamentam a matéria, pois atentariam contra a dignidade da pessoa humana. Faz-se esta nota apenas para não deixar passar a questão sem referi-la, mas não há espaço para nos aprofundarmos neste espinhoso tema.

Já no tocante a **parentalidade registral**, esta, como já foi referido, se consubstancia quando da lavratura do assento de nascimento de uma criança, possuindo presunção de veracidade e de publicidade. Aqueles que comparecem perante o Oficial de Registro Civil, declarando-se como pai e

mãe de um recém nascido, passam a ser considerados como tal, para fins legais, assumindo todos os encargos decorrentes desta condição, inclusive assumindo o poder familiar (anteriormente conhecido por pátrio poder) sobre aquela criança.

Embora a legislação pátria presuma a paternidade dos filhos havidos na constância do casamento (artigo 1597 do Código Civil), tem-se que a parentalidade registral não deixa de ser um ato voluntário.

Este vínculo parental estabelece e fornece a base documental para toda a vida da pessoa natural; é com base neste registro que toda a existência jurídica da pessoa será regulada. É no assento de nascimento que serão colhidos os dados para a matrícula em estabelecimento de ensino (seja de ensino fundamental, seja de nível superior), para a obtenção de documento de identidade, título eleitoral, para a abertura de contas bancárias, etc. Este documento comprova a *existência jurídica* da pessoa humana.

É alicerce do ordenamento jurídico a presunção da parentalidade registral, de forma que os demais aspectos da questão (os vínculos biológicos e socioafetivos) somente são trazidos a contribuir quando aquela foi questionada ou inexistirem. Embora se possa afirmar, sem medo de pecar pelo exagero, que a o vínculo meramente registral hoje tem um valor inferior ao liame socioafetivo, a parentalidade registral ainda é o principal gerador de deveres e direitos.

O fundamento desta circunstância é claro, pois a parentalidade registral se tornou pública e incontestável simultaneamente com a identificação e o reconhecimento da pessoa pelo ordenamento jurídico (quando do registro), sendo pré-constituída a prova a seu respeito. Os demais aspectos da questão demandam investigação e dilação probatória para sua apuração.

É do vínculo registral que surgem os deveres alimentar e de mútua assistência, o direito sucessório (artigos 1829, inciso I, c/c 1845, ambos do Código Civil), e as limitações legais que regulam os atos jurídicos entre ascendentes e descendentes (artigo 496 do Código Civil).

Uma ação de investigação de paternidade, bastante comum nas Varas de Família, nada mais é do que uma ação onde aquele que não possui a identificação da parentalidade registral busca a apuração daquele(s) com quem mantém liame biológico, para, então sanar a omissão ou incompletude de sua identificação formal/jurídica.

Já a **parentalidade socioafetiva** envolve vínculos de afeto e reconhecimento social. Abrange o que a jurisprudência e a doutrina chamam de *posse do estado de filho*, que é aquela situação onde alguém existe perante o seu grupo social como sendo filho de outrem, visto ser assim tratado pelo indigitado pai. Segundo a lição de José Bernardo Ramos

Boeira, são seus elementos caracterizadores o nome, o trato e a fama, pois *“deve o indivíduo ter sempre usado o nome do pai ao qual ele identifica como tal; que o pai o tenha tratado como seu filho e tenha contribuído, nesta qualidade, para a sua formação como ser humano; que tenha sido, constantemente reconhecido como tal na sociedade e pelo presumido pai. Aqui, a fama representa a exteriorização do ‘estado’, em que terceiros consideram o indivíduo como filho de determinada pessoa, ou seja, mostra que ele é conhecido como tal pelo público.”* (In: *Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho: Paternidade Socioafetiva*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 1999, p. 62/3)

Diz Edson Luiz Fachin que a parentalidade socioafetiva *“capta juridicamente na expressão posse do estado de filho. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento (quer em público, quer na intimidade do lar) revelam no comportamento a base da parentalidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética que deveria pressupor aquela e serem coincidentes.*

“Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico ‘reside antes no serviço e amor que na procriação.” (In: *As Tríplíce Paternidade dos Filhos Imaginários*. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. v. 2. Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais. Ed. RT, Coordenadora Teresa Arruda Alvin, 1995, p. 178/9)

O vínculo socioafetivo envolve sentimentos, atenção e cuidados que se protraem no tempo, evidenciando uma preocupação e genuíno interesse dos pais para com os filhos. É um relacionamento que se fortalece com o passar dos anos, aprofundando—se e dando alicerce para a construção e formação da personalidade da prole.

Leciona Elizabeth Naas Anderle, *“na paternidade sócio-afetiva, pai não é apenas aquele ligado por um laço biológico e sim, aquele ligado pelos intensos e inesgotáveis laços de afeto, ou seja, pai é aquele que cuida, protege, educa, alimenta, que participa intensamente do crescimento físico, intelectual e moral da criança, dando-lhe o suporte necessário para que se desenvolva como ser humano, eis aqui o fundamento de validade da noção de posse de estado de filho, a valorização das relações calcadas no afeto.”* (A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520> . Acesso em: 16 jul. 2004).

Não é demais lembrar que no Direito Romano, *pater* é aquele que se designa a si mesmo como o pai de uma criança, através de gesto ou

palavra, assumindo tal condição. A paternidade decorre claramente da vontade do homem (neste sentido Elizabeth Roudinesco, *A Família em Desordem*, tradução André Telles – Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2003, p. 21), de forma que a vinculação biológica é totalmente desconsiderada caso não seja seguida deste reconhecimento público.

O comportamento do homem da Roma Antiga é, em síntese, uma demonstração pública e formal da concessão do estado de filho, pois o cidadão romano autorizava a que aquela criança passasse a ser considerada como seu filho, passando a assim tratá-lo e esperando que o grupo social seguisse seu exemplo. Isto é um indicativo de que o vínculo socioafetivo é, por assim dizer, voluntário.

De forma singela, pode-se dizer que a parentalidade socioafetiva tem como premissa a de que pai/mãe é quem cria e não quem gerou/concebeu. Quem se preocupa, cuida, orienta, se envolve com o cotidiano da prole, é genuinamente pai/mãe.

Assentados os três tipos possíveis de vínculos parentais, tem-se que eles podem vir a ser combinados de diversas formas. O almejado é que os três vínculos se consolidem em um só relacionamento, ou seja, que a pessoa seja gerada, criada, registrada e tida como filho pelos mesmos pais. O Direito, especificamente o de Família, é chamado a compor situações onde as três formas de vínculo parental entram em conflito, situação que obriga os operadores do direito a identificar/optar pelo que seria preponderante.

Há casos em que a paternidade é tão somente biológica, hipótese em que um pessoa apenas contribui com material genético, não mantendo qualquer outro vínculo com seu descendente biológico, pois não o registrou e não se relaciona com ele. É o caso do doador de sêmen e da doadora de óvulos (via de regra tais doações são anônimas, sendo garantido o sigilo pelas clínicas de fertilidade que fazem a intermediação da doação).

O vínculo pode ser meramente registral, quando consta da certidão de nascimento como sendo genitor, embora não possua vinculação genética e nunca tenha ocorrido qualquer convivência com o suposto descendente, de forma que eles são praticamente estranhos. A vida nos mostra situações em que os descendentes abandonaram o patronímico do genitor registral (e por vezes também biológico) adotando apenas o patronímico materno, dando assim uma demonstração prática de um rompimento afetivo que se concretizou a largos anos.

No campo das idéias é possível aventar a hipótese de uma ação negatória de vínculo parental onde o genitor registral nunca participou da vida do infante e com ele não mantenha vínculos genéticos. Sendo o liame meramente documental, em tese inexistiria óbice ao acolhimento da demanda para se romper um elo que está a *perturbar* a vida dos litigantes.

Também é possível, ainda que em tese, que um filho questione judicialmente o vínculo registral, inobstante a existência de vínculo biológico, em razão da ausência de liame socioafetivo, visto ter sido abandonado na tenra infância.

Doutrinadores já aventaram a possibilidade do ajuizamento de demandas investigatórias de paternidade alicerçadas no vínculo socioafetivo. Neste caso, tem-se que alguém que é tido como *filho de criação* (foi criado e mantém elo socioafetivo com alguém que não é seu ascendente biológico e registral) ajuizar ação pretendendo a regulamentação do vínculo, com o reconhecimento no assento de nascimento do elo emocional gerado.

Pessoalmente entendo que não há óbice a tal pleito de forma consensual (ou seja, quando o *pai de criação* opta voluntariamente por adotar o *filho*) tornando coincidentes a verdade socioafetiva e a verdade registral. No entanto, entendo inviável o deferimento de tal pleito em caso de litígio (ou seja, quando uma das partes não concorda com o postulado). Sem querer me demorar ainda mais no tema, apenas sintetizo o meu entendimento lembrando que não se pode *obrigar* ninguém a adotar (a adoção é ato voluntário por natureza), de forma que tampouco se poderia obrigar alguém a jurisdicionalizar um vínculo que, em princípio, seria tão somente afetivo.

Nos conflitos entre os três tipos de liames parentais antes identificados os operadores do direito são chamados para apresentar soluções. Mas, como parece evidente, estas não são tão simples, pois envolvem a valorização de elementos distintos, o que dificulta ainda mais a análise. Estão sendo comparados pontos nodais de esferas distintas do conhecimento humano: o império do ordenamento jurídico (Direito), a verdade genética (Biologia) e os liames do afeto (Psicologia e Psiquiatria). A valorização maior de um ou outro liame depende, de fato, da análise minudente e minuciosa do caso concreto.

Apesar da necessidade de se analisar o caso concreto, sob pena de se cometer flagrantes injustiças, tem-se que há uma tendência clara em se *desbiologizar* o Direito de Família. Cada vez mais, os vínculos meramente biológicos estão perdendo a importância em relação a outros vínculos existentes entre pais e filhos. Embora, com o advento e popularização dos exames de DNA, em princípio parecesse que as demandas para a identificação da paternidade (ou da filiação, como se queira) iriam se tornar meramente técnicas, o que se tem constatado é que uma evidente valorização do aspecto afetivo-emocional nos relacionamentos. Este, por vezes, chega a suplantar o liame biológico.

Afirma Astried Brettas Grunwald, que "*inseridos num mundo em que as biotecnologias estão exteriorizado-se de forma cada vez mais valiosa*

para a espécie humana os homens passaram a valorizar não apenas setores isolados da sociedade, mas a sua disciplinaridade incluindo-se as questões biopsicológicas referentes ao afeto. A própria noção de família assume novos contornos, deixa de relacionar-se apenas a vínculos jurídicos, o matrimônio legal, para assumir a feição afetiva que nas palavras de Maria Cláudia C. Brauner passa a denominar-se família sociológica.

“A filiação passa a ser percebida não apenas pelo vínculo jurídico estabelecido, pelo reconhecimento voluntário, pela adoção ou pela investigação de paternidade, passa a ser percebida como um conjunto de atos de afeição e solidariedade que demonstram claramente a existência de um vínculo de filiação entre filho-pai-mãe. Nas palavras de Brauner¹ ‘a posse do estado de filho (...) é aquela que se exterioriza pelos fatos, quando existem pais que assumem suas funções de educação e de proteção dos filhos, sem que a revelação do fator biológico da filiação seja primordial para que as pessoas aceitem e desempenhem a função de pai ou mãe’.” (In: *Laços de Família: Critérios Identificadores da Filiação*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4228>>. Acesso em: 16 jul. 2004.) – grifou-se.

A jurisprudência tem valorizado a vinculação afetiva, reconhecendo, inclusive, casos em que ela prepondera de forma cabal (negando a anulação de um registro de nascimento quando há vínculo socioafetivo, ainda que comprovada a ausência de liame biológico). A saber:

AÇÃO PARA ANULAR REGISTRO DE NASCIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA. VERDADE FORMAL, VERDADE MATERIAL E VERDADE SOCIOAFETIVA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA E EXECUÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. (...) O de cujus teve muito tempo para renegar a sua paternidade. Tinha muitos meios de prova que não era pai. Contudo, preferiu viver como verdadeiro pai. Assumiu e se responsabilizou, sem ligar para o que a ciência genética poderia dizer. Um registro de nascimento deve atentar mais para a verdade socioafetiva do que para a verdade biológica. A execução da sucumbência, havendo o benefício da gratuidade judiciária, deve ficar suspensa. Rejeitadas as preliminares, deram provimento ao apelo. (Apelação Cível nº 70002016038, 8ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 08.03.2001) – grifou-se.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTROS DE NASCIMENTOS. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Em prevalecendo a paternidade socioafetiva entre o falecido pai registral e os réus, perfeitamente delineada nos autos, além de incomprovado defeito nos atos registraes, mantém-se a improcedência da ação. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Apelação desprovida (Apelação Cível nº 70010450336, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José S. Trindade, julgada em 17 de fevereiro de 2005).

¹ In: *Novos Contornos do Direito da Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 238.

O conflito entre as formas de liame parental surge de modo evidente nas ações de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, quando o demandante é um filho que busca a identificação de sua origem genética e a inserção desta em seu assento de nascimento, embora tenha o nome de um genitor registral lançado em seu registro.

A Desembargadora Maria Berenice Dias, ao julgar apelação cível em caso desta natureza, com precisão e adequação afirmou ser ***“dúplice é a causa de pedir da ação investigatória, que deve ter por fundamento não só o reconhecimento da filiação biológica, mas também a inexistência da filiação socioafetiva.***

“Se reconhecido este vínculo, muito mais forte e de muito mais relevância jurídica, não pode ele ser desconstituído pela simples descoberta da realidade biológica. Ou seja, mesmo declarado o liame biológico, tal não gera a condição de filho para efeitos outros, quer par alteração do registro de nascimento, quer para buscar alimentos ou concorrer na herança do pai biológico. É que tais direitos existem com relação ao pai que adquiriu, pelo afeto e dedicação, dita condição.

“Por outro lado, se o pai registral não passou de um pai no papel, se não surgiu entre ambos um vínculo de afetividade, se não se está na presença de filiação socioafetiva, imperativo é desconstituir o vínculo registral, fazer reconhecer a verdade biológica e proceder à alteração do registro, dispondo o filho de todos os direitos que o vínculo da parentalidade lhe concede.” (Apelação Cível nº 70005458484, 7ª Câmara Cível, TJRS, julgada em 19.02.2003).

Na mesma linha de raciocínio também se coloca a doutrina. Jédison Daltrozo Maidana lembra que ***“a evolução da ciência permitiu o surgimento de novas formas, métodos e paradigmas para a geração da vida humana, abalando preceitos arraigados na nossa legislação ... Ao mesmo tempo, o direito reforça, numa crescente humanização de seus dogmas, o respeito à individualidade e o reconhecimento de valores pertencentes ao patrimônio incorpóreo do indivíduo, tais como o amor próprio, o afeto e a paz de espírito.***

“Surge daí uma nova percepção quanto ao instituto da filiação, na qual a existência de um vínculo biológico passa a ser apenas um dos muitos elementos que compõe o importante e complexo vínculo paterno-filial. O reconhecimento da paternidade socioafetiva leva em conta que o usufruto do afeto gera direitos e deveres recíprocos, que merecem tutela jurisdicional.” (In: *O fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A filiação e a Revolução Genética*. Publicado em Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, junho/julho, 2004, fls. 78/9) – grifou-se.

Rolf Madaleno, embora analisando especificamente a questão dos filhos adotivos, faz minuciosa análise do que é um vínculo afetivo e de sua importância disto para a formação da pessoa. Lembra que *“os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição. Afeto para conferir tráfego de duas vias à realização e à felicidade da pessoa. Representa dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, aprender e fornecer informações. Significa iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos socioafetivos o espaço reservado por Deus na alma e nos desígnios de cada mortal, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do seu coração”* (In: *Filhos do Coração*, Publicado em Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 23, abril/maio, 2004, fls. 36) – grifou-se.

A existência de liame meramente biológico não gera afeto. A prova disto está todos os dias da imprensa e nos Fóruns Judiciais, onde se vê inúmeros casos de crianças abandonadas, maltratadas ou mesmo mortas por seus genitores. É claro que o liame afetivo é construído; o liame genético muitas vezes é acidental. Em razão disto, parece correta a corrente doutrinária e jurisprudencial que entende pela valorização dos liames afetivos, os quais devem ser especialmente considerados visto partirem esfera volitiva da pessoa.

Não se pode esquecer que *“muito do caráter do indivíduo é construído sobre a base adquirida na convivência familiar, convergindo para isso todos os seus referenciais de vida e mesmo a percepção de si próprio como sujeito individual.*

“É fácil imaginar o colapso psíquico de um filho, e não se questiona aqui da natureza dessa filiação, que, de uma hora para a outra, se veja despido de um a realidade que nutriu durante toda sua vida no que diz respeito às suas origens.

“A perda do referencial paterno ou materno destruirá diretamente o núcleo a partir do qual o indivíduo construiu toda a sua identidade, e perdê-la seria perder a referência sobre si mesmo, com efeitos provavelmente desastrosos em sua personalidade.” (Jédison Daltrozo Maidana, obra citada, p. 63).

Imagine-se a situação de um homem feito, casado, com filhos (talvez mesmo netos), que a vida inteira acreditou ser filho daquele que o criou e que consta de sua certidão de nascimento como sendo seu genitor e de quem usou o nome por décadas. Já entrando na chamada *melhor idade*, descobre, em razão de uma confidência de sua quase octogenária genitora

que seu pai biológico é outro (financeiramente mais bem situado e ainda vivo). Este homem hipotético ajuíza ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro de nascimento, pretendendo o reconhecimento do vínculo com o pai biológico e o cancelamento do liame com o pai de toda uma vida.

Este caso parece extremado, mas não é. Com o advento do DNA este tipo de ação se tornou mais comum do que se pode em princípio imaginar; afinal, agora é possível apurar a identidade genética de crianças nascidas de relacionamentos esporádicos, clandestinos e mesmo furtivos. Outrora não havia como fazer tal prova e se obter uma certeza. Não se pode esquecer que a prova em ações de investigação de paternidade era, basicamente, testemunhal; ademais, relacionamentos sexuais costumam ser mantidos longe dos olhos de indiscretas testemunhas...

Em caso de procedência integral do pedido formulado naquela ação sugerida, é de se imaginar o tumulto criado na vida dos descendentes do autor que, de repente, vêem modificada sua própria identidade, pois o patriarca da família acaba de *mudar de nome e de origem*. Não se adentra no tumulto causado na vida do próprio autor, pois foi ele quem deu início ao processo e foi em busca do provimento judicial, sendo de presumir que tenha ponderado as conseqüências de seu ato.

Imagine-se que os filhos (e os eventuais netos) precisarão modificar suas certidões de nascimento (e casamento), pois o patriarca da família que até então se chamava *Fulano de Tal* agora se chama *Fulano de Outro Tal*. Afinal, todos os assentos da vida civil da pessoa (escola, trabalho, previdência social) precisariam ser alterados para se adequar ao provimento judicial obtido pelo autor.

Pelo que tenho conhecimento, no entanto, a jurisprudência vem sendo coerente com a valorização dos liames socioafetivos, tendo se limitado, em ações desta natureza, a reconhecer a existência do vínculo biológico mas negar efeitos para fins de alterar assentos de nascimento e ou origens parentais, em razão do elo mais forte, qual seja, uma existência inteira na *posse do estado de filho* do pai registral.

Um caso que foi julgado pela 3ª Vara de Família e Sucessões desta Comarca, onde foi proferida decisão neste sentido, ao ser analisado pela Superior Instância, recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. 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. recurso desprovido. (Apelação Cível nº 70008792087, 8ª Câmara Cível, unânime, Rel. Dra. Catarina Rita Krieger Martins, julgado em 23.09.2004) – grifou-se.

Esta também tem sido a orientação nos casos em que um homem reconhece voluntariamente filho alheio como seu e, após o rompimento do relacionamento com a mãe do infante, pretende a desconstituição do vínculo. Nestes casos, também a jurisprudência vem valorizando a socioafetividade, mantendo o elo registral em razão dos elos mais profundos criados entre ambos. A saber:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DECLARAÇÃO FALSA NO REGISTRO DE FILIAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DO REGISTRO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Se o autor reconheceu formalmente o infante, sendo sabedor da inexistência do liame biológico, mas **deixando evidenciada a situação de paternidade socioafetiva**, não pode pretender a desconstituição do vínculo, pretensão esta que se confunde com pedido de revogação. Vedação dos art. 1.609 e 1.610 do Novo Código Civil (e, também, do art. 1º da Lei nº 8.560/92). Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70007470297, 7ª Câmara Cível, TJRS, Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 10/12/2003) – grifou-se.

AGRAVO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PENSÃO. EXAME DE DNA QUE AFASTA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Ainda que o **exame de DNA tenha afastado a paternidade biológica**, de se manter o pensionamento do agravante, pois há a possibilidade de **existência de paternidade socioafetiva**. Necessária ampla dilação probatória. DERAM PROVIMENTO (Agravado de Instrumento Nº 70007173735, 8ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 13/11/2003) – grifou-se.

O exemplo mais claro de valorização do vínculo socioafetivo é seu emprego para validar vínculos que se iniciaram à margem da lei, como o que ocorre na chamada *“adoção à brasileira”*, ou seja, quando um casal registra como seu filho alheio como seu. Neste caso, inobstante o equívoco constante do assento de nascimento (visto que biologicamente os registrantes não são pais do registrado), fica criado vínculo que será validado, embora tecnicamente eivado de nulidade.

Nestes casos, o que se tem é que *“o adotante, ao invés de submeter-se aos rigores do processo de adoção, simplesmente registra o filho de outrem como seu. Muitas vezes, isso ocorre por mero comodismo ou desconhecimento da lei e, inclusive, do ato ilícito penal cometido (art. 242 do Código Penal). Diante dessa possibilidade, sempre que não se identificar dolo do agente, ou se concluir que este visa exclusivamente o bem-estar da criança, a tipificação penal tem sido afastada pela jurisprudência, desde que se visualize uma modificação nobre e orientada por relevantes valores sociais e morais”* (Jédison Daltozo Maidana, obra citada, fls. 57/8). Validando tal procedimento, tem-se também a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. **Se o autor ao registrar a ré como sua filha sabia que ela não era sua filha biológica, operou-se a denominada “adoção à brasileira”, que é irrevogável.** Apelação desprovida, por maioria, vencido o relator. (Apelação Cível Nº 70003476488, 8ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 06/11/2003) – grifou-se.

Mostra-se interessante narrar um caso que foi julgado pela 3ª Vara de Família e Sucessões desta Comarca, onde um homem casou-se com uma mulher que possuía um filho pequeno (cerca de um ano), tendo o casamento perdurado por quase uma década. Quando da separação consensual, o varão assumiu de forma voluntária o encargo alimentar em relação ao menor, afirmando que mantinha com ele um forte vínculo afetivo, considerando-o como seu filho, razão pela qual desejava contribuir para sua manutenção.

Ocorre que, passado algum tempo, este homem casou-se novamente e teve, então, um filho biológico. Com o nascimento deste (e algum insucesso profissional), foi ajuizada ação de exoneração de alimentos, onde o fundamento jurídico estaria na alegação de ausência de vínculos biológicos-registrais com o infante, o que afastaria o encargo alimentar.

A pretensão deduzida judicialmente foi rechaçada tanto pelo Juízo Monocrático quanto pelo recursal. Ao analisar a apelação, a 7ª Câmara Cível assim decidiu:

ACÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. ENCARGO ASSUMIDO ESPONTANEAMENTE PELO AUTOR EM ACÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL. VÍNCULO AFETIVO COM O ALIMENTADO CONFIGURADO. **Se o autor da demanda, em ação de separação consensual, assumiu de forma espontânea encargo alimentar, não lhe assiste razão no pedido de exoneração vez que, com o alimentado, restou configurado vínculo de paternidade socioafetiva.** Apelo improvido. (Apelação Cível nº 70010611952, 7ª Câmara Cível, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 08 de junho de 2005)

Esta decisão é mais uma que corrobora a certeza de que o vínculo socioafetivo é um elemento extremamente importante e que precisa ser valorizado e dimensionado quando se analisa os liames parentais. Ademais, por ser de certa forma voluntário, impõe-se valorar e considerar esta manifestação de vontade.

É majoritária (no Tribunal de Justiça do RS) a corrente jurisprudencial no sentido de que, em havendo vinculação socioafetiva e registral, esta última não pode ser questionada sob o argumento de ausência de vinculação biológica. É fato que o liame registral deve, preferencialmente, espelhar os vínculos biológicos e/ou socioafetivos, sendo que somente seria possível questioná-lo se ausente este último.

Valorizar o liame socioafetivo não significa negar importância aos vínculos biológicos e registraes. Afinal, apenas de uma análise conjunta dos três aspectos da parentalidade é que se pode identificar corretamente a pessoa. Cada aspecto do vínculo tem uma importância própria e evidente. No conflito entre eles, impõe-se fazer uma análise de valor onde a questão socioafetiva parece preponderar.

Desta análise de valores mostra-se necessário atentar, no caso concreto, às condições em que vivem os envolvidos. Como destacou Rudolf Smend, “a norma recebe da vida, e do sentido a ela atribuído, seu fundamento de validade, a sua qualidade específica e o sentido de sua validade (...)” (SMEND, Rudolf. *Integrationslehre*. In *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, 1954, p. 300. Apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 129).

Qualquer interpretação que se debruce sobre uma questão tão complexa e importante como a da parentalidade – uma questão vital por excelência – deve abandonar o vezo puramente técnico e voltar seus olhos para a concretude das relações existentes. Somente assim se alcançarão soluções equitativas e que resolvam, com justiça e adequação formal, as tormentosas questões envolvendo o reconhecimento ou negação da parentalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERLE, Elisabeth Nass. *A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>. Acesso em: 16 jul. 2004.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Novos Contornos do Direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho: Paternidade Socioafetiva*. Livraria Do Advogado Editora. Porto Alegre, 1999, p. 62/3.

FACHIN, *A Triplíce Paternidade dos Filhos Imaginários*. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. v. 2. Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais. Ed. RT, Coordenadora Teresa Arruda Alvin, 1995.

GRUNWALD, Astried Brettas. *Laços de Família: Critérios Identificadores da Filiação*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4228>, acessado em 16 de julho de 2004.

MADALENO, Rolf. *Filhos do Coração*, Publicado em Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 23, abril/maio, 2004.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. *O fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A filiação e a Revolução Genética*. Publicado em Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, junho/julho, 2004.

PAULILLO, Sérgio Luiz. *A desbiologização das relações familiares*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4228>, acesso em 16 de julho de 2004.

PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, 14ª Edição, Editora Forense, 1998.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em Desordem*, tradução André Telles – Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2003.

SMEND, Rudolf. *Integrationslehre*. In *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, 1954. Apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.