

O VALOR JURÍDICO DO AFETO: FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA X MONETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE AFETO

*Thanabi Bellenzier Calderan**

Sumário: 1 Introdução; 2 Verdade biológica e afetiva; 2.1 A busca da verdade biológica; 2.2 O valor jurídico do afeto; 3 Filiação socioafetiva na reprodução humana natural; 4 Conflitos entre as filiações; 4.1 Direito dos filhos afetivos de investigar sua origem genética; 4.2 Abandono afetivo; 5 Considerações finais.

Resumo: No presente artigo, analisa-se a importância do reconhecimento do valor jurídico do afeto, podendo ser reconhecida a filiação socioafetiva através do instituto “posse de estado de filho”, bem como a possibilidade de indenização por abandono afetivo. Busca-se, ainda, analisar a possibilidade dos filhos afetivos investigarem a filiação biológica e quais os efeitos de tal reconhecimento.

Palavras-chave: Filiação. Afeto. Dignidade humana. Família. Abandono.

* Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Mestranda do curso Ambiente e Desenvolvimento pela Univates. Advogada.

1 Introdução

Entre a evolução dos diversos ramos do direito, não resta dúvida de que o direito de família se destacou pela constante evolução social, colocando em dúvida antigos conceitos como: família e filiação. A família atual é produto da sociedade, que em seus primórdios visava somente manter sua linhagem genética, sendo que na contemporaneidade, ela se funde pelo afeto, e não mais no intuito procriativo.

Diante da instabilidade social, o legislador tem o compromisso de fazer com que o direito acompanhe a dinâmica social. No entanto, sabemos que o processo legislativo é lento e muito trabalhoso, o que dificulta a manutenção das leis de acordo com os anseios sociais, permitindo que o ordenamento jurídico apresente lacunas, cabendo aos juristas orientar a melhor solução para cada caso através da doutrina e da jurisprudência. Todavia, assuntos como filiação socioafetiva, ainda não estão totalmente consolidados pela jurisprudência, gerando divergência entre os operadores do direito.

A partir da descoberta do exame de DNA, seu resultado vem sendo usado como critério absoluto para a determinação da filiação, elevando os laços de sangue a critério preponderante para a determinação das relações familiares. Se a Constituição reconheceu duas espécies de filiação e impõe a igualdade entre ambas, não pode o julgador nos casos de conflito, determinar a supremacia do vínculo genético, pois, obter a certeza da origem genética não é suficiente para determinar a filiação, uma vez que inúmeros valores passaram a interferir no campo das relações humanas.

Na atualidade, apesar de todos os avanços sociais e da ciência, há muita divergência de entendimento acerca da oposição da biologia versus afeto. Frente a tal realidade, torna-se imprescindível o uso de novos referenciais na identificação dos vínculos de filiação, como o reconhecimento da filiação socioafetiva, através do instituto “posse de estado de filho”.

Por essas razões, busca-se pesquisar a filiação socioafetiva e seus efeitos quanto ao reconhecimento, pois elevar o afeto a valor jurídico foi uma conquista muito grande do Direito de Família, vez que a partir disso, o conceito de filiação foi ao encontro da paternidade responsável e não mais da paternidade meramente biológica forçada, onde se impõe através do exame de DNA. Igualmente, agora já se fala em monetarização do afeto em virtude do abandono afetivo, o que prova maior preocupação com o afeto nas relações de direito de família.

2 Verdade Biológica e Afetiva

2.1 A busca da verdade biológica

A Constituição Federal de 1988 assegurou a todos o direito de ter reconhecido o seu estado de filiação. Esse direito foi consagrado também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que normatiza a garantia de todos os filhos a ter sua filiação biológica reconhecida, conforme antes mencionado, sendo este um direito pessoalíssimo, indisponível e imprescritível.

Assim, segundo o modelo regulado pelo nosso ordenamento jurídico, tem-se que, via de regra, pai é aquele que mantém um vínculo consanguíneo e registrário. Principalmente o registrário, levando em conta que se, eventualmente, não coincidir com o biológico, faz-se necessário o manejo de uma ação judicial para o fim de ser extinto o vínculo e, para que seja reconhecido o novo.

A investigação de paternidade surge como meio de instituir os laços de filiação. Pelo sistema biológico, filho é aquele que detém os genes do pai. Uma vez reconhecida a identidade biológica entre pai e filho, surgem os novos direitos, como a possibilidade de passar a usar o nome do pai e demais direitos de cunho social, como o direito a alimentos e a herança.

Antes do advento do exame de DNA, não tinha como garantir se um indivíduo era ou não filho de alguém.

Agora é possível não só excluir os indivíduos falsamente acusados, mas também obter probabilidade de inclusão próxima de 100%. Ou seja, é possível através do DNA afirmar com certeza o progenitor de determinada pessoa, inclusive naqueles casos em que membros da família já faleceram.¹

Ainda que se concedam facilidades no reconhecimento dos laços de filiação ou meios avançados, como o exame de DNA, ressalta-se que a simples identificação biológica não estabelece os laços de filiação esperados. Concedem-se sim direitos, mas não afeto essencial para o desenvolvimento de qualquer ser humano.

O uso do exame de DNA em caráter determinante para o reconhecimento de filiação peca no sentido de tornar a filiação simples laço biológico, desprovido de emoções e sensações. Podemos citar como

¹ FURTADO e SOUZA, Alexandra Morais Alves de. Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 13, abr./jun. 2002. p. 16.

exemplo, um doador de espermatozoides que, voluntariamente doa espermatozoides a um banco de sêmen de modo a fertilizar vinte mulheres. Nesse caso, se tiver a sua identidade revelada teríamos vinte ações de investigação de paternidade as quais face ao exame genético de DNA, todas seriam procedentes e teriam seu pai biológico reconhecido.

Nasce para as partes o direito de assistência, direito ao nome, direito a herança de tal modo que, teremos um pai com vinte filhos e sem ter tido relações com suas mães e sem qualquer vínculo afetivo. Diante desses fatos, começaram a emergir questionamentos, conforme colocação de FURTADO e SOUZA:

Começaram a surgir vozes questionando o fato de se acatar única e exclusiva o resultado do exame de DNA como prova de paternidade, ao argumento de que não se pode considerar uma única prova como prova cabal dissociada de todo um conjunto probatório, até por que a ciência também pode errar. Para além disso, os doutrinadores mais modernos começaram a tratar da verdadeira questão que envolve a ação de investigação de paternidade, qual seja. O que é ser pai.²

O surgimento do exame de DNA modificou o significado de filiação, sendo que passou a ser sinônimo de vínculo de sangue, e não de uma relação com base no amor e afeto entre os pais e seus filhos. Sabe-se que, infelizmente em muitos casos, pais genéticos prefeririam que seu filho não tivesse sido gerado, passando a negar a existência do filho, ao completo desprezo. Isso se torna mais evidente principalmente nos casos em que o vínculo de filiação foi estabelecido de forma forçada, através de uma ação de investigação de paternidade, por intermédio do pedido de exame de DNA.

Exige-se assim, uma postura mais humana por parte dos juristas, passando a decidir com base em um contexto probatório e não apenas em um exame.

Assim quando postas à apreciação do judiciário, questão tão delicada, se faz necessário que o direito se valha de um intercâmbio interdisciplinar com outros ramos da ciência, a fim de tentar, para além de solucionar a lide, estabelecer a verdade do que é a relação paterno-filial.³

² FURTADO e SOUZA, Alexandra Morais Alves de. Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 13, abr./jun. 2002. p. 16.

³ *Ibid.*, p. 16.

Claro está que para a Biologia, pai sempre foi unicamente quem, por meio de uma relação sexual, fecunda uma mulher que, levando a gestação a termo, dá à luz um filho.⁴ Os pais são muito mais importantes como função do que, como meramente genitores.

2.2 O valor jurídico do afeto

Já não se têm dúvidas de que é o amor que une as pessoas, que faz com que se compartilhem esperanças, frustrações, gerando uma união tão forte entre seus membros, caracterizando a existência de uma entidade familiar. “O *afeto* talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana”.⁵

O amor, tanto para o ser humano, como para a sociedade organizada é muito importante. É, sem sombra de dúvida, o mais alto sentimento despertado na vivência em comunidade. Na expressão de Guilherme Assis de Almeida, “o amor deve ser a mais estimada de todas as coisas existentes. Esclareça-se que o amor, assim como os outros valores, é uma coisa, mas não algo concreto, palpável. Por sua própria natureza é inexaurível, jamais se esgota, sempre podemos amar mais e melhor.”⁶

O fato de o afeto ser elevado a valor jurídico demonstra a grande evolução que o Direito de Família vem conquistando. Nessa perspectiva, o afeto passou a fator relevante nas soluções dos conflitos familiares e em consequência passou a ser a essência da filiação, já que o amor não exerce valor jurídico. “Apesar da importância que o amor representa para a pessoa e para a sociedade, não se discutia, até pouco tempo atrás, sua relevância na seara jurídica. O fato é que de uma forma ou de outra, o patrimônio sempre ocupou lugar de destaque na legislação codificada”.⁷

⁴ DIAS, Maria Berenice. Quem é o Pai ? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 15, out./nov./dez. 2002. p. 05/14.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 66.

⁶ ALMEIDA, 2005, p.1, apud. ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, n. 165. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>> Acesso em: 17 set. 2007.

⁷ ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, nº 165. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>> Acesso em: 17 set. 2007.

Mesmo com a importância desses novos referenciais, o critério biológico passou a ser considerado absoluto e superior, até mesmo da voluntariedade do reconhecimento. Tal absolutismo do critério biológico trouxe a ânsia do reconhecimento da filiação. Isso se justifica como sendo uma forma de obrigar a sucessão patrimonial. Tal demanda de reconhecimento de filiação baseada no critério biológico, somente reforçava o antigo objetivo de formar família, em nada buscava ou valorizava o afeto, até porque nenhuma decisão judicial pode incidir sobre o amor. Vejamos os comentários da Dra. Dayse Almeida:

A relação de paternidade sempre aflorou importantes discussões na seara jurídica. Isto ocorre porque as relações pai e filho sempre são atuais, haja vista as modificações de pensamento e de cultura de nossa sociedade. Os conceitos de paternidade e maternidade ultrapassaram a biologia, saindo dela para adentrar ao mundo fático contemplando a convivência e o sentimento de afeto em contraposição à relação biológica estabelecida, por vezes forçosa do exame de compatibilidade genética para auferir paternidade.⁸

Hoje, a família é vista não apenas como a união de pessoas para fins de continuidade patrimonial, a família é o alicerce psicológico e emocional dos seres humanos civilizados. O valor do afeto está cada vez mais em evidência no que tange à família, podendo, inclusive ser base para o estado de filiação, tanto quanto o critério biológico. O reconhecimento do valor jurídico do afeto, como sendo essencial para a determinação da filiação, já está consolidado por grande parte da jurisprudência. Assim vejamos:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PROVA PERICIAL FRUSTRADA. LIAME SOCIOAFETIVO. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Em que pese o possível distanciamento entre a verdade real e a biológica, **o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando evidenciada a existência do liame socioafetivo**. 4. Inexistência de prova do vício induz à improcedência da ação. Recurso desprovido.⁹ (grifo nosso)

É inegável que existe resistência por parte de alguns juristas em reconhecer tamanha importância do afeto nas relações parentais, tendendo sobrepor a biologia ao afeto, mas se trata de uma minoria, conforme colocação do Autor:

⁸ ALMEIDA, D. C. de. **A desbiologização das relações familiares**. Disponível em: <<http://www.pailegal.ne>> Acesso em: 25 ago. 2007.

⁹ TJRS – AC 70015877756 – Rel. Des. Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves – DJ 27.09.2006.

Com o defraldamento do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, havendo a necessidade de ser formatada uma parceria, um espaço de convivência recíproca.¹⁰

Hoje, temos por bem, dar valor ao sentimento, a afeição, ao amor da verdadeira paternidade e, não sobrepor à origem biológica do filho e desmistificar a supremacia da consanguinidade, visto que a família afetiva foi constitucionalmente reconhecida e não há motivos para os operários do direito, que se rotulam como biólogos, e se oporem resistência à filiação sociológica. Nesse sentido o Autor destaca:

A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹

À vista disso, o vínculo biológico nunca poderá se sobrepor à relação existente entre um filho e um pai. Um verdadeiro vínculo pode surgir com os pais afetivos e, nesse aspecto, os pais da criança podem perfeitamente não serem os biológicos. Portanto, é de se dizer que o elemento fundamental na identificação da verdadeira e única filiação “é o relacionamento sócio-afetivo entre pais e filhos, portanto necessário se faz o reconhecimento do afeto como valor jurídico, aliás seu que havia necessidade de lançar os fundamentos jurídicos para justificar que numa família se respira o afeto, o amor, o desvelo”.¹²

3 Filiação socioafetiva na reprodução humana natural

Parafraseando João Batista Villela, não é o nascimento que faz nascer o vínculo entre um filho e seus pais, “os laços da relação pai-filho se efetivam quando os filhos são pelos pais alimentados, cuidados, abraçados

¹⁰ WELTER, B. P. **Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 14 ago. 2007.

¹¹ ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, nº 165. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>> Acesso em: 17 set. 2007.

¹² WELTER, op. cit., p. 176.

e protegidos. Daí se depreende que [...] a procriação seria um dado e a paternidade um construído”.¹³

E dentro desse contexto que surge a filiação socioafetiva, baseada na qualidade de filho, ou seja, nas situações onde os elementos formadores de uma família são os laços de amor e, a forma como se externa na sociedade, onde as pessoas que embora não tenham vínculo biológico, externam uma verdadeira relação entre pai e filho, sendo desta forma que se identificam na sociedade. Assim passa a ser o afeto preponderante nessas relações e assim, passam a ter proteção perante o direito de família.

A verdadeira paternidade pode também não se explicar na autoridade genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de formas sólidas e duradouras, capazes de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele enfim, que além de poder lhe empresta seu nome de família, o trata como sendo seu filho perante o ambiente social.¹⁴

Rolf Madaleno segue essa mesma linha de raciocínio:

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 a pessoa gerada 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 a realização e a felicidade da pessoa. Representa dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, receber e fornecer informação. 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.¹⁵

A filiação socioafetiva, pode resultar da reprodução medicamente assistida ou humana natural, sendo esse último objeto de análise do presente estudo. Desta forma, temos quatro espécies de filiação socioafetiva na reprodução humana natural, sendo elas: a adoção judicial¹⁶;

¹³ VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. **Revista da faculdade de direito de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 21, maio. 1979. p. 415

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 163.

¹⁵ MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 8.

¹⁶ O novo vínculo do culto substituiu o parentesco, mas o gesto de adotar não estava ligado à afetividade. Hoje, adoção (o afeto) é um ato jurídico, de vontade, de amor e de solidariedade, sendo essa família tão real como a que une o pai ao seu filho de sangue. (WELTER, Pedro Belmiro. Filiação biológica e socioafetiva: igualdade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 14, jul./set. 2002. p.133.

o filho de criação¹⁷; a adoção à brasileira¹⁸ e o reconhecimento voluntário ou judicial¹⁹ da paternidade e/ou da maternidade.

Nesses casos, é edificado o estado de filho afetivo, (posse de estado de filho), na forma do artigo 226, parágrafos 4º e 7º, artigo 227, cabeça e parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, e artigos 1.593, 1.596, 1.597, V, 1.603 e 1.605, II, do Código Civil, cuja declaração de vontade torna-se irrevogável, salvo erro ou falsidade do registro de nascimento (artigo 1.604 do CC).²⁰

A paternidade socioafetiva fundamenta-se, juridicamente, no Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, preconizado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. É importante ressaltar que, com o surgimento do ECA, a busca pela filiação passou a ser direito indisponível, podendo ser buscada a qualquer momento. Assim passou-se ao sentido da verdadeira paternidade, pois se percebeu que a paternidade biológica não era suficiente.

Sabidamente João Batista Villela, diferencia procriação e paternidade:

A origem do homem se radica na procriação, pura base biológica, entretanto a paternidade, em si mesma não seria um fato biológico, mas um fato cultural. Para os juristas a paternidade se associa antes com o serviço que com a procriação. Ou seja, ser pai ou ser mãe não está tanto no ato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.²¹

¹⁷ A filiação afetiva também se corporifica naqueles casos em que, mesmo não havendo vínculo biológico, alguém educa uma criança ou adolescente por mera opção, denominado filho de criação, abrigo em um lar, tendo por fundamento o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto. É dizer, quando uma pessoa, constante e publicamente, tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu sempre suas necessidades, sua manutenção e sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu. (Ibid. p. 133).

¹⁸ A criança, ao nascer, é registrada diretamente em nome dos pais afetivos, como se fossem biológicos, descabendo, em tese, a ulterior pretensão anulatória do registro de nascimento. Como exemplo, cita-se o caso da gestante que entrega seu filho, voluntariamente, a um casal, o qual faz o registro de nascimento do recém-nascido em seus nomes, como se fossem os pais genéticos (Ibid, p. 134).

¹⁹ Quem comparece no Cartório de Registro Civil, de forma livre e espontânea, solicitando o registro de alguém como seu filho, não necessita de qualquer comprovação genética. É dizer, aquele que toma o lugar dos pais pratica, por assim dizer, uma 'adoção de fato'. Nesse caso, quando da aceitação voluntária ou judicial da paternidade ou da maternidade, é estabelecido o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), com a atribuição de todos os direitos e deveres do filho biológico. (Ibid, p. 133)

²⁰ WELTER, op. cit., p. 132.

²¹ VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. **Revista da faculdade de direito de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 21, maio. 1979. p. 401-417.

Assim, a verdadeira paternidade é a que se revela no dia-a-dia, que não se adquire simplesmente com o nascimento de um filho, mas sim com o convívio, com cuidados, aprendendo a amar e a se conhecer, construindo juntos o verdadeiro sentido da paternidade responsável. Um pai, mesmo biológico, se não adotar seu filho, jamais será o pai. Por isso, podemos dizer que a verdadeira paternidade é adotiva e está ligada à função, escolha, enfim, ao desejo²². Conforme sábia colocação de Cristiane J. Delinski:

Não se pretende descaracterizar a paternidade biológica, pois na normalidade das relações pode-se dizer que são concomitantes. Mas, é a paternidade afetiva que deve ser buscada e protegida pelo ordenamento jurídico. Assim, em busca do equilíbrio entre a necessária valorização da verdade biológica e a não menor necessária de que a verdade sócio-afetiva seja respeitada, há que ser pelo direito utilizada a noção de posse de estado de filho.²³

O atual do conceito de família, fundada em laços de afetividade, a chamada família sociológica, que leva ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva”.²⁴ Assim, é indispensável que se faça uma abordagem sobre a posse de estado de filho, para que se perceba sua importância na busca de meios sustentáveis para reconhecer a paternidade mais condizente com a realidade.

4 Conflitos entre as filiações

Nas ações de filiação, tanto nas investigatórias quanto nas ações de reconhecimento, conforme já mencionado, tem-se que a descoberta do DNA trouxe para as partes a possibilidade de se alcançar a “verdadeira paternidade”, sendo que essa verdade já não é adequada à sociedade moderna.

A inequidade gerada pelo apego ao elemento biológico levou a constituinte de 1988, a encarar o problema sob novo ângulo, talvez menos jurídico mas bem mais próximo da realidade social. a inserção da noção de paternidade responsável pôs um fim, ao menos formalmente, a insustentável supremacia da paternidade biológica. A independência entre a linha biológica e jurídica era de mais veemente para que o legislador não se apercebesse das novas tendências.²⁵

²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud. PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma Proposta Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 580.

²³ DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 199. p. 37

²⁴ ANDERLE, Elisabeth Nass. **A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>>. Acesso em: 31 out. 2007.

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 101.

A descoberta dos vínculos genéticos ao mesmo tempo pode produzir efeitos jurídicos, mas também acarretar uma série de distúrbios psíquicos, na medida em que pode vir a transformar toda uma estrutura já construída, criando um vínculo reconhecido pelo Direito, mas não pela vontade.

O novo texto constitucional não obriga, quem quer que seja a assumir uma paternidade que não deseja isto seria mesmo impossível faze-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a idéia de paternidade, assim entendida como intensa relação amorosa, auto doação, gratuidade, engajamento intimo, independente de imposição coativa, pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é mas o que o novo texto constitucional não pode aceitar, e nisto deu mostra de intenso realismo, mesmo sacrificando noções de tradicionais de Direito de Família - é que o ato irresponsável de por um novo ser no mundo possa, sob a legação legal, furta-se das responsabilidades daí decorrente. ²⁶

“No âmbito da filiação socioafetiva, urge inúmeras indagações. Algumas delas até de difícil resposta, haja vista que essa relação não dispõe de regulamentação na lei, fato que delega ao jurista a interpretação do direito, sendo que se torna subjetivo”. ²⁷

A Constituição afastou do ordenamento jurídico a presunção da aparência, a ficção, a paternidade meramente judicial, acolhendo tão somente as duas verdades, a biológica (art. 226, §§ 4º e 7º da CF) e a sociológica (art. 227, § 6º da CF), “mas a teoria da evidência deve ser aplicada e também devemos lutar por isso, para que a decisão judicial declare a verdadeira, e não a fictícia filiação socioafetiva”.²⁸

Sobre o assunto são diversas as questões que podem ser analisadas: dentre as várias existentes, pode-se encontrar o filho que não quer conhecer o pai biológico, mas que por questões às vezes financeiras, é levado pela mãe a uma situação de estabelecimento judicial dessa paternidade. Vejamos o posicionamento dos tribunais:

Um coito apenas determina para a vida inteira um parentesco, um coito entre pessoas que, às vezes, só tiveram aquele coito e nada mais! Desprezam-se anos e anos de convivência afetiva, de assistência, de companheirismo, de acompanhamento, de amor, de ligação afetiva. Daí não se tratar de um rematado absurdo e cogitação de que se pudesse pretender pôr limites à investigação da paternidade biológica, porque, quando se permite indiscriminadamente esta pesquisa, se está jogando por terra todo o prisma sócio-afetivo do assunto, e

²⁶ Ibid., p.119.

²⁷ Ibid., p. 101.

²⁸ WELTER, Pedro Belmiro. Filiação biológica e socioafetiva: igualdade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 14, jul./set. 2002. p. 164.

isto vale também para a paternidade biológica, não só para a adotiva. O pai e a mãe criaram um filho, com a melhor das criações possíveis, com todo o amor que se podia imaginar; passam-se os anos; 40 anos depois, resolve o filho investigar a paternidade com relação a outra pessoa, esbofeteando os pais que o criaram por 40 anos! E normalmente esses pedidos são tão despropositados que, falando em tese, muitas vezes têm a ver apenas com a cobiça: descobre que o pai biológico tem dinheiro, vai herdar, então despreza os pais que o criaram, que lhe deram toda educação, quer adotivos, quer biológicos – tidos como biológicos, e vai procurar o outro pai que teve o tal de coito, uma vez na vida.²⁹ (grifo nosso).

Merece também serem matéria de análise, aqueles casos em que não é necessária nenhuma comprovação genética para ter sua declaração admitida, mas somente poderá depois invalidá-la se demonstrar que sua manifestação não foi livre e sim foi viciada; que não houve a socioafetividade, e sim uma falsidade ideológica. Nesses termos, urge discussão nos tribunais se o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade e maternidade é revogável, ou não, como poderemos ver nos seguintes termos:

Quem, sabendo não ser o pai biológico, e registra como seu filho de companhia durante a vigência de união estável, estabelece uma filiação socioafetiva, que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável. O pai registral não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição.³⁰ (grifo nosso).

Em outro julgado, o pai afetivo ao descobrir que foi enganado pela esposa durante anos, busca a anulação do registro de nascimento a fim de não prestar alimentos e herança ao suposto filho, assim vejamos:

[...] mostrou-se o autor inconformado com o fato do filho não dispensá-lo da obrigação alimentar. Assim, em que pese não admita o autor, mais do que qualquer questão sentimental, o motivo desta ação é eminentemente financeiro. Ora, segundo, o autor ele sempre conviveu com a dúvida a respeito da paternidade do réu, e nem por isso deixou de amá-lo como filho. E por que então só quando não conseguiu se desobrigar do pensionamento, ingressou com a negatória de paternidade? A prova testemunha é unânime no sentido que o autor sempre foi bom pai, zeloso, se fazendo presente em todos os momentos da vida do filho. [...]

²⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Cam. Cív., **Ac. 595118787**. Relator: Sérgio Gischockow Pereira. RJTJRS 176/771. p. 772.

³⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 4º Grupo Câm.Cív., **EI 599.277.365**, Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. DJRS 31 out. 1999

A Relatora Maria Berenice Dias assim se posiciona a respeito do litígio:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. CARCTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. Se comprovada a filiação socioafetiva, a despeito da inexistência do vínculo biológico, prevalece a primeira em relação à segunda. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável, e a anulação do registro depende da plena demonstração de algum vício do ato jurídico, inexistente no caso concreto. REJEITADA A PRELIMINAR, E NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. ³¹

Assim com base no posicionamento da Relatora, podemos perceber que já é aceito por parte dos juristas que a paternidade socioafetiva pode prevalecer em detrimento da biológica. Contudo, o assunto ainda carece de maior regulamentação, dando margem dessa forma a interpretação diversa, vez que sua análise é de cunho subjetivo.

Antigamente, para a jurisprudência, a posse de estado de filho lhe era estranha, o que contribuía para a desconsideração da paternidade socioafetiva. Atualmente, porém, verifica-se uma grande valoração, pela jurisprudência, da posse de estado de filho. Embora em muitos acórdãos não apareça claramente, o instituto da paternidade afetiva e da posse de estado de filho vem encontrando sua razão de ser.

Em resumo, a busca da verdade biológica é protegida e defendida em nosso ordenamento jurídico, dependendo apenas da vontade do filho para que ela se concretize. Mas, embora a jurisprudência não admita claramente, a noção de posse de estado de filho se faz cada vez mais presente, o que possibilita uma maior proteção àquele pai registrário que sempre cuidou e educou o filho, achando ser ele seu filho biológico.

É neste sentido que surge a importância de acolhermos em nosso ordenamento jurídico a noção de posse de estado de filho, como forma de solução para os conflitos de paternidade que batem às portas do Poder Judiciário, a fim de buscar o equilíbrio destas verdades para o estabelecimento da paternidade. Deve-se ter como base fundamental, os novos valores inerentes ao conceito de família trazidos pela Constituição Federal de 1988, como também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais inegavelmente apontam para a valorização da paternidade socioafetiva.

³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Grupo Câm.Cív., [AC 70014859938](#), Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. DJRS 13 set. 2006.

4.1 Direito dos filhos afetivos de investigar sua origem genética

Surgem muitas dúvidas acerca da possibilidade de mesmo após já ter sido estabelecido o vínculo de paternidade através da filiação socioafetiva, ser possível ao filho “adotado” investigar a paternidade biológica, para fins de esclarecimento a respeito da pessoa de seus pais, viabilizando, dessa forma, o acesso à origem genética, e quais seriam os efeitos de tal reconhecimento. Esse é um assunto de divergência entre os operadores do direito. Assim vejamos o posicionamento do Tribunal de Santa Catarina acerca do assunto:

Em decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina foi negado esse direito, com o seguinte fundamento: formalizada a adoção, esta gera uma serie de efeitos pessoais para o adotado, cessando qualquer vinculo com a antiga familia, vínculos esses que passam a ser estabelecido com a nova familia. A situação equivale, em termos gerais, ao renascimento do adotado no seio de outra familia, apagado todo o seu passado.³²(grifo nosso)

Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem outro entendimento conferindo ao filho adotivo o direito a investigação biológica:

Os deveres erigidos em garantia constitucional criança e ao adolescente, na carta de 1988, em seu art. 227, se sobrepõem as regras formais de qualquer natureza, e não podem ser relegados a um plano secundário, a penas por amor a suposta intangibilidade do instituto da adoção. A justa pretensão da menor adotada em ver admitida a paternidade biológica, com os embaraços expostos na sentença, é o mesmo que entender que alguém registrado em nome de um casal, seja impedido de investigar sua verdadeira paternidade, por que a filiação é tanto ou mais irrevogável que adoção. No entanto, a todo momento nos deparamos com pessoas registradas como filhos de terceiros, que obtém o reconhecimento da verdadeira paternidade e tem por consequência anulado o registro anterior.³³

Assim, com base no julgado, percebemos que correta está a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma vez que negar o direito de investigar a paternidade/maternidade biológica ao filho afetivo, estar-se-ia confiscando o direito a dignidade humana e o direito a própria personalidade, enfatizando que é garantia constitucional ter reconhecido o seu estado de filiação. Esse direito foi consagrado, também, pelo

³² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. TJSC, RT 745/361.

³³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8º Grupo Câm.Cív, AC. 569037044, Relator: Eliseu Gomes Torres. RJTJRS, 176/766.

Estatuto da Criança e do Adolescente, que normatiza a garantia de todos os filhos a ter sua filiação biológica reconhecida, sendo este um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O texto constitucional de 1988 revolucionou o direito de família, notadamente a relação entre os filhos, procedendo a uma verdadeira desbiologização da paternidade, pois se equipararam os filhos de sangue aos adotivos, vedando qualquer discriminação entre eles, quanto a direitos e qualificações.³⁴

Assim se é direito de todos a busca da origem genética, nenhuma corte pode frustrar tal pretensão.

Segundo diploma legal, a filiação adotiva gera um vínculo tão forte capaz de fazer cessar uma anterior relação parental. Mesmo assim, existem juristas que entendem ser possível a busca da origem biológica, nada deve restringir o desejo de saber a respeito de seus genitores, até mesmo porque inserido neste conhecimento, encontra-se toda a ciência acerca de sua própria história, determinando-se assim a estrutura relacional que o cercava no ato de seu nascimento.

O Tribunal de Justiça já tem se posicionado, que é irrevogável a adoção, mas ressalva o direito aos filhos adotivos em investigar a paternidade. Assim vejamos:

ADOÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90 A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA.³⁵(grifo nosso)

Assim segundo posição de Belmiro Welter, pode o filho afetivo buscar a paternidade biológica com amplo efeito:

Todos os filhos biológicos e sociológicos podem investigar a paternidade e a maternidade genética para todos os efeitos legais (estado de filho, nome, herança, parentesco etc...). Entretanto, se estabelecida a paternidade afetiva, a investigação da paternidade e de maternidade não abrangerá todos os efeitos

³⁴ WELTER, op. cit., p. 176

³⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 127.541, Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. DJ 28 de agosto de 2000.

jurídicos, mas apenas: a) em caso de necessidade psicológica depara conhecer (ser) a origem genética, b) para preservar os impedimentos matrimoniais. c) para garantir a vida e a saúde do filho e dos pais biológicos, em caso de doença grave genética, pelo que nestas três hipóteses, não haverá a declaração de estado de filho, os efeitos de parentesco, alimentos, nome e herança ou poder familiar (pátrio poder), porquanto esses direitos já são ostentados pelo filho sociológico.³⁶ (grifo nosso)

Outrossim, diante da análise do posicionamento dos autores e da jurisprudência, percebe-se que, é direito de todo a busca de sua origem genética, mas não o reconhecimento ao estado de filiação. Não obstante, uma vez reconhecida a filiação socioafetiva (podendo ser pais biológicos ou afetivos), gera os mesmos efeitos da adoção, ou seja, é irrevogável.

Porém, é pertinente ressaltar uma recente decisão do STJ, baseada no entendimento da relatora, Ministra Nancy Andrighi, a decisão estabelece que, como não há vínculo anterior com o pai biológico para ser rompido pela adoção, simplesmente porque jamais existiu tal ligação, não se pode eliminar o direito da filha de pleitear alimentos do pai reconhecido na ação investigatória.

A posição da Terceira Turma anula a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ/SC), que, ao analisar recurso do pai, revogou o arbitramento de alimentos provisórios, feito em primeira instância em benefício da filha. O valor equivalia a 12,5% dos rendimentos dele, que exerce função de delegado de polícia. O TJ/SC havia entendido que, como as ligações com a família natural desaparecem a partir da adoção, cessaria o dever do pai biológico de prestar alimentos à filha³⁷.

Conforme antes colocado, ainda não é matéria consolidada pela jurisprudência, havendo divergências, sendo que tal decisão pode levar outras pessoas com casos parecidos a pleitear alimentos somente no intuito financeiro. Essa decisão ao mesmo tempo que, inovadora tende a abrir precedentes, pois alimentos podem ser pleiteados aos parentes, em conformidade com o art. 1.696, que preceitua que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Assim, se a adoção extingue todo e qualquer vínculo de parentesco com a família biológica, pensa-se ser inadequada tal decisão.

³⁶ WELTER, Pedro Belmiro. Filiação biológica e socioafetiva: igualdade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 14, jul./set. 2002. p. 181.

³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 813.604 - SC (2006/0011178-7)**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ 17 de setembro de 2007.

4.2 Abandono Afetivo

O cabimento ou não de danos morais por negativa de afetividade, por parte dos pais é assunto que vêm gerando controvérsias nos Tribunais. Já foi visto anteriormente que o afeto é um bem jurídico e um princípio constitucional, do qual não se têm dúvidas de sua relevância, no entanto, escrever sobre afeto não é uma tarefa fácil. Monetizar o afeto é tarefa ainda mais difícil. Entretanto, existem decisões recentes, que reconhecem a responsabilidade civil por abandono afetivo de filho e, conseqüentemente o dever de indenizar.

É preciso ter cautela para que a concessão de indenizações não contribua para a chamada monetarização das relações afetivas. Não há como resgatar o afeto perdido. O aspecto mais importante dessa discussão é ajudar a criar uma mentalidade de paternidade responsável.³⁸

Estas ações são propostas, por filhos que não receberam dos pais o afeto a que tinham direito, para o seu completo desenvolvimento e com dignidade, e perante a justiça postularam uma compensação pecuniária pela carência que suportaram ao longo de sua vida. Sobre esse assunto, recentemente tivemos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Na oportunidade o julgamento afastou, por maioria de votos, o direito do filho em obter indenização, por danos morais, do pai pelo abandono afetivo. A decisão do Supremo reformou a decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

Merece destaque o voto proferido pelo Juiz Relator:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.³⁹

³⁸ ADROVANDI, Andréia e SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O Direito de Família no Contexto das Organizações Socioafetivas: Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 34, fev./mar. 2006. p.25.

³⁹ TJMG, 7ª C.C., Ap. Cív. 408550, Rel. Juiz Unias Silva, DJMG 29/04/04. 31ª Vara Cível Central de São Paulo, Juiz Luis Fernando Cirillo, **Processo nº. 01.36747-0**, j. 26/06/04.

Prosseguindo no julgamento, o Juiz Relator ressalta a relevância que o afeto:

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁰

Com base no exposto, em seu voto, o Relator Barros de Monteiro conclui que, existe o dano, cabendo indenização ao filho, com base no princípio da dignidade e afirma que o réu praticou ato ilícito quando deixou de cumprir seus deveres para com o filho, negando-lhe o convívio, fixou a indenização no valor equivalente a duzentos salários mínimos. O Pai recorreu da decisão, interpondo Recurso Especial contra o acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais para o Superior Tribunal de Justiça. O recurso foi conhecido e provido pela Quarta Turma, afastando a obrigação de indenizar, por maioria de votos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. Recurso especial conhecido e provido.⁴¹

O Relator Ministro Fernando Gonçalves, negou provimento, afastando a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral, fundamentando, nos termos seguintes:

⁴⁰ TJMG, 7ª C.C., **Ap. Civ. 408550**, Rel. Juiz Unias Silva, DJMG 29/04/04. 31ª Vara Cível Central de São Paulo, Juiz Luis Fernando Cirillo, Processo nº. 01.36747-0, j. 26/06/04.

⁴¹ *Ibid.*

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, **guarda e educação** dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1.638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.⁴²

Merece destaque o pronunciamento do Ministro Aldir Passarinho Junior acompanhando o voto do relator:

Ainda outro entendimento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos entrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos (...) Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. (grifo nosso)

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.⁴³ (grifo nosso)

Prossegue o Ministro questionado sobre a tarefa do judiciário perante o litígio:

A partir de tais argumentos, persiste para quem acredita no princípio da afetividade, o seguinte questionamento: o litígio já não foi estabelecido? A reparação do dano, considerado como a ausência de afeto, não seria suficiente

⁴² BRASIL. 4º C.C., **Resp. nº 757.411**- MG. Rel. Fernando Gonçalves. DJ 27.03.2006. Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=757411&b=ACOR. Acesso em: 31 de out. de 2007.

⁴³ BRASIL. 4º C.C., **Resp. nº 757.411**- MG. Rel. Fernando Gonçalves. DJ 27.03.2006. Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=757411&b=ACOR. Acesso em: 31 de out. de 2007.

para possibilitar a (re)construção da vida? Finalmente, como não cabe ao judiciário obrigar alguém a amar, não cabe nenhuma compensação a quem não foi amado? Não sugere a melhor saída, refutar o direito à compensação pecuniária, à reparação, pela impossibilidade em se obrigar ao cumprimento da obrigação na espécie: amar. Negar, nos dias atuais, o valor e a relevância ao afeto, consiste negar sua necessidade para a implementação da dignidade humana, ou seja, negar o princípio fundamental do Estado brasileiro.⁴⁴ (grifo nosso)

O Ministro transcreve, o voto do Ministro César Asfor Rocha, em sentido contrário ao aqui narrado, nos termos seguintes:

(...) é certo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais pontificou que o recorrido teria sofrido em virtude do abandono paterno; são fatos que não podem ser desconstituídos. E é justamente com base nesses fatos que aprecio o que está ora posto. Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. (...)por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura – a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer graduações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria “x”; se abandono por um mês, o valor da indenização seria “y”, e assim por diante. (grifo nosso)

Assim, parece-nos correta a decisão do STJ, uma vez que o afeto foi elevado a valor jurídico. Ele se torna essencial para a determinação da filiação, mas atribuir caráter ilícito à ausência de um pai, parece, por vez, inadequado. Igualmente, conforme colocação dos Ministros, já existe o dever de sustento, em virtude da pensão alimentícia, e atribuir valor à falta de afeto, não vai aproximar um pai de seu filho, pois fica claro que, essa não é tarefa do judiciário.

O princípio da dignidade humana repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano. Dessa forma, o homem como é o centro de referência da

⁴⁴ Ibid.

ordem jurídica. Nesse sentido, através de uma análise, acerca do assunto, à luz da Constituição, podemos afirmar que dano moral é uma violação do direito à dignidade ⁴⁵.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, “será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de objeto” ⁴⁶.

Dessa forma, não se pode vincular o dano moral a meros sentimentos e sofrimentos, aliás, cada vez mais comuns na vida em sociedade. Deve-se sempre vincular o dano moral à ofensa de valores constitucionalmente tutelados, sob pena de fomentar a indústria do dano moral e conseqüentemente a banalização do mesmo.

Contudo, nos casos de conflito entre esses valores recorreremos à ponderação de interesses. Com base nos princípios da dignidade, livre arbítrio, entre outros, não podemos quantificar o desejo e o amor, muito menos exigir que um pai ame um filho, que muitas vezes nunca teve contato, e não foi planejado. Por se tratar de uma matéria subjetiva, por mais que moralmente rejeitada, o princípio da liberdade afetiva se sobrepõe a qualquer outro princípio para a realização da dignidade, visto que não se pode exigir afeto.

5 Considerações finais

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve uma grande revolução no instituto do direito de família. Dentre as mudanças radicais ocorridas, está a vedação da diferenciação entre filhos, igualando todos os filhos. Nas leis que se seguiram à Carta Maior, foram adotados todos os princípios nela instituídos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Dentre essas leis, está a de nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe, no bojo de seu artigo 27, o direito imprescritível e indisponível aos filhos de pleitearem o reconhecimento de seu verdadeiro estado de filiação.

Esse primado, para a Constituição Federal e para a legislação infraconstitucional brasileira, era a descoberta da paternidade biológica, que é aquela decorrente de vínculos genéticos que ligam um pai a seu filho. A verificação da paternidade biológica somente foi possível em face da

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.31.

⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

evolução da biogenética. Outrossim, assentou-se nos Tribunais nacionais, tanto quanto na doutrina, a predominância da paternidade biológica em detrimento da paternidade socioafetiva.

Possibilitou-se, em consequência disso, que o filho manejasse ação de investigação de paternidade para ver reconhecido o seu verdadeiro vínculo de filiação, que era o da consanguinidade. Todavia, a predominância da paternidade biológica, com o reconhecimento do vínculo por meio de ação de investigação de paternidade, não estabelecia um vínculo social e afetivo entre o pai biológico e seu filho.

É patente que a relação de filiação não decorre simplesmente do vínculo genético estabelecido entre pai e filho. A filiação, sob o aspecto sociológico, somente se desenvolve por intermédio do convívio entre eles, o que não se dava, evidentemente, com o simples reconhecimento da paternidade.

Sob esse pretexto, surge a paternidade socioafetiva, sendo aquela emergente da construção afetiva, através da convivência diária, do carinho e cuidados dispensados à pessoa. Surge dentro do conceito mais atual de família, ou seja, de família sociológica, unida pelo amor, onde se busca mais a felicidade de seus integrantes.

Essa nova concepção tem fundamento na posse do estado de filho, instituto pelo qual a paternidade é estabelecida, principalmente, na relação duradoura de filho e pai que eles mantêm entre si. Não obstante, justifica-se a importância de tal instituto.

Com a adoção do conceito de paternidade socioafetiva, não se quer excluir o direito do filho ver reconhecida a sua paternidade biológica, pois estar-se-ia impedindo que ele usufruísse de um direito e contrariando comando constitucional, pois o direito ao reconhecimento da origem genética é um direito personalíssimo do filho, garantido constitucionalmente, não sendo, de maneira nenhuma, passível de renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai.

Todavia, o que não se pode é fazer cessar ou desaparecer o vínculo registrário entre pai e filho. É que, não seria justo, que esse pai que cuidou do filho, dando-lhe amor, carinho, educação, e demais cuidados de que necessita toda criança, perca todos os vínculos jurídicos.

Sem dúvida, com tudo que a doutrina e a jurisprudência, resta muito a dizer sobre a afetividade, sobre o amor. As alterações pelas quais passou a família contemporânea e que ainda atravessa, deixam o quadro ainda mais complexo e delicado, dada à necessidade de que sejam vislumbrados pelo legislador, para que possam uniformizar decisões, retirando a margem a divergências e muitas vezes decisões não condizentes com a realidade.

As relações familiares são carregadas de valores e objetivos, cujo principal se resume na conservação da vida e na sua realização, dentro do princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Não se pode simplesmente valorar o amor, como moeda de troca, banalizando sua importância. Entretanto, este argumento também não podem ser usado para se escusar na atribuição efetiva de seu valor. Assim como a vida humana não tem preço, o amor também não é passível de mensuração, porém, ambos são valores fundamentais para a pessoa humana.

Diante do exposto, conclui-se que, mesmo o legislador apresentando uma certa resistência em reconhecer a relevância da filiação socioafetiva e suas conseqüências, estes já são temas sabiamente reconhecidos pela maioria da jurisprudência. Outrossim, ainda temos decisões que representam retrocesso na conquista de direitos inerentes aos filhos, justificando assim, a necessidade da positivação desses novos institutos.

The legal value of affection: socioaffective filiation x monetarization of affection relationships

Abstract: This article analyzes the importance of recognizing the legal value of affection, which can be identified in the institute of the socio-affective filiation by the institute of the “possession of state of child” and the possibility of compensation for affective abandonment. Finally, the research also inquires the possibility of the affective sons investigate their biologic filiation and the effects of such recognition.

Keywords: Filiation. Affection. Human Dignity. Family. Abandonment.

REFERÊNCIAS

ADROVANDI, Andréia; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O Direito de Família no Contexto das Organizações Socioafetivas: Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade, **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 34, fev./mar. 2006.

ALMEIDA, M. C. de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ALMEIDA, D. C. de. **A desbiologização das relações familiares**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net>.> Acesso em: 25 ago. 2007.

ANDERLE, Elisabeth Nass. **A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>>. Acesso em: 31 out. 2007.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. **Boletim Jurídico**, Uberaba, v. 4, n. 165, set. 2007. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>> Acesso em: 17 set. 2007.

BARBOSA, Antonio Ezequiela Inácio Barbosa. Ao encontro do pai. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 16, jan./fev./mar. 2003.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade: posse de estado de filho – paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CAROSI, Elaine Goulart Martins. As relações familiares e o direito de família no século XXI. **Revista Faculdade de Direito/ Universidade de Caxias do Sul – Departamento de Ciências Jurídicas**, Caxias do Sul, n. 12, 2003.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Entre o ventre e o coração**. ADCOAS, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Quem é o Pai ? **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, nº 15, out./Nov./dez. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=1042&isPopUP=true>. Acesso em: 21 ago. 2007.

FACHIN, Edson Luiz. Direito além do Novo Código Civil: Novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 17, abr./maio. 2003.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida. **Revista Persona**. Disponível em <www.revistapersona.com.br/persona09/9farias.htm>. Acesso em: 24 ago. 2007.

FERREIRA, Holanda Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FURTADO e SOUZA, Alexandra Morais Alves de. Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 13, abr./jun. 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Reprodução assistida heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 19, ago./set. 2003.

GRUNWALD, Astried Brettas. **Laços de família: critérios identificadores da filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>>. Acesso em: 03 set. 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 14 set. 2007.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 16, jan./fev./mar. 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma Proposta Interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. EI nº 599.277.365 do 4º Grupo da Câmara Cível, Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. DJRS 31 Out. 1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=599.277.365&num_processo=599277365>. Acesso em: 31 out. 2007.

VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. **Revista da faculdade de direito de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 21, maio. 1979.

WEBER, Thadeu Hege. **Liberdade, Estado e história**. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

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

WELTER, Belmiro Pedro. **Ins constitucionalidade do Processo de Adoção Judicial**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 14 ago. 2007.

☒ Recebido: março/2011. Aprovado: abril/2012.