

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC – SP

Jaqueline Silva Vaz Rosa

A PREVALÊNCIA DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO SOBRE O VÍNCULO BIOLÓGICO
NO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE FILIAÇÃO

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

São Paulo

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC – SP

Jaqueline Silva Vaz Rosa

A PREVALÊNCIA DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO SOBRE O VÍNCULO BIOLÓGICO
NO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE FILIAÇÃO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial à obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito de Família e Sucessões, sob orientação da Prof. Dra. Maria Lígia Coelho Mathias.

São Paulo

2019

Banca Examinadora

*Dedico este trabalho a todas as famílias cuja
constituição está além dos laços de sangue.*

AGRADECIMENTOS

Sou grata aos meus pais, Dilson Ferreira da Silva e Edna Oliveira dos Santos Silva, pela dádiva da minha vida e pela promoção das condições mais básicas para a minha formação pessoal e profissional; e ao meu companheiro de todas as horas, Angelo Fernando Vaz Rosa, meu marido, pelo apoio incondicional a todos os meus projetos.

RESUMO

Este trabalho aborda os vínculos parentais de origem biológica e socioafetiva. Busca identificar a preponderância de um vínculo sobre o outro para o reconhecimento do estado de filiação, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 de Santa Catarina, que admitiu a multiparentalidade e, conseqüentemente, considerou válido o vínculo socioafetivo para o reconhecimento do estado de filiação. Apresenta hipóteses legais em que o vínculo biológico é preterido em relação ao vínculo socioafetivo, como a adoção e a inseminação artificial heteróloga, demonstrando a prevalência desse vínculo, pautado na posse do estado de filho, para o reconhecimento do estado de filiação. Identifica as razões que levaram ao reconhecimento da paternidade biológica no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, gerando multiparentalidade, e sugere que a inobservância do Princípio da Paternidade Responsável não seja punida ou vingada com a atribuição de uma paternidade ficta, meramente formal, sem correspondência fática e com efeitos exclusivamente patrimoniais, mas, sim, que a responsabilização por eventual dano se dê pela regra geral da responsabilidade civil. Assim, filia-se ao entendimento do Ministro Luiz Edson Fachin no julgamento do RE nº 898.060/SC, pelo qual o vínculo socioafetivo deve prevalecer sobre o vínculo biológico no reconhecimento do estado de filiação, quando o vínculo com o genitor/genitora for meramente biológico, a exemplo da adoção e da inseminação artificial heteróloga, garantido o direito ao conhecimento da identidade genética.

Palavras-chave: Parentalidade. Socioafetividade. Multiparentalidade. Identidade Genética.

ABSTRACT

This study addresses the parental bonds derived from biological and socio-affective origin. The study aims at identifying the prevalence of one type of bond over the other for the recognition of the state of filiation, based on the Supreme Court decision in the judgment of Extraordinary Appeal No. 898.060 from the state of Santa Catarina, which admitted multiple parenthood and, consequently, considered the socio-affective bond as valid for recognition of the state of filiation. The study presents legal hypotheses in which the socio-affective bond, such as adoption and heterologous artificial insemination, takes precedence over the biological bond, demonstrating the importance of said bond, departing from the possession of the state of offspring, for the recognition of the state of filiation. The study also identifies the reasons that led to the recognition of biological paternity in the judgement of Extraordinary Appeal No. 898.060/SC, generating multiple parenthood, and suggests that non-compliance with the Principle of Responsible Paternity should not be punished or avenged by the granting of a merely formal paternity that does not correspond to facts and having exclusive effect on property, but rather that the liability for any damage be considered under the general rule of civil liability. Thus, the study partakes in the understanding of Minister Luiz Edson Fachin in the judgment of RE 898.060/SC, by which the socio-affective bond must prevail over the biological bond in the recognition of the state of filiation, when the bond with the genitor is merely biological, as with adoption and heterologous artificial insemination, preserving the right to the knowledge of the genetic identity.

Keywords: Parenting. Socioaffectivity. Multiparenting. Genetic Identity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PARENTALIDADE	12
1.1 Tentativa conceitual	14
1.2 Relações de Parentesco.....	15
1.3 Verdades Parentais	17
1.3.1 Registral	18
1.3.2 Biológica	18
1.3.3 Socioafetiva	18
2 COEXISTÊNCIA DOS VÍNCULOS BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO NA MESMA RELAÇÃO PATERNO/MATERNO-FILIAL	20
3 MULTIPARENTALIDADE	22
4 O ENTENDIMENTO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 898.060 DE SANTA CATARINA .	24
4.1 Ausência de preponderância de um vínculo sobre o outro para estabelecer a paternidade	25
4.2 Admissão da multiparentalidade.....	26
5 HIPÓTESES DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DE VÍNCULOS PARENTAIS BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO	33
5.1 Existência de vínculo biológico sem socioafetividade com o genitor/genitora e existência de vínculo socioafetivo com pai/mãe socioafetivo/socioafetiva.....	33
5.1.1 Prevalência do vínculo socioafetivo sobre o vínculo biológico	33
5.1.2 Direito ao conhecimento da identidade genética	46
5.2 Existência de vínculo biológico sem socioafetividade com genitor/genitora e inexistência de vínculo socioafetivo com pai/mãe socioafetivo/socioafetiva.....	51

5.2.1 Possibilidade de reconhecimento do estado de filiação biológica	51
5.3 Demandas argentárias, mercenárias ou frívolas	52
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Apesar das determinações da natureza, da sociedade e das leis, no contexto fático das relações familiares sempre houve espaço para o estabelecimento de vínculos fundados na liberdade e no desejo dos indivíduos. Assim, desde os tempos mais remotos, as pessoas estabelecem vínculos paterno/materno-filiais baseados na afetividade, no desejo de cuidar, de ensinar, de apoiar, de proteger, de estar junto, enfim, no desejo e na capacidade de amar.

Inobstante isso, ainda de forma natural, o critério biológico detém certa supremacia quando o assunto é vínculo paterno/materno-filial, pois concebemos primeiro a ideia de que o pai e a mãe são aqueles que doaram material genético, não nos atentando para o fato de que pai e mãe são conceitos distintos do conceito de genitor/genitora ou ascendente genético.

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a partir de qual ou de quais critérios se estabelece, de fato, o vínculo paterno/materno-filial, a fim de que se possa concluir se há preponderância de um critério sobre o outro – biológico e socioafetivo –, no que tange ao reconhecimento do efetivo estado de filiação.

As hipóteses a serem consideradas são (i) a prevalência do vínculo socioafetivo no caso em que o filho não possui vínculo socioafetivo com o genitor (pai biológico), mas possui um pai socioafetivo que também é o seu pai registral; e (ii) o reconhecimento do estado de filiação fundado na origem biológica no caso em que o filho não possui vínculo socioafetivo com o genitor (pai biológico), tampouco tem a paternidade reconhecida em registro público, nem possui um pai socioafetivo.

Para o alcance do objetivo proposto, será feita a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, em Repercussão Geral (Tema nº 622), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 de Santa Catarina, dos votos dos ministros nesse julgado, em especial o voto do Ministro Luiz Edson Fachin que abriu a divergência, além de outros julgados.

Assim, no primeiro capítulo abordaremos o conceito de parentalidade, termo que abrange tanto a relação paterna quanto a relação materna entre pais e filhos, bem como as fontes que podem dar origem ao vínculo paterno/materno-filial.

O segundo capítulo tratará da hipótese em que até hoje residem os anseios da sociedade quanto ao estado de filiação, que é a situação em que há a reunião dos vínculos biológico e socioafetivo em uma mesma figura parental, isto é, que genitor/genitora também seja pai/mãe – em que pese a já antiga possibilidade de não coexistirem ambos os vínculos na mesma figura parental, como na paradigmática hipótese da adoção.

O terceiro capítulo apresentará a possibilidade de se estabelecer a pluralidade de vínculos parentais, o que se conhece por “multiparentalidade” e foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 898.060/SC, representando grande avanço para o reconhecimento jurídico de vínculos parentais fáticos baseados exclusivamente na afetividade.

No quarto capítulo, será analisada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 898.060/SC, com especial atenção aos pontos fundamentais da tese fixada: (i) a ausência de preponderância entre um vínculo e outro para estabelecer a paternidade e (ii) a admissão da multiparentalidade.

Ainda no quarto capítulo, se analisará em que contexto a multiparentalidade passou a ser uma opção ao caso concreto, com destaque ao Princípio da Parentalidade Responsável e ao instituto da responsabilidade civil como forma de garantir a compensação de danos decorrentes da inobservância do referido princípio.

No quinto e último capítulo, será desenvolvido o ponto central deste trabalho, que versa sobre as hipóteses em que se mostra adequada a preponderância de um vínculo sobre o outro – socioafetivo e biológico – no reconhecimento do estado de filiação, com destaque à diferença entre os conceitos de reconhecimento do estado de filiação e direito ao conhecimento da identidade genética.

Por fim, ainda no quinto e último capítulo, será dedicado um subitem para tratar das razões que levam ascendentes e descendentes a buscarem o reconhecimento jurídico de estados de filiação e paternidade/maternidade com fundamento exclusivamente no elo biológico, resultando em verdadeiras demandas “argentárias”, “mercenárias” ou “frívolas”.

1 PARENTALIDADE

Substantivo formado a partir do adjetivo “parental”, por força do sufixo *-dade*. De acordo com Lisângela Simões, considera-se o valor semântico do sufixo *-dade*, isto é, o sentido que o termo carrega, como: “qualidade abstrata”; “estado”; “condição”; “característica”; “atributo”; “essência”; “existência de um estado qualquer”; “admiração”; “apreço”; “amor”; “ato efetivo”; “efeito”, “ideia de ação realizada”; “coleção”.¹

Rodrigo da Cunha Pereira, em seu Dicionário Ilustrado de Direito de Família, esclarece que o uso do termo “parentalidade” tem origem na psicanálise: *“Expressão historicamente nova, começou a ser usada na década de 1960, em textos psicanalíticos para marcar a dimensão e importância do exercício da relação de pais e filhos”*.²

Além disso, o mesmo autor ensina que:

Em Direito de Família, [parentalidade] traduz-se como a condição de quem é parente. É a relação de parentesco que se estabelece entre pessoas da mesma família, seja em decorrência da consanguinidade, da socioafetividade ou pela afinidade, isto é, o vínculo decorrente dos parentes do cônjuge/companheiro.³

No presente trabalho, contudo, vamos limitar o termo “parentalidade” para se referir somente ao estado de ser pai ou mãe, isto é, à relação que vem do primeiro grau da linha ascendente, conforme esclarece Claudio Luiz Bueno de Godoy: *“A expressão [parentalidade], real neologismo que se incorpora ao estudo do direito de família, se toma enquanto originária do adjetivo parental e de sua significação com que o relativo a pai e mãe”*.⁴

¹ SIMÕES, Lisângela. *Estudo semântico e diacrônico do sufixo -dade na língua portuguesa*. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8142/tde-04022010-161225/publico/LISANGELA_SIMOES.pdf. Acesso em: 09. jul. 2019. p. 58.

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 502.

³ Ibidem.

⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade*. In: TARTUCE, Flavio; SALOMÃO, Luís Felipe (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 611 (nota de rodapé 1).

Utilizaremos o termo “parentalidade”, também, porque é mais amplo que paternidade e maternidade, que se limitam ao estado de pai e ao estado de mãe, respectivamente.

Sobre isso, ao tratar da origem socioafetiva do vínculo entre pais/mães e filhos, Flávio Tartuce esclarece que:

No tocante à terminologia, a afetividade como requisito ensejador do parentesco civil também atinge a mãe, e não somente o pai. Por isso é melhor utilizar a expressão parentalidade socioafetiva, em sentido amplo, do que paternidade socioafetiva, em sentido estrito. Ora, com a realidade de troca de bebês em maternidade, no presente, já vem ocorrendo discussões sobre a maternidade socioafetiva.⁵

Destaca-se, todavia, que, até o presente momento, “parentalidade” não compõe o Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (VOLP), assim como “conjugalidade”, cuja formação tem a mesma origem que “parentalidade”, e cujo conceito está sempre associado ao conceito de “parentalidade”, no contexto jurídico das relações familiares.

Inobstante isso, o surgimento desse vocábulo se deu diante da necessidade do grupo social em designar de forma mais abrangente do que “paternidade” e “maternidade”, o estado, a qualidade, a condição de mãe ou de pai, sobretudo com o interesse de contemplar as relações parentais oriundas do vínculo socioafetivo.

Nesse sentido, esclarece Maria Aparecida Barbosa:

A formação do signo é como uma resposta às necessidades criadas por uma nova situação social. O grupo social, em determinado momento de sua existência, tem necessidade de formar um novo signo, ou criando uma grandeza-signo inteiramente nova (ste/sdo), ou atribuindo um novo significado a um signo já existente.⁶

Observa-se que, assim como as regras originadas dos costumes levam tempo para serem contempladas em um dispositivo legal, também as palavras de uma língua, que surgem da necessidade dos falantes em designar algo, são primeiro introduzidas no repertório de seus falantes do que no vocabulário oficial.

⁵ TARTUCE, Flávio. *As verdades parentais e a ação vindicatória de filho*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/107.pdf>. Acesso em: 09. jul. 2019.

⁶ BARBOSA, Maria Aparecida. Apud SIMÕES, Lisângela. *Estudo semântico e diacrônico do sufixo – dade na língua portuguesa*. p. 88. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8142/tde-04022010-161225/publico/LISANGELA_SIMOES.pdf. Acesso em: 09. jul. 2019. p. 58.

Dessa forma, “parentalidade” ainda não existe no VOLP, mas já se encontra no vocabulário dos falantes de língua portuguesa, além de já ser um vocábulo introduzido em alguns dicionários de língua portuguesa, sendo certo que seu sentido é amplamente conhecido, notadamente, por profissionais da área do Direito de Família.

1.1 Tentativa Conceitual

Entende-se por “parentalidade” a relação entre pai ou mãe com os seus filhos, sendo mais abrangente que “paternidade” e “maternidade”, que se limitam, respectivamente, a designar a relação de pai com seus filhos e de mãe com seus filhos.

Como “parentalidade” não se limita à relação de pai com filho/filha, como é o caso de “paternidade”, nem somente à relação de mãe com filho/filha, como “maternidade”, optamos por utilizar o termo que abrange ambos os casos.

Sobre isso, observa-se que, no contexto das ações de reconhecimento de vínculos parentais, o termo “maternidade” é muito menos usado do que o termo “paternidade”.

Isso se dá, talvez, porque há muito menos discussão em torno da maternidade do que da paternidade, sobretudo por conta do princípio “*mater semper certa est*”, o qual já não se faz absoluto, tendo em vista os avanços das técnicas de reprodução humana assistida, mas, também, mitigado diante da possibilidade de troca de bebês em maternidades, o que não é algo novo.

Outra consideração relevante é a distinção entre os termos “pai/mãe” e “genitor/genitora”, considerando os diferentes papéis que cada um assume em relação aos filhos ou à prole.

Genitor/genitora não necessariamente exercem papel de pai/mãe, ao passo que pai/mãe podem ser ou não genitores. Enquanto genitor/genitora é simplesmente doador/doadora de material genético, as figuras de pai e mãe vão além e efetivamente exercem o papel atribuído a pai e mãe na criação dos filhos, independente de qualquer vínculo biológico.

Portanto, ao longo deste trabalho, não utilizaremos esses termos como sinônimos, mas atribuiremos a cada um deles o significado que entendemos mais adequado, conforme exposto: pai e mãe são quem cria, havendo ou não identidade genética; genitor/genitora é simplesmente doador/doadora de material genético, o que não necessariamente gera vínculo parental.

1.2 Relações de Parentesco

De acordo com o art. 1.593 do Código Civil: "*O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*". Mais adiante, o art. 1.595 do mesmo código estabelece que: "*Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade*".

O parentesco consanguíneo ou natural é aquele que tem origem no vínculo biológico: é considerado parente quem possui vínculo de sangue com alguém, até o 4º grau da linha colateral (primos, tios-avôs/avós e sobrinhos-netos).

Já o parentesco por afinidade se estabelece entre um cônjuge ou companheiro/companheira em relação aos parentes do outro cônjuge ou companheiros/companheiras. Isto é, são os parentes que a pessoa ganha quando estabelece uma relação conjugal ou convivencial com alguém, gerando os seguintes vínculos: sogra/sogro e nora/genro, na linha reta ascendente; padrasto/madrasta e enteados/enteadas, na linha reta descendente; e cunhados/cunhadas, na linha colateral ou transversal.

O parentesco civil, nos termos da lei, é o que se dá por "outra origem", que não a origem consanguínea, conforme estabelece o art. 1.593 do Código Civil: "*O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*".

Nota-se que, da leitura do art. 1.593 do Código Civil, é possível concluir que o parentesco por afinidade também pode ser considerado parentesco civil, pois sua origem não é consanguínea. Contudo, o legislador optou por definir essa espécie de parentesco no art. 1.595 e seus parágrafos, pelo que se presume alguma distinção em relação às demais, a qual vamos considerar neste trabalho.

A adoção é o exemplo clássico de parentesco civil, mas essa modalidade não se limita a um único exemplo. Nesse sentido, Flavio Tartuce ensina que:

Com a evolução do ser humano e, sobretudo, da sociedade, são admitidas outras formas de parentesco civil. Assim, deve-se ter em mente que a expressão “outra origem”, constante do art. 1.593, merece interpretação extensiva. Em outras palavras, o termo destacado traduz a ideia de que as relações de parentesco não se encaixam em rol taxativo (*numerus clausus*), mas em rol exemplificativo (*numerus apertus*).⁷

Dessa forma, doutrina e jurisprudência consideram que há parentesco civil em decorrência de técnica e reprodução assistida heteróloga, ou seja, quando se utiliza de material genético de terceiro, considerando, assim, a existência de parentesco civil entre o filho/filha e o pai/mãe que não contribuiu com seu material genético.

Nesse sentido, o Enunciado nº 103 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, estabelece que:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Da mesma forma, conforme já reconhecido pela doutrina no Enunciado nº 103 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, considera-se parentesco civil aquele que decorre do vínculo socioafetivo, cuja origem está na posse do estado de filho.

Da mesma forma, o Enunciado nº 256 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal estabelece que: “*A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil*”.

Sobre o conceito de posse do estado de filho, Paulo Lôbo sintetiza:

A posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, segundo as características adiante expostas, devendo ser contínua.⁸

⁷ TARTUCE, Flavio. *As verdades parentais e a ação vindicatória de filho*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/107.pdf>. Acesso em: 09. jul. 2019.

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filiacao+e+direito+a+origem+genetica%3A+uma+distincao+necessaria>. Acesso em: 11 set. 2019.

Assim, a posse do estado de filho se caracteriza pela presença de três elementos: o tratamento (*tractatio* ou *tractatus*), ou seja, alguém é tratado como filho/filha em certo núcleo familiar; a fama (*reputatio*), quer dizer, a condição de alguém como filho/filha em determinada família é socialmente reconhecida; e o nome (*nominatio*), isto é, aquele que se reconhece e é reconhecido como filho/filha faz uso do sobrenome da respectiva família.

Em relação ao nome, Flávio Tartuce esclarece que não se trata de elemento primordial para a caracterização da posse do estado de filho:

Alerte-se que é levado em conta não somente o nome registral civil, mas também o nome social, especialmente nos casos em que o filho é conhecido pelo pai perante a comunidade onde que vive, ou vice-versa. De toda sorte, frise-se que esse último elemento não é primordial para que a posse do estado de filhos e a consequente parentalidade socioafetiva estejam reconhecidas”.⁹

A dispensabilidade do elemento “nome” para a caracterização da posse do estado de filho fica evidente na tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 de Santa Catarina, Tema nº 622 de Repercussão Geral, que se constitui o grande paradigma no reconhecimento da socioafetividade como parentesco civil:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

Com isso, foi consolidado o entendimento de que a filiação socioafetiva é modalidade de parentesco civil, isto é, resultante de outra origem, que não a consanguinidade, mas da posse do estado de filho, cuja caracterização independe do elemento “nome”, tal como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ao destacar na tese que a paternidade socioafetiva pode ser ou não declarada em registro público.

1.3 Verdades Parentais

Conforme a doutrina de Flávio Tartuce¹⁰, é possível relacionar três hipóteses que fixam o vínculo jurídico parental, de acordo com a origem dos vínculos de

⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018. p. 1329/1330.

¹⁰ Idem. *As verdades parentais e a ação vindicatória de filho*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/107.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2019.

parentesco, tal como estabelecem os artigos 1.593 e 1.595 do Código Civil (natural, civil por afinidade).

1.3.1 Registral

A verdade registral é critério que estabelece o vínculo jurídico parental com base na declaração registrada perante o oficial de registro civil das pessoas naturais. Nesse sentido, considera-se pai e mãe aquele ou aquela que consta no registro de nascimento de uma pessoa como tal, até prova em contrário

O critério registral pode coexistir com o critério biológico, na medida em que aquele ou aquela que registrou o filho/filha como seu possuir vínculo consanguíneo com esse filho/filha.

Da mesma forma, o critério registral pode coexistir com a verdade socioafetiva, sem correspondência com o critério biológico, conforme se dá nos casos de “adoção à brasileira”, quando alguém registra como seu o/a filho/filha de outrem, assim como nos casos de troca de bebês.

Ainda, a verdade registral e a verdade socioafetiva podem coexistir fora da hipótese de “adoção à brasileira”, mediante o reconhecimento da filiação socioafetiva perante o Oficial De Registro Civil das Pessoas Naturais, conforme autoriza o Provimento nº 63 da Corregedoria Nacional de Justiça, recentemente alterado pelo Provimento nº 83 do mesmo órgão.

1.3.2 Biológica

A verdade biológica é critério que fixa o vínculo jurídico parental, fundamentado na relação de consanguinidade entre pais e filhos. Assim, presume-se que há relação paterno ou materno-filial, se houver o vínculo biológico, que pode coincidir com o critério registral.

1.3.3 Socioafetiva

A verdade socioafetiva é o critério que determina o vínculo parental com fundamento na posse de estado de filho, isto é, na exteriorização da relação entre

pais e filhos perante a sociedade e perante si mesmos, independente do vínculo biológico:

(...) o fato de o filho usar o nome do pai (*nomen*), ser tratado com as peculiaridades que permeiam a relação pai e filho (*tractus*), e também receber no meio social a referência de filho de determinada pessoa (*fama*), são indícios irrefutáveis da existência de paternidade socioafetiva.¹¹

Lembrando que o elemento “nome” não é primordial para a caracterização da posse do estado de filho.

Esse critério, assim como o registral e o biológico, estabelece o vínculo parental e, conforme já dito, pode coincidir com a existência do critério registral, se a filiação for reconhecida e registrada perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Entendemos, contudo, que tanto o critério registral, como o critério biológico, não devem ser considerados isoladamente diante de um caso concreto, cuja discussão tem por objeto o vínculo parental, tendo em vista que é possível haver identidade genética e registro civil, sem que, de fato, exista uma relação paterno/materno-filial.

Sobre isso, Flávio Tartuce assevera:

O elo que une as pessoas, em relação de parentalidade, é mais do que o elo de sangue. É um elo de amor, de companheirismo, de convivência espiritual, de apoio moral, de auxílio patrimonial, de divisão das alegrias e das tristezas do dia-a-dia. É um elo qualitativo e também quantitativo. É um elo de confiança conquistado com os anos. Nessa realidade, o vínculo biológico se transforma em um detalhe, apesar de que a busca da verdade biológica é um direito fundamental (direito à identidade genética).¹²

Dessa forma, vai se tornando evidente a prevalência do vínculo socioafetivo como definidor das relações parentais, conforme será abordado ao longo deste trabalho.

¹¹ DONIZETTI, Leila. *Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 18.

¹² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018. p. 1329/1330.

2 COEXISTÊNCIA DOS VÍNCULOS BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO NA MESMA RELAÇÃO PATERNO/MATERNO-FILIAL

A situação a que estamos acostumados é aquela em que há coexistência entre os vínculos biológico e socioafetivo na mesma relação paterno/materno-filial, isto é, há identidade entre genitor/genitora – quem doa material genético – e pai/mãe – quem exerce efetivamente esse papel.

Isso se dá porque a sociedade, presa ao determinismo de que pai e mãe necessariamente têm vínculo biológico com seus/suas filhos/filhas, ainda espera que o pai ou a mãe de alguém seja pai ou mãe “de sangue”, mesmo ciente de que há tempos pessoas são criadas por pai e mãe com os quais não têm vínculo biológico, ou que pessoas são legalmente adotadas, ou, ainda, que pessoas são geradas a partir de técnicas de reprodução humana assistida.

Ciente de tudo isso, a sociedade ainda espera que genitores e genitoras automaticamente se tornem pais e mães do fruto gerado a partir do ato sexual, como se ser pai e mãe fosse uma consequência lógica de gerar.

Todavia, nas palavras de João Baptista Villela¹³, “*ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de servir*”. E é nesse sentido que os pais e mães que carregaram adjetivos como “de criação”, “do coração” ou “adotivo/adotiva” tornam-se verdadeiros pais e mães, dignos de serem simplesmente pais e mães, sem qualquer adjetivo que possa diminuir a relação de amor incondicional estabelecida com seus filhos/filhas.

Assim, é possível afirmar que o vínculo paterno/materno-filial é totalmente de natureza socioafetiva e não biológica, pois existe independente da identidade genética, isto é, havendo vínculo biológico, é possível que a ele coexista o vínculo socioafetivo, mas se o vínculo biológico não existir, não há impedimento para a constituição do vínculo socioafetivo.

Quando existe o vínculo biológico entre genitor/genitora e prole, não necessariamente haverá uma relação paterno/materno-filial, pois esta exige a existência do vínculo socioafetivo, o qual é construído ao longo do tempo, na

¹³ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 21 mai 1979. p. 408.

convivência cotidiana do genitor/genitora com o filho/filha, reconhecendo-o/a como tal e sendo reconhecido/reconhecida como pai/mãe, apesar do vínculo biológico.

Segundo João Baptista Villela, o mero vínculo biológico não determina a relação paterno/materno filial:

(...) há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional. É neste, sobretudo, que a paternidade se define e se revela. O primeiro se resolve, em rigor, numa proposta, só depois de cuja aceitação surge verdadeiramente a paternidade.¹⁴

Nesse cenário, é cada vez mais comum que na mesma relação parental não comunguem ambos os vínculos (biológico e socioafetivo), sobretudo porque desde sempre filhos são abandonados e criados por pessoas com as quais não possuem vínculo biológico de filiação.

E na maioria dos casos são os homens que tendem a não estabelecer o vínculo de afeto com sua prole, próprio da relação parental. Em outras palavras, são os genitores homens que não adotam seus filhos/filhas e, conseqüentemente, não se tornam pais, mas somente doadores de material genético, conforme ensina Rodrigo da Cunha Pereira:

O elemento definidor e determinante da paternidade certamente não é o biológico, pois não é raro o genitor não assumir o filho. Por isso é que se diz que todo pai deve adotar o filho biológico, pois só o será se assim o desejar, ou seja, se de fato o adotar.¹⁵

Nesse sentido, observa-se que a relação paterno/materno filial pressupõe a existência do vínculo socioafetivo, independente do vínculo biológico, que não é determinante para o estabelecimento da relação entre pai/mãe e filhos, considerando que tal relação se constitui mesmo na ausência de vínculo biológico, como nos casos de adoção, em que o vínculo com os genitores é extinto.

Da mesma forma, apesar da identidade genética, nos casos de inseminação artificial heteróloga ou doação temporária de útero, por exemplo, não existe relação paterna/materno-filial entre o fruto gerado e o doador de sêmen ou a cedente de útero.

¹⁴ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 21 mai. 1979. p. 415.

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 139.

Diante disso, a sociedade já dispõe de subsídios suficientes para superar o determinismo que a faz esperar que pais/mães e filhos são necessariamente ligados por vínculos sanguíneos, uma vez que a adoção, as técnicas de reprodução humana assistida e a posse do estado de filho demonstram a prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico.

3 MULTIPARENTALIDADE

O vínculo socioafetivo encontra amparo no Código Civil que, em seu art. 1.593, diz: “*O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*”.

A possibilidade de se estabelecer o parentesco em decorrência de outra origem, que não seja a natural (ou biológica), possibilita a formação de vínculos baseados em situações de fato, pelas quais os próprios envolvidos se reconhecem como parentes e assim são reconhecidos na sociedade, pois a relação paterno/materno-filial “*não é um fato da natureza, mas um fato cultural*”.¹⁶

Considerando que a parentalidade, em síntese, é a relação entre pai/mãe com seus filhos, a multiparentalidade é a pluralidade do vínculo parental, isto é, do vínculo paterno ou materno em relação aos filhos. Em outras palavras, existe multiparentalidade quando na relação materno/paterno-filial há mais de um integrante na mesma linhagem (materna ou paterna).

Nesse sentido, há multiparentalidade quando, por exemplo, há dupla paternidade e única maternidade (dois pais e uma mãe); ou dupla maternidade e única paternidade (duas mães e um pai); ou, ainda, dupla maternidade e dupla paternidade (dois pais e duas mães), podendo ser três, quatro etc., se se considerar as famílias poliafetivas, por exemplo.

É importante deixar claro que a dupla paternidade ou a dupla maternidade por si sós não pressupõem a existência de multiparentalidade, pois no contexto das uniões e casamentos homoafetivos, naturalmente há dupla paternidade ou dupla

¹⁶ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 21 mai. 1979. p. 401.

maternidade, sem implicar em multiparentalidade, visto que há uma única linhagem (paterna ou materna).

Atualmente, é mais comum que a multiparentalidade se forme com a existência de um vínculo biológico e outro socioafetivo quanto à relação paterno/materno-filial. Ou seja: é possível ter um pai biológico e um pai socioafetivo, isto é, um pai que não possui vínculo biológico com os filhos, mas exerce a função de pai, e outro pai que possui vínculo biológico com os filhos e, igualmente, exerce a função de pai.

Geralmente, o vínculo socioafetivo de paternidade ou maternidade tem origem nas relações de “padrastio/madrastio”, isto é, nas relações entre padrastos/madrastas com seus enteados. Nesses casos, o/a padrasto/madrasta deixa de exercer seu respectivo papel e passa a figurar como verdadeiro/a pai/mãe de seus então enteados.

A hipótese gera multiparentalidade, se o/a enteado/enteada, agora filho/filha socioafetivo/socioafetiva, tiver outro pai/mãe, seja biológico/biológica, que é a situação mais comum, seja socioafetivo/socioafetiva – possibilidade que não pode ser descartada.

O reconhecimento da multiparentalidade é ponto pacífico na jurisprudência brasileira, com diversos acórdãos reconhecendo a existência concomitante de um vínculo biológico e outro socioafetivo na mesma relação paterno/materno-filial, tendo como maior paradigma a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 898.060/SC, que será analisada em capítulo próprio.

A situação está tão bem consolidada em nossa sociedade, que é possível até mesmo o reconhecimento administrativo, ou seja, em cartório, da maternidade ou paternidade socioafetiva, ainda que gere multiparentalidade, conforme autoriza o Provimento nº 63/2017 da Corregedoria Geral de Justiça, alterado recentemente pelo Provimento nº 83/2019 do mesmo órgão.

Portanto, a multiparentalidade, que na prática das relações paterno/materno-filiais já se fazia real, hoje, é uma realidade registral, capaz de gerar todos os efeitos que decorrem da relação entre pais/mães e filhos/filhas, sejam existenciais ou patrimoniais.

4 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 898.060 DE SANTA CATARINA

Em setembro de 2016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 898.060 de Santa Catarina, com Repercussão Geral conhecida (Tema nº 622), fixando a seguinte tese para ser aplicada em casos semelhantes:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

No caso concreto, em meados de 2003, a filha, então com 19 (dezenove) anos de idade, registrada e criada por um homem que não era seu genitor, mas seu pai socioafetivo, portanto, decidiu ingressar com ação de investigação de paternidade contra o seu genitor (“pai” biológico).¹⁷

Sem qualquer possibilidade de se decidir pela multiparentalidade à época, porquanto a discussão sobre a hipótese ainda era embrionária, o pedido foi julgado procedente, reconhecendo a filiação biológica com todos os seus efeitos, inclusive com a retificação do registro civil.

Inconformado, o genitor apelou ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que deu provimento ao seu recurso por maioria de votos, sob o fundamento de que a filiação biológica não poderia ser reconhecida em razão da existência do vínculo socioafetivo.

Diante da divergência no julgamento da apelação, foram opostos embargos infringentes, aos quais, em 2013, foi dado provimento para manter a sentença que julgou procedente o pedido da filha, prevalecendo o vínculo baseado na origem biológica.

Ainda inconformado, o genitor interpôs Recurso Extraordinário, o qual foi julgado em 2016, quando a filha já contava com 33 (trinta e três) anos de idade.

¹⁷ “(...) por ocasião do seu nascimento, em 28/8/1983, a autora foi registrada como filha de I. G., que cuidou dela como se sua filha biológica fosse por mais de vinte anos”. – Trecho do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, RE 898.060/SC.

Na ocasião, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que não há prevalência entre os vínculos de filiação biológico e socioafetivo, e, ainda, reconheceu a possibilidade jurídica da multiparentalidade, que já era defendida há tempos pela doutrina.

Passemos, então, à análise dos dois pontos fundamentais da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

4.1 Ausência de preponderância de um vínculo sobre o outro para reconhecer a paternidade

No caso concreto, o pai biológico, então recorrente, sustentava a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica, levando a maioria da Corte a entender que ele estava tentando escapar de suas responsabilidades.

Nesse contexto, coube ao Supremo Tribunal Federal decidir o seguinte: “*nos casos em que há vínculo parental previamente reconhecido, quais os efeitos jurídicos da descoberta posterior da paternidade biológica*”.¹⁸

Assim, ficou definido pelo Supremo Tribunal Federal que a descoberta posterior de uma paternidade biológica gera todos os efeitos jurídicos (nome, alimentos, sucessão), mesmo que haja uma paternidade socioafetiva concomitante, pois tanto o vínculo socioafetivo quanto o vínculo biológico gera o estado de filiação, independente da situação fática em que ascendente e descendente genéticos não se reconhecem como pai e filho/filha, como era no caso concreto.

Em seu voto, o Ministro Relator Luiz Fux, esclarece que o critério estabelecido para definir que um vínculo não se sobrepõe ao outro é o melhor interesse do descendente: “*(...) descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos*”.

Ou seja: se for interessante para o filho ter duas paternidades reconhecidas, ainda que uma delas, na prática, seja inexistente, assim será feito. Mas se for mais vantajoso manter somente a paternidade socioafetiva, dessa forma será. Da mesma

¹⁸ Delimitação da controvérsia feita pelo Ministro Relator Luiz Fux, antes de iniciar o seu voto.

maneira, se for mais útil ter reconhecida somente a paternidade biológica, assim será dado.

4.2 Admissão da multiparentalidade

Além de estabelecer a igualdade entre os vínculos biológico e socioafetivo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 898.060/SC, reconheceu a possibilidade da concomitância de vínculos parentais biológico e socioafetivo.

A decisão pela multiparentalidade, embora não houvesse qualquer pedido nesse sentido, se deu diante da manifesta impossibilidade de se desconsiderar o vínculo socioafetivo consolidado ao longo do tempo, conforme ficou evidente em todos os votos.

Além disso, a opção pela multiparentalidade, que culminou na manutenção do vínculo parental socioafetivo e no reconhecimento do vínculo de origem biológica, pareceu estar acompanhada de uma intenção de punir o genitor pelo não reconhecimento da paternidade na ocasião do nascimento da filha, e, sobretudo, pela manifesta resistência ao pedido inicial.

Extraí-se essa conclusão da observância de alguns votos que seguiram a conclusão do Ministro Relator, em especial os votos do Ministro Dias Toffoli, que chegou a dizer de forma incisiva: *“fez o filho, tem obrigação”*; e do Ministro Marco Aurélio Mello, que declarou: *“busca-se no Supremo Tribunal Federal a paternidade biológica inconsequente”*.

O Relator, por sua vez, fez referência a um precedente do direito comparado, com os seguintes dizeres:

(...) aceitação, pelo pai presumido, intencionalmente ou não, das responsabilidades paternas, não garante um benefício para o pai biológico.
(...) O pai biológico não escapa de suas obrigações de manutenção do filho meramente pelo fato de que outros podem compartilhar com ele da responsabilidade.

Entendemos muito acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de se reconhecer a concomitância de vínculos: biológico e socioafetivo, ou seja, a multiparentalidade.

Ousamos discordar apenas da aplicação ao caso concreto, nos mantendo coerente ao entendimento de que *“todo pai deve adotar o filho biológico, pois só o será se assim o desejar, ou seja, se de fato o adotar”*.¹⁹

Com efeito, no caso posto em discussão no Supremo Tribunal Federal, uma pessoa, registrada e criada como filha por um homem com o qual não possuía vínculo biológico, buscava o reconhecimento da paternidade biológica por parte de um homem com o qual nunca possuiu qualquer vínculo afetivo, ou seja, seu genitor, que nunca foi seu pai, bem como a desconstituição do vínculo com o pai socioafetivo, que também figurava como seu pai registral.

Considerando que ao longo da vida essa pessoa teve um pai registral e socioafetivo, entendemos que a solução pela multiparentalidade não seria a mais adequada ao caso, diante da inexistência de qualquer vínculo afetivo com o genitor, que para ser pai deve adotar a prole, ou seja, desejar sê-lo agindo como tal, conforme assevera João Baptista Villela: *“Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é”*.²⁰

Nesse sentido, destaca-se trecho do voto do Ministro Edson Fachin, no julgamento do RE nº 898.060/SC, que abriu a divergência, esclarecendo que a existência de ambos os vínculos – socioafetivo e biológico – não conduz automaticamente à multiparentalidade, tendo em vista que a concretização do estado de filiação requer a existência de vínculo socioafetivo também com o genitor/genitora:

O direito de ser filho independe da origem do parentesco. Esse raciocínio conduz a uma conclusão preliminar: são filhos, com igual direito de serem filhos, os filhos matrimoniais, extramatrimoniais, consanguíneos, adotivos ou socioafetivos. Essa conclusão, em meu ver, não leva automaticamente à afirmação de que a parentalidade pode se estabelecer simultaneamente para a mesma pessoa com base em múltiplos critérios. Não conduz automaticamente; é possível conduzir, mas não se dá ipso facto, automaticamente, [pois] o parentesco parte da realidade da vida, mas não deixa de ser conceito jurídico. É nesse sentido que resulta a expressão relacional em que se funda a paternidade. A realidade do parentesco não se confunde exclusivamente com o liame biológico.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 139.

²⁰ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 21 mai. 1979. p. 414.

João Baptista Villela assevera que o indivíduo tem condições de exercer o seu livre arbítrio quanto à possibilidade de procriar ou não. Da mesma forma, escolhe se estabelecerá alguma relação ou não com o ser gerado:

O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua absoluta rejeição.²¹

Por outro lado, não parece razoável admitir que o/a genitor/genitora que abandonou a prole seja isento de responsabilidade, especialmente no caso em que o/a filho/filha não tenha estabelecido vínculo parental socioafetivo com outro/a.

Com efeito, a Constituição Federal consagrou o Princípio da Paternidade Responsável – hoje, mais adequado chamar de “Parentalidade Responsável”, abrangendo tanto a responsabilidade da mãe quanto a responsabilidade do pai –, no qual está fundado o planejamento familiar, que é de livre decisão, conforme estabelece o art. 226, § 7º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Contudo, a paternidade atribuída com a intenção de responsabilizar o/a genitor/genitora que abandonou a sua prole, é totalmente ficta e aparenta ser ato de vingança e não de justiça, conforme ficou claro nos comentários dos Ministros Toffoli e Marco Aurélio, respectivamente: “*fez o filho, tem obrigação*”; “*busca-se no Supremo Tribunal Federal a paternidade biológica inconsequente*”.

Assim, na hipótese de ter havido danos em decorrência da ausência do genitor na qualidade de pai, se deve buscar a reparação segundo as regras da responsabilidade civil, se o causador do dano estiver vivo ou morto – hipótese na qual eventual indenização se constituirá em crédito contra a herança, conforme ensina Paulo Lôbo:

²¹ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 21 mai. 1979. p. 401.

Pensamos que, para harmonizar o princípio da imutabilidade do estado de filiação, decorrente da posse de estado, com a possível pretensão patrimonial, pode-se encontrar solução dentro do sistema jurídico existente, máxime com recurso à reparação civil. Com efeito, a Constituição (artigo 229) estabelece que os pais têm o dever de criar, educar e assistir os filhos menores. A não assunção da paternidade (ou maternidade) do descendente biológico (salvo no caso de dação de sêmen), cuja filiação foi assumida apenas pela mãe e, depois, pelo pai socioafetivo, implica inadimplemento de dever jurídico, que se resolve com a reparação civil correspondente. Se o genitor biológico for vivo, deve responder pelo equivalente ao valor que teria de arcar com a criação, educação e assistência do filho não reconhecido, de acordo com suas condições econômicas, até a maioridade deste. Se morto for, o mesmo valor pode consistir em crédito contra a herança, pois significa dívida deixada pelo de cujus.²²

No mesmo sentido, é a lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy, que ressalta, inclusive, que a atribuição do estado de filiação não é capaz de reparar eventual dano decorrente de abandono:

Algo diverso são eventuais consequências indenizatórias, se o caso, resultante de pretensão ilícito cometido sobre a história de quem – e como – privado do conhecimento de sua origem genética. Tal o que, reitera-se, não se repara pelo reconhecimento de efeitos próprios de uma parentalidade que não se estabelece apenas pelo vínculo genético e mediante o direito de se conhecer essa origem.²³

(...) a paternidade ou maternidade (...) não podem desempenhar papel reparatório de quem foi vítima da omissão sobre sua própria história, ao que acodem, conforme o caso, os instrumentos da responsabilidade civil.²⁴

A solução parece razoável para quem se sentiu lesado pelo descumprimento do dever de criação e educação que é conferido aos pais em relação aos filhos (art. 227 da Constituição Federal), notadamente quem não teve um pai socioafetivo ou mãe socioafetiva no lugar do genitor/genitora que deveria exercer o papel de pai/mãe.

Acerca da indenização por abandono afetivo, destaca-se decisão singular proferida em Primeiro Grau de Jurisdição na Comarca de Mogi das Cruzes/SP, pela Juíza de Direito Gláucia Fernandes Paiva, contra a qual não houve recurso, em ação que tramitou em segredo de justiça.²⁵

²² LOBO, Paulo. *Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação*. Revista Consultor Jurídico. 14 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade*. In: TARTUCE, Flavio; SALOMÃO, Luís Felipe (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 620.

²⁴ Op. Cit. p. 624.

²⁵ Por essa razão, o número do processo não é revelado neste trabalho.

Tratou-se de ação de indenização por abandono afetivo ajuizada por dois adolescentes contra o pai. No caso, os adolescentes foram adotados por esse pai e pela mãe, quando tinham quatro e cinco anos de idade, respectivamente. Segundo consta da decisão, após dois anos da adoção, o casal dissolveu a união estável. A partir desse momento, o pai também dissolveu o vínculo parental com os filhos, embora manteve o cumprimento do dever de sustento, pagando pensão alimentícia, bem como o plano de saúde. Cinco anos após o abandono, os filhos ingressaram com a ação indenizatória.

Observa-se nesse caso duas peculiaridades que não afastaram a responsabilização do pai: o período de tempo em que o pai se manteve afastado dos filhos (cinco anos, desde a separação do casal até a propositura da ação), que é relativamente curto; e o cumprimento do dever de sustento pelo pai durante o período de afastamento, com o pagamento de pensão alimentícia e plano de saúde, que indica a inexistência de abandono material.

Dessa forma, nos termos da regra geral de que quem causa dano a outrem é obrigado a repará-lo, a responsabilização do/da genitor/genitora que abandona é plenamente possível pela via da responsabilidade civil, e mais adequada do que a imposição da paternidade apenas para surtir os efeitos patrimoniais, em manifesta opção pela vingança e não pela justiça.

Em caso de genitor/genitora falecido/falecida, é razoável até sugerir uma indenização partindo do valor de eventual quinhão hereditário, se se tratar de quantia monetariamente expressiva, a fim de efetivamente compensar o dano que a ausência possa ter causado.

Tudo isso porque, na realidade, nunca se constituirá um vínculo parental verdadeiro entre pai/mãe e filho/filha, ainda que sob imposição de uma decisão judicial, se as partes envolvidas não detiverem primeiro a posse do estado de pai/mãe e filho/filha.

Em outras palavras, não é a decisão judicial, assim como não é o registro nem o vínculo genético por si só que estabelecerão o verdadeiro vínculo paterno/materno-filial, constituído pela socioafetividade, conforme assevera Paulo Lôbo: “os *laços de*

afeto que se constroem entre pais e filhos não dependem de imposição da natureza (origem biológica) ou de imposição da lei".²⁶

Da mesma forma, destaque-se a citação da manifestação da Promotora de Justiça em ação de reconhecimento de paternidade, em que o pedido foi julgado improcedente e a sentença mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No caso, o genitor buscava reconhecer paternidade fundada em vínculo biológico. Contudo, a filha já adolescente, estabelecera vínculo paterno-filial com o cônjuge da mãe, bem como não possuía qualquer interesse em se relacionar com o genitor.

Nesse contexto, no âmbito do recurso de apelação interposto pelo genitor, o Desembargador Relator citou trecho da manifestação da Promotora de Justiça nos autos, na qual se esclarece que a imposição da paternidade biológica não é capaz de gerar vínculo afetivo:

(...) do mesmo modo que a imposição da paternidade biológica não pode automaticamente estabelecer os laços afetivos, a improcedência desta ação não tem o condão de criar uma barreira intransponível entre as partes. Cabe ao requerente reparar sua omissão e retratar-se com requerida.²⁷

No mesmo sentido, João Baptista Villela destaca a impossibilidade de se obrigar a constituição de um vínculo paterno/materno-filial, ressaltando, por outro lado, a possibilidade da responsabilidade civil:

O equívoco a que antes me referida, a propósito da investigação de paternidade, está, pois, em não se distinguir que posso obrigar alguém a responder patrimonialmente pela sua conduta – seja esta o descumprimento de um contrato, a prática de um ilícito ou o exercício de uma atividade potencialmente onerosa, como o ato idôneo à procriação – mas não posso obrigar, quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Simplesmente porque é impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria ideia de paternidade. Tem tanto esta de autodoação, de gratuidade, de engajamento íntimo, que não é suscetível de imposição coativa.²⁸

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação* In CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (organ.). *Família e sucessões: relações de parentesco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4). p. 386.

²⁷ TJSP; Apelação Cível 0012813-56.2013.8.26.0664; Relator: Araldo Telles; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votuporanga – 5ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 25/06/2019; Data de Registro: 04/07/2019.

²⁸ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 21 mai. 1979. p. 414.

Por esses motivos é que se entende que, no caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, não pareceu mais adequada a opção pela multiparentalidade – embora, acertadamente, se manteve o vínculo socioafetivo –, pois houve o reconhecimento do vínculo biológico, atribuindo todos os efeitos decorrentes da relação paterno/filial que, nunca existiu nem tem expectativa de existir, tendo em vista o alto grau de litigiosidade entre as partes.

Nesse cenário, a paternidade reconhecida é ficta, já que genitor e descendente não ostentam a posse do estado de pai e de filha, além de que a intenção dos julgadores foi a de punir o genitor que abandonou a descendente, optando por vingança e não por justiça, quando poderiam responsabilizá-lo nos termos da lei.

É importante ressaltar, contudo, que não se defende o desfecho sugerido aqui para o caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal – cuja filha já era uma pessoa adulta – às situações que envolvem crianças e adolescentes não reconhecidas pelo genitor e que não possuem pai socioafetivo.

Primeiro porque, por conta da idade, é possível exigir do genitor o cumprimento de todos os deveres decorrentes do poder familiar; e segundo porque, também por conta da idade, é plausível que se estabeleça o vínculo paterno-filial com o genitor, mesmo diante de uma resistência inicial quanto ao reconhecimento da paternidade, que tenha dado causa a uma ação.

Contudo, mesmo nesses casos, certo é que não há garantia para que se estabeleça o vínculo paterno-filial entre genitor e prole, pois “*a filiação biológica não é nenhuma garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação*”²⁹, podendo a paternidade, nesse caso, se revelar algo meramente patrimonial, surtindo somente efeitos dessa natureza, e a relação entre genitor e prole suscetível a experimentar os piores sentimentos.

Sobre isso, João Baptista Villela adverte:

Assim, **a lei e a justiça desrespeitam gravemente uma criança quando lhe dão por pai quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição. Um ser com todos os vícios e crimes, mas que aceite verdadeiramente a paternidade, é preferível àquele que a recuse, ornado embora de todos os méritos e virtudes, se se tomar como critério o bem da criança. Imagine-se cada um tendo como pai ou mãe quem só o é por**

²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215.

imposição da força: ninguém experimentará mais viva repulsa, nem mais forte constrangimento.³⁰

Inobstante isso, em se tratando de crianças e adolescentes, para atender ao Princípio do Melhor Interesse do Menor, bem assim ao Princípio da Paternidade Responsável, entende-se plenamente adequado o reconhecimento da filiação biológica, mesmo que não haja previamente estabelecido vínculo paterno/materno-filial entre genitor e prole, tendo em vista a possibilidade de se estabelecê-lo e a possibilidade de se exigir o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar.

5 HIPÓTESES DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DE VÍNCULOS PARENTAIS BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO

5.1 Existência de vínculo biológico sem socioafetividade com o genitor/genitora e existência de vínculo socioafetivo com pai/mãe socioafetivo/socioafetiva

A hipótese se refere à situação em que o/a filho/filha não tem vínculo socioafetivo com o/a genitor/genitora, mas tem um/uma pai/mãe socioafetivo/socioafetiva, isto é, quem verdadeiramente exerce o papel de pai/mãe, suprimindo a ausência do genitor/genitora no exercício da função parental. É a filiação baseada na posse do estado de filho.

5.1.1 Prevalência do vínculo socioafetivo sobre o vínculo biológico

Considerando essa hipótese, ousamos discordar do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, para defender que o vínculo socioafetivo prevalece sobre o biológico, quando não há o estabelecimento de qualquer vínculo socioafetivo com o genitor/genitora, impedindo-o/a de ser considerado/a pai/mãe em sua essência.

³⁰ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 21 mai. 1979. p. 414.

Isso porque, mantendo-nos coerentes ao que foi exposto no Capítulo 2 deste trabalho, “*todo pai deve adotar o filho biológico, pois só o será se assim o desejar, ou seja, se de fato o adotar*”.³¹

Nesse sentido, “*Pais biológicos que não estabelecem esse vínculo ou que não vivem em comunidade com a criança, são, para os sentimentos desta, nada mais que estranhos*”.³²

Com isso, queremos dizer que o vínculo biológico é irrelevante ao estabelecimento da relação paterno/materno-filial, a qual não decorre do vínculo biológico, mas, sim, do vínculo socioafetivo, podendo, contudo, ambos os vínculos, biológico e socioafetivo, coexistirem entre as mesmas figuras, conforme exposto no Capítulo 2.

Do contrário, não pode ser considerado/a pai/mãe, mas somente doador de material genético, o que não é determinante para o estabelecimento do vínculo paterno/materno-filial, como fica claro nos casos de doação de sêmen e de útero, por exemplo.

Assim, é possível dizer que o vínculo biológico não tem qualquer importância para a relação paterno/materno-filial, cuja constituição depende somente do vínculo socioafetivo, a exemplo dos casos de adoção e inseminação artificial heteróloga.

João Baptista Villela vai além e destaca situações em que a própria lei claramente não se importa com a verdade biológica, como nos casos em que prevê a presunção da legitimidade de filho gerado por mulher casada³³, a tutela e a adoção:

A independência entre a linha jurídica a biológica em matéria de paternidade deixa-se também surpreender pela abordagem inversa. São inúmeras as situações previstas em lei, nas quais a paternidade é atribuída a quem bem pode não ser o pai biológico ou a quem manifestamente não o é. Recordar-se a presunção de legitimidade da prole nascida de mulher casada, admitida nos arts. 339 e seguintes do Código Civil Brasileiro. Aqui a lei não favorece em nada a verdade biológica. Quer, antes, o favor da legitimidade, em cujo benefício sacrifica a apuração da primeira. Recorde-se o instituto universal

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 139.

³² GOLDSTEIN, Joseph *et alii* Apud VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 21 mai. 1979. p. 415.

³³ Atenta-se que o atual Código Civil, em consonância com a igualdade entre os filhos estabelecida pela Constituição Federal (art. 227, § 6º), não traz a questão da presunção de legitimidade de filho, mas somente a presunção de paternidade, nos termos do art. 1.597 e seguintes.

da tutela, que, embora não constituindo propriamente uma espécie de paternidade, participa estruturalmente de seu caráter. E recordem-se, sobretudo, os institutos da adoção e da legitimação adotiva, cuja evolução mais recente, tomados em seu conjunto, está fortemente marcada pelos propósitos de crescente assimilação com a paternidade de origem biológica: progressiva redução da idade mínima para adotar; favorecimento da adoção por casais; redução da idade mínima para ser adotado, a que se liga, em natural desdobramento, a sugestão de se admitir o assentimento pré-natal à adoção; completa extinção do parentesco anterior do adotado e sua integral inserção jurídica na nova família, cujos vínculos parentais passa a assumir, tal como ocorre na República Federal da Alemanha, a partir de 1977. Tudo isso talvez se pudesse resumir na tendência, historicamente verificável, em se levar às últimas consequências a velha máxima *adoptio naturam imitatur*.³⁴

Na mesma linha, o Enunciado nº 111 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal deixa claro quanto à inexistência de qualquer vínculo paterno/materno-filial entre a pessoa adotada e seus genitores, assim como entre a pessoa gerada a partir de técnicas de reprodução heteróloga e os doadores de material genético:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Quanto à presunção de paternidade prevista no art. 1.597, inc. V, do Código Civil (inseminação artificial heteróloga), Rodrigo da Cunha Pereira analisa que, a partir desse momento, “*desprezou-se o vínculo biológico, privilegiando-se, por conseguinte, o afetivo*”:

A partir do momento em foi admitida a presunção de paternidade de filho advindo de reprodução artificial heteróloga – cujo material genético é de terceiro – desprezou-se o vínculo biológico, privilegiando-se, por conseguinte, o afetivo, pois é a autorização do pai que garante a filiação e todas as responsabilidades a ela inerentes, inclusive advindas do poder familiar.³⁵

Tudo isso demonstra que o vínculo biológico não é determinante para o estabelecimento de relações paterno/materno-filiais, ao contrário do vínculo

³⁴ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 21 mai. 1979. p. 406.

³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 217.

socioafetivo, que é capaz de estabelecer relação paterno/materno-filial, independente de identidade genética.

Recentemente, em decisão já citada neste trabalho, proferida em ação de reconhecimento de paternidade, proposta, portanto, pelo suposto genitor (“pai” biológico) de uma adolescente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a sentença de improcedência do pedido e negou provimento ao recurso do autor:

Reconhecimento de paternidade. Ação proposta pelo pai biológico. Não basta, para o acolhimento do pleito, a prova da verdade genética, havendo de se demonstrar a inexistência de filiação afetiva. Hipótese em que a menor, agora com 16 (dezesesseis) anos, foi acolhida pelo padrasto desde os primeiros meses de vida, considerando-o como pai, com intenso laço afetivo. Prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir o interesse da menor. Improcedência mantida. Recurso desprovido.³⁶

Observa-se da ementa do acórdão que o Tribunal estabeleceu categoricamente que a paternidade socioafetiva prevalece sobre a biológica no presente caso.³⁷

Na fundamentação, diz-se expressamente que a paternidade socioafetiva impede o reconhecimento da paternidade biológica: “*A conclusão, portanto, é da existência de paternidade socioafetiva suficientemente caracterizada, que impede o reconhecimento da biológica*”.

Mantendo a coerência de nosso posicionamento, concordamos com essa conclusão, mas a assertiva conflita com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 898.060/SC, que é clara ao dizer que: “*A paternidade socioafetiva (...) não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica*”.

Nessa linha, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que “*o vínculo sanguíneo, por si só, não é suficiente para se admitir a paternidade*”. No caso

³⁶ TJSP; Apelação Cível 0012813-56.2013.8.26.0664; Relator: Araldo Telles; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votuporanga – 5ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 25/06/2019; Data de Registro: 04/07/2019.

³⁷ Destaca-se que a decisão se encaixa apenas e tão somente ao caso concreto, pois, tendo em vista as peculiaridades de demandas dessa natureza, não é possível estabelecer uma fórmula a ser aplicada em todos os casos que envolvam filiação biológica e socioafetiva. Outra opção aqui seria reconhecer a paternidade biológica, mantendo-se a socioafetiva, com o resultado multiparentalidade, como se decidiu no julgamento do RE 898.060/SC (nunca afastar a paternidade fundada em vínculo socioafetivo, o qual não se desfaz). Contudo, as peculiaridades do caso exigiram o afastamento da pretensão inicial que era a de reconhecer a paternidade fundada no vínculo biológico.

concreto, o abandono da filha pelo genitor se deu ainda no estado de gestação. Quando a criança contava com poucos meses, a mãe estabeleceu vínculo conjugal com uma pessoa que passou a exercer o papel de pai da criança.

No caso, o genitor era um total estranho para a filha, havendo-se constatado em estudo social “*ausência completa de afeto da menor com o autor, a quem nutre rejeição*”.

A falta de interesse da filha em se relacionar com o genitor foi o ponto que, conjugado à existência de demonstrada paternidade socioafetiva, levou à improcedência do pedido e a sua manutenção pelo tribunal:

A menor, ao ser ouvida, disse que não pretende qualquer vínculo afetivo com o autor, deixando claro que tem como pai R. e, também, que gostaria muito de ter em sua certidão de nascimento o nome do padrasto, como consta nos registros dos seus irmãos menores (K. e R.).

(...)

De realce que a improcedência, aqui, leva em consideração os superiores interesses da menor, que recusa a paternidade biológica, não havendo, pois, descumprimento do que decidiu a C. Suprema Corte no RE RG ARE 692.186/PB.³⁸

Observa-se desse trecho que se tenta afastar o conflito com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o argumento de que a prevalência do vínculo socioafetivo, nesse caso em especial, se deu porque atendia ao melhor interesse da menor envolvida, que recusava o genitor.

Contudo, constou claramente no voto que, além do fato de a filha rejeitar o genitor, a paternidade socioafetiva impedia o reconhecimento da biológica, em manifesta contrariedade à tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

A nosso ver, a existência de filiação socioafetiva, por si só, é capaz de afastar a possibilidade de se reconhecer paternidade fundada somente no vínculo biológico, isto é, paternidade ficta, meramente vínculo genético, pois desprovida de qualquer vínculo socioafetivo, não havendo a necessidade, no presente caso, da expressa recusa da filha em relação ao genitor.

Todavia, e sobretudo após o julgamento do RE nº 898.060/SC, mas desde antes, o que se nota na jurisprudência não é a prevalência de um vínculo parental em

³⁸ TJSP; Apelação Cível 0012813-56.2013.8.26.0664; Relator: Araldo Telles; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votuporanga – 5ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 25/06/2019; Data de Registro: 04/07/2019.

detrimento do outro, mas a prevalência do interesse dos descendentes sobre os interesses dos genitores, independente de serem os descendentes menores ou não.

Por isso é que, no contexto de ações negatórias de paternidade, seja socioafetiva com registro público, seja biológica, o Superior Tribunal de Justiça tende a decidir pelo indeferimento do pedido, criando resultado mais favorável ao descendente, ao passo que, em ações de investigação de paternidade biológica, mesmo havendo comprovada paternidade socioafetiva, sempre se atendeu aos anseios dos descendentes.

Ao comentar sobre a inexistência de supremacia entre uma origem e outra da filiação, Paulo Lôbo reflete a jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça:

“Todavia, no STJ, algumas decisões mitigaram o alcance desse entendimento, ainda que fazendo ressaltar a igualdade jurídica das parentalidades biológicas e socioafetivas, em circunstâncias determinadas. Assim, entendeu-se que a parentalidade socioafetiva prevaleceria contra o pai ou a mãe que pretendesse desfazê-la, mas não contra o filho, pois este poderia fazer prevalecer a parentalidade biológica, dado a que não teria manifestado sua vontade para aquela, em situações conhecidas como de “adoção à brasileira”, quando o declarante no registro público não é o genitor biológico.”³⁹

Ainda sobre a prevalência do interesse do descendente e não de um vínculo parental sobre outro, observa-se que no julgamento do RE nº 898.060/SC, decidiu-se pela multiparentalidade, não havendo prevalência de um vínculo sobre o outro, pois esse resultado era o que favorecia a demandante que era a filha. Portanto, prevaleceu o interesse da descendente.

Ressalte-se, nesse caso, que a filha abriu mão do vínculo socioafetivo, pleiteando o reconhecimento da paternidade fundada no vínculo biológico. Contudo, diante da impossibilidade de se desconstituir um vínculo pautado na socioafetividade, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela multiparentalidade, mantendo-se o vínculo inquebrável (socioafetivo) e reconhecendo a paternidade biológica fundada em vínculo genético – situação que beneficiava a filha.

Por outro lado, no caso citado há pouco, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (processo nº 0012813-56.2013.8.26.0664), não se reconheceu

³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Parentalidade Socioafetiva e Multiparentalidade. Questões atuais*. In: TARTUCE, Flavio; SALOMÃO, Luís Felipe (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 600.

a paternidade biológica, cujo reconhecimento fora pleiteado pelo genitor, prevalecendo o vínculo socioafetivo mantido entre a filha e o padrasto.

O resultado dessa decisão nos parece correto, todavia, ousamos discordar apenas de se ter considerado como razão da decisão também o fato de a filha rejeitar a figura do genitor, quando, na verdade, a existência da filiação socioafetiva, por si só, deveria ser capaz de afastar o reconhecimento de paternidade fundada exclusivamente no vínculo biológico.

Nota-se que, nesse caso, o desfecho foi outro em relação ao que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, pois, no caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o vínculo biológico foi desprezado. Todavia, as razões de ambas as decisões foram as mesmas: o interesse das filhas.

No mesmo sentido, o referido acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo faz menção à decisão proferida no REsp nº 1.167.993/RS, na qual o Ministro Relator Luís Felipe Salomão deixa clara a opção preferencial pelos interesses dos filhos em ações em que se discute a filiação:

De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva.⁴⁰

Na mesma linha, foi a decisão sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp nº 1.274.240/SC, ao vincular a prevalência do vínculo socioafetivo a interesses exclusivamente do filho:

Entretanto, é importante mencionar que a prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.

(...)

Por outro lado, se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.

⁴⁰ REsp nº 1.167.993/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 15/03/2013.

(...) se a pretensão for investigatória e advier da própria vontade do filho interessado, lhe é assegurado o direito à verdade e a todas as suas consequências, incluindo as de caráter patrimonial.⁴¹

Em decisão mais recente, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no REsp nº 1.674.849/RS, a filha menor, representada pela mãe, buscava o reconhecimento da paternidade biológica, havendo estabelecido vínculo socioafetivo com o pai registral. No caso, a pretensão foi afastada, com fundamento no Princípio do Melhor Interesse da Criança, tendo em vista que, segundo constatou o estudo social, o pai biológico não tinha interesse em estabelecer qualquer vínculo com a filha, bem como com fundamento no fato de que também se constatou que se tratava de uma demanda da própria mãe, que estaria se valendo da filha como instrumento para alcançar seus objetivos:

O propósito recursal diz respeito à possibilidade de concomitância das paternidades socioafetiva e biológica (multiparentalidade).

(...)

O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança, principalmente em um processo em que se discute, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho.

As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade na hipótese em questão, pois, de acordo com as provas carreadas aos autos, notadamente o estudo social, o pai biológico não demonstra nenhum interesse em formar vínculo afetivo com a menor e, em contrapartida, o pai socioafetivo assiste (e pretende continuar assistindo) à filha afetiva e materialmente. Ficou comprovado, ainda, que a ação foi ajuizada exclusivamente no interesse da genitora, que se vale da criança para conseguir atingir suas pretensões.⁴²

Observa-se, nesse caso, que apesar de ter sido a filha a buscar, em tese – porque representada –, o reconhecimento da paternidade biológica, o pedido foi negado porque não atendia ao melhor interesse da criança, considerando o desinteresse do genitor, bem como o fato de que se tratava de uma demanda da própria mãe da criança.

⁴¹ REsp nº 1.274.240/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013.

⁴² REsp nº 1.674.849/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018.

Nesse cenário, se questiona: será que se não houvesse essa peculiaridade da mãe guardar interesses escusos em relação à demanda, o fato de o genitor não ter interesse em constituir vínculo afetivo com a filha seria capaz de afastar o pleito? Ou seja: será que o fato de o genitor não ter interesse em se relacionar com a filha levaria à preponderância do vínculo socioafetivo sobre o biológico, como se deu?

Parece que não, pois não tem sido essa a tendência da jurisprudência, a exemplo da decisão proferida no RE nº 898.060/SC, em cujo caso o genitor também rejeitava a filha, mas ainda assim foi reconhecida a paternidade biológica, em que pese a existência de paternidade socioafetiva.

Dessa forma, no caso citado (REsp nº 1.674.849/RS), o que foi determinante para afastar a paternidade biológica foi exclusivamente a postura da mãe, que, segundo constou, estava se valendo do processo para alcançar objetivos próprios, o que se mostrou prejudicial aos interesses da criança.

Tanto é assim que a decisão se encerra com a seguinte ressalva:

Ressalva-se, contudo, o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, da menor pleitear a inclusão do nome do pai biológico em seu registro civil ao atingir a maioridade, momento em que poderá avaliar, de forma independente e autônoma, a conveniência do ato. Recurso especial desprovido.⁴³

Assim, observa-se que o critério para definir a prevalência de um vínculo sobre o outro tem sido exclusivamente o interesse do descendente, seja menor ou maior de idade, pois, em todos os casos analisados neste trabalho, as decisões se pautaram nesse preceito, legitimando-se, então, paternidades e filiações fictas, com efeitos meramente patrimoniais.

Merece destaque, ainda, o fato de que, antes do julgamento do RE nº 898.060/SC, decisões que optavam por dar prevalência ao vínculo biológico em atenção aos interesses dos descendentes determinavam a desconstituição do vínculo socioafetivo com registro público, na impossibilidade de se reconhecer a multiparentalidade.

⁴³ REsp nº 1.674.849/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018.

É o caso do REsp nº 1.274.240/SC e do REsp nº 1.167.993/RS, nos quais o vínculo socioafetivo declarado em registro foi desconstituído para prevalecer a verdade biológica:

Diante do exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente.⁴⁴

Diante de todo o exposto, presente o dissenso entre as verdades biológica e socioafetiva, na hipótese, deve prevalecer o direito ao reconhecimento do vínculo biológico, com todas as consequências dele decorrentes.⁴⁵

Ambos os casos foram julgados no ano de 2013, antes do julgamento do RE nº 898.060/SC, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade da multiparentalidade, ponto bastante positivo do julgado, pois admite a manutenção do vínculo socioafetivo, mesmo diante do reconhecimento da filiação baseada em vínculo biológico.

Contudo, nota-se na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça os mesmos fundamentos para reconhecer a filiação baseada no vínculo biológico, que são, em resumo, os seguintes: (i) melhor interesse do/da filho/filha; (ii) a existência de paternidade socioafetiva não afasta o reconhecimento de paternidade biológica; (iii) a inexistência de vínculo afetivo com o genitor não impede o reconhecimento da paternidade biológica; e (iv) o direito ao reconhecimento do estado de filiação (ou conhecimento da identidade genética com todos os efeitos jurídicos):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 489 DO CPC. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DA FILHA. DIREITO PERSONALÍSSIMO E IMPRESCRITÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 568/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADO. 1. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial. 2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC.

⁴⁴ REsp nº 1.167.993/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 15/03/2013.

⁴⁵ REsp nº 1.274.240/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013.

3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
4. A jurisprudência do STJ é no sentido de ser possível o ajuizamento de ação de investigação de paternidade, mesmo na hipótese de existência de vínculo socioafetivo, uma vez que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, não havendo falar que a existência de paternidade socioafetiva tenha o condão de obstar a busca pela verdade biológica.
5. Em virtude do exame do mérito, por meio do qual foi desacolhida a tese sustentada pelos agravantes diante da incidência da Súmula 568/STJ, fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial.
6. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido.⁴⁶

AGRAVO INTERNO. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, a depender sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca a paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira".

2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.

3. A paternidade biológica gera, necessariamente, responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica.

4. Agravo interno não provido.⁴⁷

Nota-se, por outro lado que, em consonância com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 898.060/SC, já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça pela manutenção do vínculo socioafetivo, sobretudo quando há registro, reconhecendo-se a paternidade baseada no vínculo biológico e formando multiparentalidade, conforme decisão monocrática do Ministro Lázaro Guimarães, mantida em agravo interno julgado sob relatoria do Ministro Raul Araújo:

⁴⁶ AgInt no AREsp nº 1.402.505/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2019, DJe 29/05/2019.

⁴⁷ AgInt nos EDcl no REsp nº 1.784.726/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 15/05/2019.

Assentada a possibilidade de coexistência entre as paternidades biológica e socioafetiva, deve-se compreender que o registro efetuado pelo pai afetivo não impede a busca pelo reconhecimento registral também do pai biológico, nem o reconhecimento posterior do vínculo biológico implica a exclusão da paternidade socioafetiva do registro civil, devendo-se manter os vínculos que se estabeleceram a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho.⁴⁸

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL E IMPRESCRITÍVEL. CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem manifestou-se em consonância ao entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de ser possível o ajuizamento de ação de investigação de paternidade, mesmo na hipótese de existência de vínculo socioafetivo, uma vez que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser exercitado sem nenhuma restrição em face dos pais, não havendo falar que a existência de paternidade socioafetiva tenha o condão de obstar a busca pela verdade biológica da pessoa.

2. O registro efetuado pelo pai afetivo não impede a busca pelo reconhecimento registral também do pai biológico, cujo reconhecimento do vínculo de filiação, com todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, é seu consectário lógico.

3. A jurisprudência desta eg. Corte é no sentido de que a inexistência de vínculo afetivo entre a investigante e o investigado não afasta o direito indisponível e imprescritível de reconhecimento da paternidade biológica.

4. Agravo interno a que se nega provimento.⁴⁹

Em resumo, o que se percebe é que, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o vínculo socioafetivo somente prevalecerá se essa situação se mostrar favorável ao descendente. Do contrário, isto é, se a prevalência do vínculo socioafetivo não for situação mais vantajosa ao/à filho/filha, em razão da manifesta impossibilidade de se desfazer um vínculo socioafetivo, poderá ser reconhecida, concomitantemente, a parentalidade baseada no vínculo biológico, nos exatos termos da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 898.060/SC.

Entendemos, contudo, que o vínculo socioafetivo deve prevalecer sempre que estiver presente, independente de haver vínculo biológico ou não, sendo sempre determinante ao reconhecimento do estado de filiação, inclusive quando houver vínculo biológico entre os envolvidos, isto é, o estado de filiação entre pessoas ligadas

⁴⁸ Decisão Monocrática no REsp nº 1.738.888/PE, Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), 16/08/2018.

⁴⁹ AgInt no REsp nº 1.738.888/PE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 30/10/2018.

por laços de sangue deve ser reconhecido se houver entre elas um vínculo socioafetivo, com a ressalva da hipótese que será apresentada no item 5.2.

Nesse sentido, o Ministro Edson Fachin se manifestou em relação ao caso concreto do RE nº 898.060/SC: *“Havendo vínculo socioafetivo com um pai, [como] é o caso, e vínculo biológico com outro genitor, [como] é o caso, entendo que o vínculo socioafetivo é o que se impõe juridicamente”*.

Ainda, o Ministro Edson Fachin traçou um paralelo entre a filiação fundada na posse do estado de filho e a filiação fundada na adoção formal, pois ambas não estão baseadas no liame biológico, mas no vínculo socioafetivo, para justificar a impossibilidade de se estabelecer o estado de filiação baseado exclusivamente na verdade biológica:

O parentesco socioafetivo não é menos parentesco do que aquele estabelecido por adoção formal. Assim como o filho adotivo não pode constituir paternidade com outrem sob fundamento biológico, assim também não o pode o filho socioafetivo.

Por conseguinte, o referido Ministro propôs a seguinte tese:

Diante da existência de vínculo socioafetivo com um pai, e vínculo apenas biológico com outro genitor, ambos devidamente comprovados, somente o vínculo socioafetivo se impõe juridicamente, gerando o vínculo parental, direitos dele decorrentes, assegurando o direito personalíssimo à revelação da ascendência genética.

A tese proposta pelo Ministro Edson Fachin admite a prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico, porque é o único capaz de gerar o estado de filiação, ainda que entre pessoas ligadas por laços sanguíneos, conforme já sustentamos.

Destaque-se, ainda, que a tese proposta contempla a garantia do direito ao conhecimento da identidade genética, que não se confunde com estado de filiação, conforme será abordado no item 5.1.2 adiante.

Ressalte-se, por fim, que não se trata de relegar uma filiação privilegiando outra, como chegou a ser sustentado nas discussões que antecederam os votos no julgamento do RE nº 898.060/SC, pois a discussão que se coloca aqui diz respeito aos vínculos que podem gerar o estado de filiação (vínculos biológico e socioafetivo), ao passo que a existência do vínculo biológico não é capaz, por si só, de gerar o estado de filiação, que justifica o reconhecimento da filiação socioafetiva, por exemplo, baseado nos elementos que caracterizam a posse do estado de filho.

Não se trata, portanto, de violação ao princípio da igualdade entre os filhos, pois não há relação paterno/materno-filial, se não houver o efetivo cumprimento desses papéis pelos envolvidos. Ou seja, não é meu pai ou minha mãe quem eu não reconheço nem trato como tal, assim como não é meu filho quem eu não reconheço nem trato como tal, ainda que haja identidade genética.

5.1.2 Direito ao conhecimento da identidade genética

Na hipótese do/da filho/filha que tem um pai socioafetivo, com a filiação registrada ou não, e não tem qualquer vínculo socioafetivo com o seu genitor, nem mesmo tem a filiação registrada, entendemos pela impossibilidade de se reconhecer a filiação biológica, se entre o/a filho/filha e o genitor não se estabelecer o vínculo paterno-filial.

O reconhecimento de uma filiação biológica nessas condições caracterizaria verdadeira fraude, tendo em vista a inexistência de vínculo filial em essência, e a existência de somente identidade genética, a qual não é determinante para o estabelecimento do vínculo paterno/materno-filial.

Por outro lado, é garantido o direito ao conhecimento da identidade genética ou ascendência genética ou, ainda, origem genética, que é o direito que todo indivíduo tem de saber de onde veio e, por isso, constitui aspecto da personalidade e, por essa razão, está intimamente ligado à dignidade humana.

Segundo Paulo Lôbo, o direito ao conhecimento da identidade genética guarda relação com a dignidade humana porque assegura o acesso à história de saúde dos ancestrais, necessária ao acautelamento da própria vida do indivíduo:

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.⁵⁰

É importante ressaltar que o direito ao estado de filiação “*nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas*

⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filiacao+e+direito+a+origem+genetica%3A+uma+distincao+necessaria>. Acesso em: 11 set. 2019.

situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade".⁵¹

Assim, no estudo das relações parentais fundadas na socioafetividade, não se deve confundir parentalidade com ancestralidade. Enquanto a parentalidade tem a ver com a relação paterno/materno-filial, ou seja, com o estado de filiação e de maternidade e paternidade, a ancestralidade guarda relação pura e simplesmente com a identidade genética.

A identidade genética não é causa geradora do vínculo parental, embora estejamos acostumados com a ideia de que genitor e genitora devam necessariamente exercer o papel de pai e mãe, e essa hipótese ainda prevaleça em nossa sociedade.

Mas na hipótese de adoção, por exemplo, se torna evidente o fato de que identidade genética não garante vínculo paterno/materno-filial: a pessoa adotada não tem vínculo genético com os seus pais (aqueles que exercem o papel de pai/mãe), assim como não tem vínculo parental com os seus genitores (aqueles que doaram material genético).

Apesar disso, é garantido o direito ao conhecimento da origem genética, inclusive nos casos de adoção, nos quais são rompidos os vínculos materno/paterno-filial do filho com os genitores (art. 1.635, § 4º, do Código Civil), conforme expressamente previsto no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica (...)".

Da mesma forma, não há que se falar em vínculo parental entre doador de sêmen ou doadora de útero com a pessoa gerada a partir de técnicas de reprodução humana assistida.

Isso se dá porque, nas palavras do Ministro Edson Fachin em seu voto divergente no julgamento do RE nº 898.060/SC:

O parentesco parte da realidade da vida, mas não deixa de ser conceito jurídico. É nesse sentido que resulta a expressão relacional em que se funda

⁵¹LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filiação+e+direito+à+origem+genética%3A+uma+distinção+necessária>. Acesso em: 11 set. 2019.

a paternidade. A realidade do parentesco não se confunde exclusivamente com o liame biológico.

Na sequência de seu voto, o Ministro traz a adoção e a inseminação artificial heteróloga como “*exemplos em que claramente o vínculo biológico não prevalece, não se sobrepondo nem coexistindo com outros critérios*”, revelando, então, a distinção entre ascendente genético/genitor e pai.: “*Pai é o que cria. Genitor é o que gera*”⁵².

Assim, entende-se que ao descendente que mantiver vínculo parental socioafetivo com quem não é seu genitor, deve-se garantir o direito ao conhecimento da origem genética “puro e simples”, pois não existe direito ao conhecimento da identidade genética “com todos os consectários legais”, porque uma coisa é o direito ao conhecimento da identidade genética e outra coisa é o reconhecimento do estado de filiação. Atribuir “consectários legais” ao direito de conhecer a identidade genética nada mais é do que reconhecer o estado de filiação do qual o direito ao conhecimento da identidade genética claramente difere.

É importante destacar a confusão que há entre identidade genética e estado de filiação, inclusive entre os julgadores. O pronunciamento da Ministra Rosa Weber durante seu voto no julgamento do RE nº 898.060/SC revela que os conceitos ainda não estão claros:

O eminente Ministro Fachin trouxe conceitos técnicos que me causaram, se por um lado maior perplexidade, por outro lado, parecem apontar numa direção, ou seja, ascendente genético é uma coisa, pai é outra coisa, quando na linguagem comum, para nós pai é um pai biológico e pode haver um pai adotivo, socioafetivo. Então, em que medida o parentesco jurídico coincide com o parentesco biológico, em toda a sua extensão? Então, é o que de certa maneira teríamos aqui que definir.

Igualmente, na manifestação do Ministro Relator Luiz Fux, quando levanta a questão relativa aos interesses meramente patrimoniais de filhos que vão em busca do reconhecimento de paternidade baseada em vínculo biológico após anos de abandono do pai que sabia ter, se percebe que ambos os conceitos são entendidos como iguais:

⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Parentalidade Socioafetiva e Multiparentalidade. Questões atuais*. In: TARTUCE, Flavio; SALOMÃO, Luís Felipe (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 599.

O direito ao conhecimento da identidade genética não pode ser desvirtuado, como um trunfo invocado de forma maliciosa, tão somente no momento em que as condições econômicas do genitor são convenientes.

Na ocasião, o Ministro Relator repudiava a atitude de filhos que nunca se importaram com o pai biológico, mas diante de interesses exclusivamente patrimoniais, decidiram buscar o reconhecimento da paternidade pautada no vínculo biológico.

Observa-se que o Ministro Fux faz menção ao direito conhecimento da identidade genética usado de forma maliciosa para conferir ao filho vantagens econômicas.

No entanto, o conhecimento da identidade genética não é capaz de garantir benesses patrimoniais, pois não gera estado de filiação, conforme ensina Claudio Luiz Bueno de Godoy:

Gerar por si só não significa ser pai ou mãe. O direito de conhecer essa origem genética não traz as consequências, melhores ou piores, mais ou menos extensas, próprias da parentalidade, que não se traduz em uma escolha, senão por uma realidade construída.⁵³

Daí se percebe o uso de “conhecimento da identidade genética” como sinônimo de “estado de filiação”.

Da mesma forma, o fundamento lançado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, em seu voto no REsp nº 1.674.849/RS, para reconhecer a maternidade e a paternidade biológica de pessoa adotada “à brasileira”, contando com 56 (cinquenta e seis) anos à época da decisão, deixa claro que os conceitos não são diferenciados pelos julgadores:

Ressalto, finalmente, que, ao contrário de como procedeu o acórdão recorrido, os propósitos da autora em procurar o seu pai biológico não podem ser investigados nesta ação, porque a eles, quaisquer que sejam, opõe-se um direito de maior envergadura, alicerçado na dignidade da pessoa humana, que é o de obter sua identidade genética, com todos os consectários legais. Tal investigação equivale a colocá-la (a autora) no banco dos réus para que eventual amesquinamento de sua pretensão fosse descortinado, esquecendo-se que, por quase cinquenta anos, foi-lhe negado o conhecimento acerca de sua ancestralidade.

⁵³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade*. In: TARTUCE, Flavio; SALOMÃO, Luís Felipe (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 625.

O Ministro Salomão faz menção ao direito ao conhecimento da identidade genética “*com todos os consectários legais*”. Isso nada mais é do que o reconhecimento do estado de filiação.

Contudo, o reconhecimento do estado de filiação não depende de identidade genética, mas de vínculo paterno/materno-filial, sendo certo, ainda, que o direito ao conhecimento da origem genética não traz consectários legais, ao contrário do reconhecimento do estado de filiação, do qual decorrem efeitos de natureza existencial e patrimonial.

No caso, portanto, não se tratou de garantir o direito ao conhecimento da identidade de genética, pois este não gera estado de filiação, de modo que, ao incluir a frase “com todos os consectários legais”, o Ministro excedeu a garantia quanto ao conhecimento da identidade genética e reconheceu o estado de filiação.

Da mesma forma, na decisão do REsp nº 1.167.993/RS, tratou-se como sinônimos o direito ao conhecimento da identidade genética e o direito ao reconhecimento do estado de filiação:

Conforme ressaltai no julgamento do REsp 833.712/RS, não é correto impedir uma pessoa, qualquer que seja sua história de vida de ter esclarecida sua verdade biológica.

O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal (...)

Note-se que, até mesmo nas hipóteses em que a adoção foi legalmente efetivada, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei 12.010/09, assegura-se ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica (art. 48 da Lei 12.010/09).⁵⁴

Entretanto, direito ao conhecimento da identidade de genética não se confunde com direito ao reconhecimento do estado de filiação, notadamente nos casos em que há vínculo filial de origem socioafetiva.

Em resumo, “*a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói*”

⁵⁴ REsp nº 1.274.240/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013.

*entre a liberdade e o desejo*⁵⁵, e se mostra a solução mais adequada para quem, não havendo estabelecido vínculo socioafetivo com seu/sua genitor/genitora, mas ao longo da vida desfrutou do estado de filiação socioafetiva com outrem, deseja ter conhecimento de sua ascendência genética.

5.2 Existência de vínculo biológico sem socioafetividade com genitor/genitora e inexistência de vínculo socioafetivo com pai/mãe socioafetivo/socioafetiva

A hipótese é a do descendente que não tem vínculo socioafetivo com o genitor/genitora nem tem um/uma pai/mãe socioafetivo/socioafetiva que possa suprir essa falta. Ou seja: existe um/uma genitor/genitora, mas não existe um/uma pai/mãe, isto é, quem efetivamente exerça o papel de pai/mãe, seja genitor/genitora ou não.

5.2.1 Possibilidade de reconhecimento do estado de filiação biológica

Na hipótese de filho/filha que não tem vínculo socioafetivo com o genitor nem tem um/uma pai/mãe que exerça esse papel suprimindo a ausência do genitor no exercício da função parental, nem tem o registro da filiação biológica, entendemos pela possibilidade de se reconhecer o estado de filiação baseado em vínculo biológico, pois *“toda pessoa humana tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha”*.⁵⁶

Nesse sentido, o vínculo biológico só é capaz de gerar parentesco por si só, se o descendente não houver estabelecido relação filial de origem socioafetiva com outrem, conforme se manifestou o Ministro Edson Fachin, em seu voto no julgamento do RE nº 898.060/SC: *“O vínculo biológico, com efeito, pode ser hábil a, por si só, determinar o parentesco jurídico, desde que na falta de uma dimensão relacional que a ele se sobreponha”*.

⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Parentalidade Socioafetiva e Multiparentalidade. Questões atuais*. In: TARTUCE, Flavio; SALOMÃO, Luís Felipe (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 600.

⁵⁶ Idem. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filiação+e+direito+à+origem+genética%3A+uma+distinção+necessária>. Acesso em: 11 set. 2019.

Ainda que o reconhecimento da filiação biológica não garanta o estabelecimento do vínculo paterno-filial com o genitor, como já sustentamos, a simples ausência do nome do pai nos documentos ainda é motivo de grande constrangimento, dor e angústia para muitas pessoas.

Excluem-se dessa hipótese, por óbvio e cada vez mais, filhos de casais homoafetivos, gerados a partir das técnicas de reprodução humana assistida ou adotados, que desde sempre terão em seus registros duas mães, por exemplo; ou filhos gerados a partir de produções independentes, que desde sempre poderão não ter pai, mas somente mãe.

Enfim, são várias as situações em que a inexistência de um pai não gerará qualquer dano psíquico, pois a inexistência é diferente da ausência: é inexistente aquele nunca existiu e, portanto, não faz falta, mas é ausente aquele que existe, mas se mantém distante.

Dessa forma, inexistente qualquer vínculo socioafetivo, seja com o próprio genitor, seja com um pai socioafetivo, entendemos não ser razoável impedir o reconhecimento do estado de filiação, com todos os seus efeitos, ainda que não haja qualquer garantia de que se constituirá, de fato, uma relação paterno-filial.

5.3 Demandas argentárias, mercenárias ou frívolas

A discussão em torno da prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico, passa pela análise dos motivos que levam ascendentes e descendentes a buscarem o reconhecimento jurídico do vínculo parental.

Há muitas demandas no Judiciário brasileiro que buscam o reconhecimento de filiações socioafetivas *post mortem*. Como o vínculo socioafetivo não é tão fácil de demonstrar como é o vínculo biológico, muitas dessas investidas estão fadadas ao fracasso.

Da mesma forma, existem inúmeras ações que buscam o reconhecimento do estado de filiação baseado em vínculo biológico, sem que haja entre as partes qualquer vínculo socioafetivo, tendo, ainda, o descendente, estabelecido, ao longo da vida, vínculo paterno/materno-filial de origem socioafetiva com outrem.

Essa segunda hipótese tem alcançado sucesso aos demandantes quando estes são os descendentes, isto é, quando se trata de filho biológico pleiteando o reconhecimento da filiação biológica, ainda que tenha estabelecido vínculo filial socioafetivo com outra pessoa, tal como vimos nas decisões judiciais citadas capítulos anteriores.

Conforme já sustentamos, é impossível desenvolver uma fórmula que se aplique a todos os casos que versem sobre esse assunto, tendo em vista as grandes peculiaridades de casos dessa natureza.

Todavia, a fim de se evitar o êxito das chamadas “argentárias, mercenárias ou frívolas”, é importante analisar as razões que levam as pessoas a buscarem o reconhecimento de filiações, sobretudo baseadas em vínculo biológico, quando há vínculo socioafetivo com outrem.

Nesse sentido, conforme destacado pelo Ministro Edson Fachin, que abriu a divergência, sustentando a prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico, o estado de filiação não se estabelece por escolha, por esse ou aquele pai ser mais interessante:

(...) a filiação, embora construída na realidade das relações sociais e dos vínculos de afeto, não é uma escolha arbitrária do filho; não há um direito potestativo de se escolher de quem será filho e de quantos pais se será filho.

Da mesma forma, esclarece Claudio Luiz Bueno de Godoy:

O ponto nodal é que a parentalidade não significa uma escolha livre ao interessado, movido pelo desejo de conhecer sua história ou, às vezes, de “mudar de pai”, conforme a melhor situação de seu genitor.⁵⁷

Destaque-se que, entre seres humanos, é totalmente plausível a hipótese de se buscar o reconhecimento do estado de filiação ou parentalidade com interesses exclusivamente patrimoniais.

Tanto é assim que o Código de Civil, em seu art. 1.609, parágrafo único, limita a possibilidade de se reconhecer filho falecido aos casos em que o filho tiver deixado

⁵⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade*. In: TARTUCE, Flavio; SALOMÃO, Luís Felipe (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 624.

descendentes: “o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

Saliente-se que a norma busca evitar que o reconhecimento de filho se dê unicamente com interesse patrimonial, permitindo que se faça apenas se o filho a ser reconhecido de forma póstuma tenha deixado descendentes, pois, assim, o pai não receberá eventual herança, tendo em vista a preferência dos descendentes na ordem de vocação hereditária.

Por outro lado, é uma via de mão única, pois não há qualquer limite legal para os filhos que buscam o reconhecimento da paternidade pautada em vínculo meramente biológico.

O cenário é tão provável que foi enfrentada quando do julgamento do RE nº 898.060/SC, tendo o próprio Ministro Relator feito a seguinte observação durante o seu voto:

Há casos em que os filhos nunca viram o pai, abandonam o pai, e só vão procurar a sucessão patrimonial depois que o pai morre. E por que isso acontece? Ou por vontade própria do filho, que tem dentro de si essa sensibilidade que leva ele à indiferença ou então porque há uma sonegação voluntária da mãe quanto à sua identidade biológica e só descortina no momento em que ele vai ter direito patrimonial de receber uma herança.

Todavia, o Ministro limita a possibilidade de não conferir os efeitos jurídicos da paternidade, notadamente no que tange à sucessão patrimonial, à hipótese em que o vínculo afetivo entre pai e filho biológico não tenha se firmado por culpa exclusiva do filho, que preferiu permanecer distante do pai:

Se a regra pode ser a acumulação de vínculos parentais em caso de concurso dos fatores afetivo e biológico, uma exceção deve ser assegurada em relação aos casos em que o afeto entre pai e filho biológico não se estabeleceu por culpa do filho.

Observa-se que o Ministro Relator estabelece uma exceção à possibilidade de conferir todos os efeitos jurídicos decorrentes da parentalidade, que é a hipótese em que o filho opta por se manter distante do pai durante toda a vida deste, e busca o reconhecimento da paternidade biológica após a morte do pai, com interesses unicamente patrimoniais.

Observa-se que não é a falta de vínculo afetivo que leva o Ministro a essa exceção, nem o interesse exclusivamente patrimonial do filho, mas, sim, a intenção

em punir o filho que passa a vida ignorando a existência de um pai, e busca receber a sua herança depois.

Verifica-se que, no caso do REsp nº 1.274.240/SC, o interesse da filha era meramente patrimonial, visto que o genitor já era falecido – o que impossibilitaria o estabelecimento de vínculo socioafetivo –, e a ação ajuizada foi de investigação de paternidade cumulada com petição de herança. Contudo, esse ponto não foi debatido na ocasião.

Já no caso do REsp nº 1.167.993/RS, a questão relativa ao interesse meramente patrimonial foi enfrentada pelos julgadores, concluindo-se pela inexistência de qualquer indício de interesse exclusivamente patrimonial por parte da filha demandante:

Ressalto, finalmente, que, ao contrário de como procedeu o acórdão recorrido, os propósitos da autora em procurar o seu pai biológico não podem ser investigados nesta ação, porque a eles, quaisquer que sejam, opõe-se um direito de maior envergadura, alicerçado na dignidade da pessoa humana, que é o de obter sua identidade genética, com todos os consectários legais. Tal investigação equivale a colocá-la (a autora) no banco dos réus para que eventual amesquinamento de sua pretensão fosse descortinado, esquecendo-se que, por quase cinquenta anos, foi-lhe negado o conhecimento acerca de sua ancestralidade.

Se, agora, não existe afetividade entre ela e seu pai biológico, tal circunstância não pode ser imputada à autora, que não escolheu estar nessa situação, sendo certo que, em compensação, também não existe nenhum dado a revelar oportunismo por parte da filha em relação ao pai que se pretende o reconhecimento, o qual é aposentado do INSS e auferia, em 2004, R\$ 707,02 (setecentos reais e dois centavos, fl. 65).⁵⁸

Dessa forma, os filhos que vão atrás de seus pais biológicos, falecidos ou não, cientes há anos de suas existências ou não, podem ter interesse unicamente patrimonial, o qual não deve ser acolhido pelo Direito, nos casos em que, de fato, esse filho teve um pai, cujo vínculo é de origem socioafetiva, tal como no caso enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, e não tem qualquer vínculo socioafetivo com o genitor nem tem expectativa de estabelecê-lo.

Nesses casos, o vínculo socioafetivo deve prevalecer sobre o biológico, não sendo correto aplicar punição pela irresponsabilidade parental, atribuindo-a tardiamente e apenas *pro forma* – porque é muito provável que nunca se estabeleça

⁵⁸ REsp nº 1.167.993/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 15/03/2013.

um vínculo afetivo entre ascendente e descendente nessas condições –, para que os efeitos decorrentes dela valham como pena, no lugar de uma justa indenização.

CONCLUSÃO

A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 de Santa Catarina apresentou dois pontos cruciais (i) a ausência de preponderância de um vínculo sobre o outro para estabelecer a paternidade e (ii) a admissão da multiparentalidade.

O reconhecimento da possibilidade jurídica da pluralidade de vínculos parentais, isto é, a multiparentalidade, representa avanço significativo no âmbito do Direito de Família, tendo em vista a expressa admissão do vínculo socioafetivo como gerador do estado de filiação – já que ao menos um dos vínculos que formam a multiparentalidade é de origem socioafetiva.

O fato de a posse do estado de filho, caracterizada pelo nome, o tratamento e a fama, culminar no reconhecimento do estado de filiação, não podendo sequer ser desconstituído, revela a preponderância do vínculo parental baseado na socioafetividade sobre o vínculo biológico que, para estabelecer verdadeira relação paterno/materno-filial, requer nada mais nada menos do que a posse do estado de filho/filha e a posse do estado de pai/mãe.

Ocorre que, da análise de algumas manifestações dos julgadores, ficou evidente que a opção pela multiparentalidade naquele caso se deu com a única intenção de punir o genitor ausente que ainda resistia, trinta e três anos após o nascimento da filha, ao reconhecimento da paternidade. Por essa razão e pelo fato de não haver sequer a expectativa de se estabelecer entre as partes verdadeiro vínculo paterno-filial, entendemos inadequado o reconhecimento do vínculo biológico, gerando multiparentalidade, no caso em análise.

Nesse contexto, a inobservância do Princípio da Paternidade Responsável não deve ser punida – ou até vingada – com a atribuição de uma paternidade ficta, entre genitor e descendente, que não se conhecem como pai e filho, e com efeitos exclusivamente patrimoniais, mas deve-se buscar a devida responsabilização conforme a regra geral da responsabilidade civil, pela qual quem causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Quanto à ausência de preponderância de um vínculo sobre o outro, nos filiamos ao entendimento do voto divergente do Ministro Luiz Edson Fachin, que se

manifestou pela prevalência do vínculo socioafetivo no caso concreto, tendo em vista ser meramente biológico o vínculo entre genitor e descendente, o que não é capaz de estabelecer o estado de filiação, para o qual se requer a presença dos elementos da posse do estado de filho ainda que haja vínculo biológico.

Assim, considerando a existência de pai/mãe socioafetivo/socioafetiva, e vínculo meramente biológico com o/a genitor/genitora, como no caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, deve prevalecer o vínculo socioafetivo sobre o biológico, a exemplo dos casos de adoção, em que há a extinção do vínculo parental da pessoa adotada com seus genitores, e dos casos de inseminação artificial heteróloga ou doação temporária de útero, em que o fruto gerado sequer estabelece vínculo parental com o doador de material genético ou com a doadora de útero, demonstrando a preponderância do vínculo socioafetivo sobre o biológico no estabelecimento do verdadeiro estado de filiação que deve ser, antes de tudo, fático.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13. set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 13 set. 2019.

CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (organ.). *Família e sucessões: relações de parentesco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. ver., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DONIZETTI, Leila. *Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade*. In: TARTUCE, Flavio; SALOMÃO, Luís Felipe (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação*. *Revista Consultor Jurídico*. 14 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filiacao+e+direito+a+origem+genetica%3A+uma+distincao+necessaria>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. *Parentalidade Socioafetiva e Multiparentalidade. Questões atuais*. In: TARTUCE, Flavio; SALOMÃO, Luís Felipe (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (organ.). *Família e sucessões: relações de parentesco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIMÃO, José Fernando. *A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto?* In: *Jornal Carta Forense*. Edição de 03/01/2017. São Paulo: Carta Forense, 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17235>. Acesso em: 16 jul. 2019.

SIMÕES, Lisângela. *Estudo semântico e diacrônico do sufixo –dade na língua portuguesa*. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8142/tde-04022010-161225/publico/LISANGELA_SIMOES.pdf. Acesso em: 09 jul. 2019.

TARTUCE, Flavio. *As verdades parentais e a ação vindicatória de filho*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/107.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2019.

_____. *Da ação vindicatória de filho – Análise diante da recente decisão do STF sobre a parentalidade socioafetiva*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI286476,91041->

[Da+acao+vindicatoria+de+filho+Analise+diante+da+recente+decisao+do](#) . Acesso em: 11 set. 2019.

_____. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, a. 27 (n.f.), n. 21, maio 1979: 401/419.