

Afetividade e Responsabilidade¹

José Fernando Simão²

I – Responsabilidade.

Em seu tratado teórico e prático da responsabilidade civil delitual e contratual datado do início do Século XX, Henri e Leon Mazeaud e André Tunc afirmam que se há um tema que se fica tentado a abordar sem o definir, este é a responsabilidade civil. Explicam os autores que esta dificuldade em conceituar responsabilidade civil decorre do fato de que o conceito supera a noção puramente jurídica e coloca em jogo seu próprio fundamento.³

Se os irmãos Mazeaud, em obra que é verdadeiro marco teórico sobre o tema da responsabilidade civil, enfrentam dificuldade ao definir o tema sendo tentados a abandonar a própria definição, não é pequeno o número de autores atuais que simplesmente ignora a difícil e quiçá impossível definição desta categoria jurídica.

Aguiar Dias lembra que a dificuldade em buscar um conceito de responsabilidade é que toda a manifestação da atividade humana traz, em si, o problema da responsabilidade e várias são suas significações⁴.

Karinne Ansiliero afirma que o termo responsabilidade está intrinsecamente associado à ideia de liberdade e seu fundamento é o livre-arbítrio, já que em um mundo onde todos os acontecimentos são pré-determinados, restaria sem razão qualquer forma de

¹ Palestra proferida no IV Congresso Nordestino de Direito das Famílias ocorrido em Porto Seguro, Bahia, nos dias 22 a 24 de agosto de 2013.

² Professor Associado do departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco. Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor do Curso de Especialização da Escola Paulista de Direito. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo e Vice-Presidente da Comissão de Direito de Família e Sucessões do IASP. Membro do IDCLB – Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, do BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor e do Conselho Editorial do jornal Carta Forense, do IDP – Instituto de Direito Privado. Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, Diretor Nacional do Conselho Consultivo (2014/2015) e Diretor Cultural do IBDFAM/SP (2014/2015). Professor do Complexo Damásio de Jesus e de Especialização em várias Faculdades do Brasil. Advogado em São Paulo. Autor de obras jurídicas.

³ Tomo 1, p. 1.

⁴ Tomo 1, p. 1.

responsabilização dos indivíduos. Jean Paul Sartre na obra “O existencialismo é um humanismo” chega a afirmar que o homem deve ser totalmente responsável por sua existência⁵.

Enquanto produto do ato humano, a responsabilidade pode ser examinada de duas formas: como um estado do indivíduo perante ele mesmo e como uma relação⁶.

A responsabilidade do indivíduo perante si próprio, chamada de autorresponsabilidade ou consciência moral, que pouca ou nenhuma relevância tem para esta reflexão. Eventualmente, a responsabilidade consigo próprio passa a ser relevante quando reflete na relação com o outro.

Já a responsabilidade como relação é aquela com o outro, é aquela em que o “eu” passa a influenciar o “outro”, logo, o *ego* coexiste com o *alter* e esta coexistência não é mais estanque, é antes uma troca, um fluxo de ações e de sentimentos nela transmutados.

A palavra, em termos etimológicos, vem de *spondeo*, fórmula conhecida pela qual se ligava solenemente o devedor nos contratos verbais romanos. Logo, o responsável é aquele que responde, e, portanto a responsabilidade é a obrigação cabente ao responsável, mas esta explicação não é suficiente, pois permanece na própria expressão verbal o termo que se pretende aclarar⁷.

É na fórmula da *stipulatio*, ensina Moreira Alves, que como contrato verbal e abstrato que se celebra por meio de perguntas e respostas, em termos orais e solenes, vem o verbo *spondere*.

- *Centummihidarispondes?* (Promete dar-me cem?)

- *Spondeo*. (Prometo)⁸.

Com base na utilização histórica da palavra, entende Aguiar Dias que responsável, responsabilidade, exprime a ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência. Seria a repercussão obrigacional da atividade do homem.⁹

⁵ P. 11.

⁶ Karinne, p. 12.

⁷ Aguiar Dias, tomo 1, p. 2.

⁸ V. 2, p. 164.

Mauricio Bunazar afirma que a responsabilização jurídica é a responsabilidade jurídica-potência – em movimento, ou seja, é o resultado da deflagração do funcionamento da estrutura jurídica de imputação de consequências ao sujeito.¹⁰

Ao tratar, então, de responsabilidade como relação para com outro, retoma-se a ideia de Michel Foucault sobre o poder. Para o filósofo, o poder não ocupa necessariamente um lugar, mas se exerce nas relações. É por isso que, rigorosamente falando, não existe o poder, existem práticas ou relações de poder. Em seu lado negativo o poder revela sua força destrutiva, repressiva, mas, em seu aspecto positivo revela-se produtivo e transformador, como ensina Giselle Groeninga.¹¹

Nota-se, então, que o conceito de responsabilidade começa a se delinear: é a correspondência, a contraprestação, pelo exercício de relações de poder. Logo a responsabilidade já nasce historicamente e etimologicamente ligada umbilicalmente a uma promessa¹²: arcar com os ônus do poder.

II - Afetividade

A noção de afeto para o Direito Civil por muito tempo se confundiu com a noção de carinho, de amor.

É nesse sentido que o instituto da adoção, após a superação do modelo romano pelo qual servia para estreitar laços políticos e se constituir um herdeiro, se apropria da palavra afeto. É no amor paterno-filial entre pessoas mais velhas e mais novas, que imita a vida, que a adoção se baseia. São os filhos que resultam de uma opção e não do acaso que são os adotivos. Jean Carbonnier afirma que a filiação adotiva é uma filiação puramente jurídica e repousa sobre a presunção de uma realidade não biológica, mas afetiva.¹³

⁹ Tomo 1, p. 2.

¹⁰ Taxonomia da sanção civil: para uma caracterização do objeto da responsabilidade civil, Revista da Faap, p. 39.

¹¹ Direito à convivência, p. 81.

¹² *Ob-ligatio* – estar ligado a.

¹³ V. 1, p. 1109.

Essa noção de afeto, como sinônimo de amor, além de ultrapassada, parte da premissa equivocada da suficiência da ciência do Direito no estabelecimento de conceitos. É uma prepotência histórica já há muito abandonada e que pouca guarida encontra no juristas do Século XXI.

Na realidade, o velho adágio latino pelo qual a lei sempre dá a solução, bastando a consulta ao Código, é desmentida diariamente pela contribuição da doutrina de qualidade e pelas decisões judiciais. Exemplo claro disto é a união e o casamento de pessoas do mesmo sexo. A base doutrinária decorre de longa e bem fundamentada construção de Maria Berenice Dias que encontrou guarida nas decisões do STF (com a ADPF 132/RJ que reconhece a união estável homoafetiva como família com idêntica proteção à união estável heterossexual) e do STJ (Resp. 1.183.378/RS que admitiu a habilitação para o casamento de duas mulheres).

Sem a psicanálise, a contribuição do direito ao conceito de afeto acaba se restringindo a amor o que representa um esvaziamento axiológico e um perigo conceitual. Se afeto fosse amor, o afeto em sua manifestação negativa (o ódio) estaria desconsiderado, apesar de ser uma realidade social. Ainda, se fosse amor, sua aferição necessitaria de longo e inócuo trabalho de investigação da alma humana: “você ama seu filho?” ou “qual a medida de seu amor?”.

Por fim haveria um risco: findo o amor, logo, equivocadamente, findo o afeto, os vínculos jurídicos dele decorrentes podem ser desfeitos.

Amor, que não se confunde com afeto, é bem descrito pela métrica camoniana:

“Amor é fogo que arde sem se ver
É ferida que dói e não se sente
É um contentamento descontente
É dor que desatina sem doer”.

Logo, afeto, segundo a psicanálise, decorre da noção de afetar, conviver, criar laços. Afeto não se opõe à ódio, pois o ódio é uma manifestação do afeto. Afeto se opõe à indiferença.

O afeto, para ter importância, exige o *alter*. Afeto em potência tem nenhum significado. Afeto que interessa ao Direito é aquele que se transforma em relação humana, seja ela relação jurídica ou metajurídica.

Nas palavras de Giselle Câmara Groeninga, “o afeto é, no direito, em ramos da filosofia e no senso comum, identificado com o amor. Em nossa visão positivista era inclusive visto como dissociado do pensamento. Mas, ele é muito mais do que isto. Sem dúvida, uma qualidade que nos caracteriza é a ampla gama de sentimentos com que somos dotados e que nos vinculam – uns aos outros, de forma original face a outras espécies. Com base nos afetos, que se transformam em sentimentos, é que criamos as relações intersubjetivas - compostas de razão e emoção - do que nos move. À diferença dos outros animais, somos constituídos, além dos instintos, de sua tradução mental em impulsos de vida e de morte. Estes ganham a qualidade mental de afetos – energia mental com a qualidade de ligação, de vinculação = libido, Eros, ou de desligamento, de não existência = morte, Thanatos. São estes impulsos que nos afetam, desde dentro, e que se transformam em sentimentos - que ganham um sentido, uma direção na relação com as outras pessoas, com nuances que variam do amor ao ódio, em combinações variadas. É por meio dos afetos que valorizamos e julgamos a experiência em prazerosa, desprazerosa, boa, má. Mas vamos além disto, e valoramos nossas experiências também de acordo com o pensamento, com a experiência e com valores construídos nas relações e apreendidos do meio social. São os afetos que nos vinculam das mais diversas formas às pessoas. E é certo que também somos afetados pelos estímulos externos que são traduzidos, interpretados mentalmente segundo as experiências passadas e a valoração que lhes foram atribuídas. Somos seres axiológicos por excelência, e parte desta qualidade que nos é inerente vem justamente dos afetos”¹⁴.

Para Águeda Arruda Barbosa, a palavra afeto (SILVEIRA BUENO, Francisco da. *Grandedicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*, p. 107), *grossomodo*, aparece como sinônimo de afeição, simpatia, amizade, amor, sentimento, paixão. Já no sentido psicológico, afeto é o elemento básico da afetividade: o conjunto de

¹⁴Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In *A outra face do Poder Judiciário – Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Belo Horizonte: Del Rey/São Paulo: Escola Paulista de Direito – EPD. 2005

fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões. O desenvolvimento humano dá-se pela alternância de sentimentos, que oscilam entre o amor e a hostilidade – *o que afeta* – afastando-se, completamente, da indiferença – *o que não afeta*. Na infância, estes sentimentos são dirigidos ao pai e à mãe, de acordo com as fases da vida. Nos primeiros tempos, em virtude do vínculo biológico – *gestação e amamentação* – os sentimentos de amor são dirigidos à mãe, e os hostis, inicialmente, são dirigidos para aquele que representa o terceiro que interfere nesta relação – o pai biológico, socioafetivo, ou outras instâncias, como a autoridade do Estado.

Como conclusão inicial desta reflexão, afeto e amor efetivamente não se confundem. Vejamos, então, os desdobramentos da afetividade e da responsabilidade para o direito de família.

III - Abandono paterno filial: responsabilidade e afetividade!

No ano de 2012 o STJ proferiu a seguinte decisão:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação indenizatória – Dano moral – Abandono afetivo – Pai que se omite da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, causando sofrimento à filha – Vulneração da imposição legal de cuidar da prole que caracteriza ilicitude civil – Danos experimentados pela descendente que exsurtem das omissões do pai no exercício do seu dever de cuidados parentais, evidenciando a possibilidade de compensação – Verba devida” (Resp. 1.159.242/SP)

Como o assunto não é inédito no repertório de decisões do STJ (vide REsp 757411/MG), a decisão em comento precisa ser cotejada com aquela datada de 2005, cujo deslinde foi completamente distinto da decisão de 2012.

Em 29 de novembro de 2005, entendeu o STJ o seguinte: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática

de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária”¹⁵.

As razões invocadas pelo Ministro Relator, para ser cúmplice do abandono e cancelar o desamparo, dando a benção estatal, são de causar estranheza: “O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? **Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos**”.

A razão do *decisum* é curiosa e pode ser traduzida pela seguinte ideia: se o pai se negou a ser pai durante o período em que o menor mais precisava, quem sabe o menor afetivamente abandonado será um bom filho quando seu pai, na velhice, dele precisar?

Afirmou o Ministro Fernando Gonçalves: “por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.”

E quais seriam as sanções possíveis, segundo o Ministro? A perda do poder familiar. O argumento beira ao ridículo. Se o pai fosse destituído do poder familiar seria premiado, porque se veria totalmente livre de seus deveres. A destituição do poder familiar ocorreria no interesse do pai e não do menor! Em suma a punição atingiria a vítima de um ato ilícito e não o agressor.

A conclusão do julgado denota a confusão conceitual decorrente do uso inadequado dos conceitos jurídicos: “Como escapa ao arbítrio do Judiciário **obrigar**

¹⁵REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES

alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.”

Em momento nenhum o autor da ação, o filho afetivamente abandonado, pretendia receber indenização por falta de amor. Seria uma tese pueril a ser defendida por alguém de bom senso. Logo, o equívoco na adoção de uma categoria (o afeto) gerou uma decisão injusta, que se esconde sob o manto da incoerência.

Em 02 de maio de 2012, o mesmo STJ, com nova composição, atento a um direito de família mais humano e solidário, julgou outro caso de abandono. A Ministra Nancy Andrighi deixou claro que “na hipótese, não se discute o amar – que é uma faculdade – mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos”.¹⁶.

Confundir cuidado com amor foi erro lamentável que abonou ao abandono e serviu de estímulos aos péssimos genitores. Esclarecer que amor e afeto não se confundem revelou, de maneira pedagógica, a sensibilidade da Ministra Nancy Andrighi.

O julgado em que o STJ pune o abandono e põe fim à irresponsabilidade parental ressalta que “os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurtem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação”.

Frisou o Ministro Sidnei Beneti, que “os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir, ou

¹⁶Informativo STJ 496, REsp 1.1.59.242/SP.O TJ/SP já havia admitido esta reparação no ano de 2008. “Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. Apelação com revisão 5119034700”, TJSP, Rel. Des. CAETANO LAGRASTA, j. 12.8.2008)

seja: 1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha”.

A clareza da argumentação do Ministro Beneti fala por si. Nada mais a acrescentar. O Poder Judiciário se revelou coerente com a função que dele se espera: atribuiu responsabilidade a quem tem e dela se furta.

Note-se que a responsabilidade do pai decorreu do exercício de seu poder familiar de maneira danosa ou destrutiva. Optou o pai por utilizar o poder familiar de maneira nitidamente danosa, e desta relação de poder nasceu sua responsabilidade.

A indenização é a contraprestação, a correspondência, a uma relação de poder exercida de maneira destrutiva.

Falar-se em “monetarização do afeto”, como pensam alguns, é algo pueril que significa ausência completa de conhecimento jurídico. É lição basilar que a indenização tem por escopo retornar a vítima ao estado anterior ao dano (*statu quo ante*). Contudo, há casos em que este retorno, esta volta se revelam impossíveis. Há mais de dois séculos o Direito já decidiu que, sendo o retorno impossível, a vítima recebe um valor pecuniário, não para reparar o que não pode reparar, mas para compensar aquilo que se perdeu. Nesse sentido, toda a indenização por dano moral (exemplo clássico é a morte de um parente querido) significaria “monetarização do afeto”? Quem defende esta tese pueril, poderia responder qual seria a forma adequada de se punir o causador de dano moral.

O dinheiro não preenche o vazio, mas dá uma sensação de que a conduta lesiva não ficou impune. E mais. É sinal de que há responsabilidade e não impunidade quanto aos atos praticados. Para outros filhos abandonados, nasce a esperança de que poderão receber do Poder Judiciário uma decisão que puna os maus pais, já que o afeto não receberam e nunca receberão.

Para os pais, que se comportam como doadores de esperma, ou como provedores materiais descompromissados, fica o aviso: a irresponsabilidade será punida! A conduta lesiva não será tolerada pelo Poder Judiciário.

E, para o Ministro Fernando Gonçalves fica uma lição. A Justiça tarda mais não falha.

IV – Parentalidade socioafetiva: afetividade e responsabilidade?

A valorização do afeto como motivo para a formação de vínculos familiares que vão além da adoção, remonta ao brilhante trabalho de João Baptista Vilella, jurista de primeira grandeza, escrito no início da década de 80, tratando da *desbiologização da paternidade*. Na essência, o trabalho procura dizer que o vínculo familiar seria mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico. Assim surgiria uma nova forma de parentesco civil, a *parentalidade socioafetiva*.

O CC prevê no artigo 1593 que o parentesco pode ser consanguíneo (genético ou biológico), ou civil se for de outra origem. Logo, ao lado da adoção que classicamente é forma de parentesco civil, temos a socioafetividade.

A construção da parentalidade socioafetiva passou pela noção de posse do estado de filho. É verdade que a velha posse do estado de filho existia, e ainda existe, para as hipóteses em que, na falta de registro, se pretende provar a filiação biológica. O artigo 349 do CC/16 dispunha:

Art. 349. Na falta, ou defeito do termo de nascimentos poderá provar-se a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito:

I - Quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjuntas ou separadamente.

II - Quando existem veementes presunções resultantes de fato já certos.

A redação do art. 349 é reproduzida pelo art. 1605 do Código Civil de 2002.

Explica Silvio Rodrigues que a posse do estado de filho consiste no desfrute público, por parte de alguém, daquela situação peculiar ao filho legítimo, tal o uso do nome da família, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais, aliado à persuasão geral de ser a pessoa, efetivamente, filho legítimo¹⁷.

Feita a adaptação das lições à nova ordem constitucional, note-se que a posse do estado de filho é matéria de prova de filiação e não de estabelecimento de vínculo entre pessoas que biologicamente não são parentes.

A posse do estado de filho, historicamente, exigia três elementos para a prova do vínculo existente:

1. *Nomen* ou *nominatio*: o filho devia portar o sobrenome (ou apelido) de seus pais;
2. *Tractatus* ou *tractatio*: o filho é tratado pelos pais como filho e os trata como pais;
3. *Reputatio* ou *fama*: a sociedade deve reconhecê-los como pai e filho.

Presentes estes elementos, há clara presunção de paternidade, apesar da ausência ou defeito do registro.

E qual a relação da posse do estado de filho com a parentalidade socioafetiva? Foi a partir de seus elementos (nome, trato e fama) que a doutrina começou a traçar as características da parentalidade socioafetiva.

Em sua origem, filho socioafetivo era a pessoa registrada e que tinha o sobrenome de homem, este, que sabia não ser seu pai; havia o tratamento de pai e filho e a sociedade os reconhecia como tal. Em razão disto, nos primórdios da construção da categoria, foram utilizados os elementos da figura da posse do estado de filho.

Atualmente, as categorias se dissociaram. É verdade que os elementos *tractatio* e *reputatio* estão presentes no conceito de parentalidade socioafetiva, mas o nome se tornou irrelevante.

¹⁷ Direito de família, p. 283.

Sobre a valorização do vínculo afetivo como fundamento do parentesco civil, escreve Paulo Luiz Netto Lôbo que: “o modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. (...) Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”¹⁸.

A partir destas lições, nota-se que os Tribunais passam a admitir o afeto como motivo bastante para criação de parentesco. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que: “A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja apenas a concentração entre as paternidades jurídicas, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares.”¹⁹.

¹⁸Filiação e princípio da afetividade, ... Acesso em: 24 jan. 2006)

¹⁹“AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRO. Uma de suas formas é a ‘posse de estado de filho’, que é a exteriorização da condição filia, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o ‘estado de filho afetivo’, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva e todos os seus consectários. (TJ/RS, Apelação provida por maioria. Apelação cível n. 70008795775, 7ª Câmara de Direito Privado, Relator José Carlos Teixeira Giorgis, 23 de junho de 2004).”

Em razão da premissa pela qual pai é quem cria e não quem participa com material genético, o instituto da parentalidade socioafetiva tomou forma no direito brasileiro e as decisões dos Tribunais sobre o tema se multiplicaram. Contudo, a questão está longe de ser pacífica e muitas questões surgem com a constatação de que o afeto é fonte de vínculos familiares.

Algumas situações retratadas nos julgados merecem especial atenção.

a) O afeto prestigiado e a responsabilidade assegurada.

Hipótese recorrente em que se debate a parentalidade socioafetiva é a da adoção à brasileira, em que um homem registra, como seu filho, quem sabe ser biologicamente de terceiro.

Normalmente, isso ocorre quando uma mulher, já grávida, inicia um relacionamento afetivo com certo homem e com ele se casa ou constitui união estável. O homem se voluntaria a ser pai daquela criança que está sendo gestada.

A partir desta opção, ao nascer a criança, há o trato e a fama, há o convívio, há o afeto e desta relação de poder surge a responsabilidade. Os efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo são idênticos aos do parentesco consanguíneo, como todos os direitos e deveres dele decorrentes.

Contudo, em certo momento da vida (normalmente após o fim da união estável ou quando do divórcio com a mãe da criança), este pai propõe ação negatória de paternidade invocando a verdade biológica para desfazer o vínculo.

A reação da doutrina e da jurisprudência é uníssona: o vínculo constituído, que gera responsabilidade, não pode ser desfeito, pois a construção da relação afetiva não permite arrendimento.

Os julgados ponderam que o afeto como forma de formação de vínculos independe da realidade biológica. Nesse sentido, o TJ/SP já decidiu que o filho tem direito de produzir prova do vínculo socioafetivo, em que pese o exame de DNA ter excluído a

paternidade biológica, cassando a sentença de Primeira Instância que havia julgado a ação negatória de paternidade cumulada com exoneração de pensão procedente.²⁰

A orientação do STJ é firme e reiterada. Não é possível o desfazimento do vínculo socioafetivo voluntariamente construído. Já em 2007 aquele Tribunal decidiu:

"O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica (...). Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos"²¹

Posteriormente, em decisão data de 2012, o STJ volta ao tema e a conclusão é a mesma, conforme noticiou o site daquele Tribunal:

"O registro espontâneo e consciente da paternidade – mesmo havendo sérias dúvidas sobre a ascendência genética – gera a paternidade socioafetiva, que não pode ser desconstituída posteriormente, em atenção à primazia do interesse do menor. A Min. Relatora consignou que, no caso, apesar de lamentável a falta de convivência entre o pai e a criança, tal situação não é suficiente para rediscutir o registro realizado de forma consciente e espontânea. Ressaltou, ainda, que o **reconhecimento de inexistência de vínculo genético não pode prevalecer sobre o *status* da criança (gerado pelo próprio pai registral há mais de 10 anos), em atenção à primazia do interesse do menor**. Ademais, a prevalência da filiação socioafetiva em detrimento da verdade biológica, no caso, tão somente dá vigência à

²⁰Ap. 464.936-4/0-00, 5a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mathias Coltro, Comarca de Barueri.

²¹REsp 234.833/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 22/10/2007 p. 276. Interessante notar que neste caso o MP se vale do recurso especial para anular a paternidade registral baseada no afeto, por haver uma declaração falsa do pai socioafetivo. A decisão é perfeita ao afirmar que "essa atuação do *Parquet*, contudo, não tem o condão de conferir legitimidade à pretensão originariamente deduzida, visto que, em assim sendo, seria o mesmo que admitir, ainda que por via indireta, aquela execrada potestade, que seria conferida ao declarante, de desconstituir a relação jurídica de filiação, como fruto da atuação exclusiva de sua vontade".

cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano”.²²

As decisões do STJ refletem entendimentos que paulatinamente se consolidaram nos Tribunais Estaduais, não sem divergência.

A síntese da compreensão do STJ sobre a questão e o prestígio que tem o afeto vem das palavras da Ministra Nancy Andrichi²³:

“não há como desfazer um ato realizado com perfeita demonstração de vontade, como ocorreu no caso dos autos, em que o próprio recorrido [o pai não-biológico] manifestou que sabia não haver vínculo biológico com a criança, e, mesmo assim, reconheceu-a como sua filha. Se o fez com o intuito de agradar sua então mulher, tal motivação não caracteriza coação, como alegou de início. O recorrido jamais poderia valer-se de uma falsidade por ele mesmo perpetrada, o que, a seu ver, corresponderia a utilizar-se de sua própria torpeza para benefício próprio, o que realmente seria muito conveniente, em prejuízo direto à criança envolvida. É preciso ter em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos e que a ambivalência nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças. Isso impõe ao julgador desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento”.

Prevaleceu a ideia de que a parentalidade voluntariamente reconhecida não permite seu posterior desfazimento. O AFETO venceu o DNA: a realidade afetiva prevalece sobre a biológica.

b) O afeto novamente prestigiado e a responsabilidade assegurada

²²REsp 1.244.957-SC, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 7/8/2012”.

²³REsp1.003.628/DF

Outra constante que se nota é a hipótese de parentes biológicos do falecido que propõem ação negatória de paternidade visando à exclusão do filho socioafetivo da sucessão do falecido. Em outras situações, o cônjuge ou companheiro do falecido propõe a ação contra o filho socioafetivo.

Estas demandas têm por escopo exclusivamente o prevalecimento da verdade biológica com o fito de punir o filho socioafetivo, afastando-o da herança de seu falecido pai. As ações são frutos de uma concepção puramente patrimonialista do direito civil, em que a pessoa humana fica relegada a um segundo plano, ao papel de ator coadjuvante.

Sem qualquer exagero, a ação promovida por irmãos, madrastas ou padrastos revelam os recônditos mais sombrios da alma humana. Normalmente, após anos, quiçá décadas de convivência, de um comportamento harmônico em evidente comunhão familiar, com o falecimento do pai, marido ou esposa, aquele que tem vínculos biológicos ou é aliado por casamento ou união estável, promove demanda para desqualificar a história de uma vida, sob o singelo fundamento de que “ele não é sangue do nosso sangue”.

O exame de DNA é elevado às alturas, como sinal da vontade divina e suprema por parte da doutrina tradicional. Resumir o conceito de parentalidade à genética é uma diminuição do conceito de família na pós-modernidade.

As decisões do STJ são uníssonas. A verdade socioafetiva prevalece sobre a biológica.

“O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha. II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu

filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida. IV.A falta de interesse de agir que determina a carência de ação, é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda - *in status assertionis* -, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do art. 269, I, do CPC²⁴

Em outubro de 2001, O. de S.B., irmã de M.S.B., ajuizou ação declaratória de inexistência de parentesco alegando que A.C.M.B. não era sua sobrinha biológica e que o reconhecimento feito antes do falecimento do irmão teria sido simulado, caracterizando falsidade ideológica. Acompanhando o voto da relatora, ministra Nancy Andrighi, a Turma, por unanimidade, entendeu que a ausência de vínculo biológico é fato que, por si só, não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento, já que a relação sócio-afetiva não pode ser desconhecida pelo Direito. Em seu voto, a relatora detalhou a evolução legislativa e jurídica do conceito de filiação e citou jurisprudência e precedentes que permitiram o amplo reconhecimento dos filhos ilegítimos. Nancy Andrighi reconheceu que o STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação nas circunstâncias em que há dissenso familiar, em que a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu.²⁵

Se o AFETO prevaleceu nas decisões em questão, o DNA teve sua revanche conforme demonstraremos a seguir.

c) O afeto ignorado e a irresponsabilidade premiada.

Situação recorrente, ainda, é a do pai socioafetivo cuja parentalidade foi constituída com base em erro. Trata-se do erro como vício do consentimento, que revela uma falsa noção da realidade. Se o declarante soubesse que não era pai biológico, não teria se tornado seu pai registral.

²⁴REsp 1.259.460-SP, DJe 29/6/12.

²⁵ A informação foi veiculada no site do STJ em 19 de setembro de 2007.(http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao . Acesso em 21 de agosto de 2013)

Em suma: o pai registrou filho alheio pensando ser próprio em razão de ter sido enganado por sua mulher, ou porque ela também desconhecia tal fato.

Nessa hipótese, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. - Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico. - A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. - A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade. - **Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.** - E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido”²⁶.

Em caso semelhante, a decisão do TJ/SP não foi outra. “Aliada à incompatibilidade biológica está a demonstração do erro. O reconhecimento não se operou por vontade sã, mas viciada pelo equívoco. É certo que poderia o autor haver se mostrado superior, homenageando seu próprio interesse sentimental, demonstrado que por algumas provas

²⁶REsp 878.954/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007 p. 339.

juntadas aos autos, especialmente as fotográficas. Há indicativo de grande afeição que tinha ou ainda tem o autor pela requerida, a quem tratou, durante algum tempo como filha. Essa relação jurídica parental, por ele estabelecida, só por ele poderia ser desfeita. **Abriu mão de ligação afetiva estreita e intensa, quiçá sem substituição, isto em razão de desavença com a mãe da menor. Garantiu orgulho e perdeu um filho (...)** Confundi o autor seus sentimentos e deixou-se levar pela soberba”²⁷

As decisões se avolumam. Também o TJ/MG assim decidiu:

“Apelação cível. Ação negatória de paternidade. Decadência não configurada. Existência de erro essencial no reconhecimento voluntário da paternidade. Invalidez presente. Recurso provido. 1. As ações negatórias de paternidade, por serem ações constitutivas negativas e de estado, são imprescritíveis e não estão sujeitas à decadência. 2. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável, desde que válido. 3. Comprovada, através de exame de DNA, a existência de erro essencial, revela-se inválido o reconhecimento voluntário de paternidade. 4. Apelação cível conhecida e provida para afastar a decadência e acolher a pretensão inicial.”²⁸

O STJ mantém atualmente a orientação pela qual, comprovado o vício do consentimento, a paternidade registral se desfaz, prevalecendo a biológica. Contudo, se não houver prova do vício, prevalece a paternidade registral e conseqüentemente a socioafetiva.²⁹

Além dessa possibilidade de negar a paternidade, os Tribunais tem fixado dano moral em favor do pai enganado. Assim, a imprensa noticia que um homem que, durante mais de 20 anos, foi enganado sobre a paternidade biológica dos dois filhos deve receber R\$ 200 mil de indenização por danos morais da ex-mulher, em razão da omissão referida.

²⁷Ap. Cível 307.074-4/0-00, Rel. Des. Gavião de Almeida.

²⁸Processo nº 1.0701.07.187182-9/001(1), Des. Caetano Levi Lopes, j. 26.02.2008.

²⁹“Reconhecida a paternidade, por escritura pública, levada ao Registro Civil, não há amparo para que o genitor venha ulteriormente a negá-la, ainda que, por exame de DNA, seja excluída a paternidade biológica, não prejudicando o reconhecimento o fato de o Acórdão recorrido aludir à sua realização como ‘adoção à brasileira’. Fica evidenciado que o Tribunal a quo, com base no conjunto probatório, entendeu não restar caracterizado o vício de consentimento apto a ensejar a nulidade pretendida, concluindo conforme orientação emanada da Terceira Turma desta Corte Superior”.(REsp 1098036/GO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 01/03/2012)

Por 3 votos a 2, a 3ª Turma do STJ manteve o valor da indenização fixado pelo TJ-RJ. Segundo a relatora, ministra Nancy Andrighi, o desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a dignidade e a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados³⁰.

d) **O afeto perplexo.**

A derradeira reflexão sobre a parentalidade socioafetiva surge quando o filho pretende ver a parentalidade biológica prevalecer sobre a socioafetiva.

Teria o filho o direito de optar pela parentalidade biológica em detrimento da socioafetiva? A parentalidade seria uma decorrência da vontade do filho ou uma realidade construída?

A decisão do STJ de dezembro de 2012 revela um entendimento que gera perplexidade:

“É possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado conforme prática conhecida como “adoção à brasileira”. A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética

³⁰A notícia foi veiculada no site do STJ em 17 de setembro de 2007 http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao. Acesso em 27 de outubro de 2013. Interessante que o mesmo STJ não condenou o cúmplice por adultério, ou seja, o pai biológico da criança, por danos morais: “1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, *caput* e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.122.547 - MG)

insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como “adoção à brasileira”, ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a “adoção à brasileira” e a adoção regular. Ademais, embora a “adoção à brasileira”, muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor”³¹.

A hierarquia sugerida pelo julgado em que a paternidade biológica prevalece sobre a socioafetiva é conclusão perigosa. A opção do filho pela paternidade biológica pode decorrer de interesses poucos nobres e não abonados pelo Direito. Exemplo disso se dá se a opção decorrer do fato de o pai biológico ser mais rico, ou mais condescendente com os erros cometidos pelo filho.

A construção socioafetiva é relegada a um segundo plano e, como se por um passe de mágica, nunca tivesse existido.

Não se discute a possibilidade de se conhecer a sua origem genética ou ancestralidade como direito da personalidade. Isso não se confunde com a criação de vínculos. O conhecimento da origem genética não gera qualquer vínculo. É apenas uma informação.

O que decidiu o STJ foi muito diferente de um simples debate sobre a origem genética. O Tribunal desfez a paternidade socioafetiva construída por um único motivo: a vontade do filho requerente.

³¹Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. REsp 1.167.993-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2012.

V – Notas conclusivas

Em conclusão, no embate entre a parentalidade biológica (DNA) e socioafetiva (AFETO), nada está decidido. Em se tratando de erro do pai, prevalece o aspecto biológico e vence o DNA. Entretanto, se houve reconhecimento voluntário de filho alheio, o pai não poderá negar a paternidade, sob pena de agredir a boa-fé objetiva, como norma ética de conduta. Prevalece o AFETO sobre o DNA.

Não é nova a questão. Vejamos o seguinte diálogo entre o príncipezinho e a raposa que encontrara:

“- Tu não és daqui, disse a raposa. Que procuras?

- Procuo os homens, disse o príncipezinho. Que quer dizer "cativar"?

- Os homens, disse a raposa, têm fuzis e caçam. É bem incômodo! Criam galinhas também. É a única coisa interessante que fazem. Tu procuras galinhas?

- Não, disse o príncipezinho. Eu procuro amigos. Que quer dizer "cativar"?

- **É uma coisa muito esquecida, disse a raposa. Significa "criar laços..."**

- Criar laços?

- Exatamente, disse a raposa. Tu não és para mim senão um garoto inteiramente igual a cem mil outros garotos. E eu não tenho necessidade de ti. E tu não tens também necessidade de mim. Não passo a teus olhos de uma raposa igual a cem mil outras raposas. Mas, se tu me cativas, nós teremos necessidade um do outro. Serás para mim único no mundo. E eu serei para ti única no mundo...

- Começo a compreender, disse o príncipezinho. Existe uma flor... eu creio que ela me cativou..."

O direito hoje, dá razão à Saint-Exupéry quando, em 1943, na obra “O pequeno príncipe” escreveu a frase que faria História: “Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”.

Entendemos que essas conclusões apenas refletem o atual estado da arte, mas estão longe de ser definitivas. No tocante à prevalência do DNA, essa não é nossa opinião.

Referências bibliográficas

ALVES, Moreira. *Direito Romano*. v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ANGELIN, Karinne Ansiliero. *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Tese (Mestrado). São Paulo, 2012.

BUNAZAR, Mauricio. *Taxonomia da sanção civil: para uma caracterização do objeto da responsabilidade civil*. In *Revista Juris da Faculdade de direito, FAAP*, vol. 5, jan./jul. 2011, p. 39-42.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil: introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*. v. I. Paris: Quadrige, 2004.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. vols. 1 e 2. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos : análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário*. Tese (Doutorado). São Paulo, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. v. 1. Belo Horizonte; São Paulo: Del Rey, Escola Paulista de Direito, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Filiação e princípio da afetividade*. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_2_4.php, consulta em 11.04.2004.

MAZEAU, Henri; MAZEAU, Léon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tomes I et II. Paris: Éditions Montchrestien, 1965.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

