

## SUMÁRIO

1. A filiação. 2.A filiação socioafetiva. 3. A desconstituição judicial da filiação socioafetiva. 4. Conhecimento da origem e ruptura dos vínculos parentais. 5. Decadência da rejeição. 6. O parto anônimo. 7. A filiação sucessória. 8. Bibliografia.

### 1. A filiação

De acordo com o artigo 1.603 do Código Civil, a filiação é determinada pela certidão do termo de nascimento registrada no Ofício Civil. Este dispositivo traz em seu escopo o princípio explícito da paternidade socioafetiva, porque o status jurídico de pai decorre do reconhecimento dessa condição no respectivo termo de nascimento levado para registro e não do eventual vínculo de sangue, que deveria, em tese, corresponder à verdade registral.

Como diz Luiz Edson Fachin “a prova da filiação mencionada no art. 1.603 pode também sustentar a posse do estado de filho, fundada em elementos que espelham o nomen, a tractatio, e a fama (reputação). Por conseguinte, o termo de nascimento pode espelhar uma filiação socioafetiva.”

Coerente essa inafastável visão dos interesses prevalentes da criança e do adolescente, sobretudo quando, na atualidade, a família passou de instituição revelada pelos laços de sangue para se assentar nos laços de afeto.

Por seu turno, o art.1614 do Código Civil estabelece um prazo de quatro anos, contados da sua maioridade civil, para o filho reconhecido sem o seu consentimento impugnar este reconhecimento, não obstante o STJ já tenha se pronunciado pela voz da Ministra Nancy Andrighi, no REsp 833.712/RS, para aduzir que uma relação socioafetiva não retira o direito de o filho adotado à brasileira ter conhecimento de sua real história familiar e pesquisar sua verdade biológica usurpada desde o seu nascimento até a idade madura.

Ao comentar o art. 1.614 do Código Civil, Luiz Edson Fachin explica que: “alcançada a maioridade, a formação do vínculo parental deixa de ser uma configuração presente tão-só na esfera ascendente. Se já há regras limitativas ao reconhecimento do menor, edificadas na proteção e defesa dos interesses da criança e do adolescente, razão igual não poderia deixar a descoberto o filho maior. Atende-se aí, ao menos de certo modo, a idéia segundo a qual a paternidade se faz, vale dizer, é mais uma construção permanente e contínua, e é menos um dado previamente estabelecido”.

Não obstante a precisão dos exames genéticos capazes de identificar a exata filiação biológica em níveis de certeza próximos a cem por cento, não tem prevalecido nas dissensões processuais o elo da filiação consangüínea, como talvez fosse de se esperar diante da cultura da verdade biológica, mas, contrariamente, e essa realmente deve ser a tônica das decisões judiciais, a dianteira tem sido ocupada pela verdade socioafetiva em compreensível detrimento da realidade genética.

### 2. A filiação socioafetiva

Sábria percepção doutrinária e jurisprudencial passou a discorrer acerca da posse de estado, cuja instituição tem dado subsídios para o acolhimento da filiação sustentada exclusivamente na relação de existência de vida em comum, valorizando as relações de afeto e não mais o mecânico elo biológico, como no passado sempre prestigiou a lei brasileira ao reconhecer como pai o procriador, invés daquele que criou, educou e amou um filho de outrem como se realmente fosse seu.

O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque esta, quando desligada do afeto e da convivência, nada mais representa do que um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra do descuido e da pronta rejeição. Não

podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, pessoais e matérias da relação natural de filiação.

A filiação consangüínea só coexiste com o vínculo afetivo, com o qual se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, esta, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções do poder familiar, previstos pelos artigos 1.634 e 1.690 do Código Civil.

Mas não deixará de ser genitor aquele ascendente com temperamento mais frio, menos afetuoso e mais distanciado, por decorrência de sua própria educação e formação familiar, mas que não deixou de se fazer presente na vida, direção, criação e educação do filho.

Em contrapartida, não pode ser considerado genitor o ascendente biológico da mera concepção, tão-só porque forneceu o material genético para a concepção e nascimento do filho que nunca desejou criar.

### **3. A desconstituição judicial da filiação socioafetiva**

Segundo Paulo Lôbo, a desconstituição do registro de nascimento implica em ser requerida a impugnação dentro do prazo legal de preclusão de quatro anos, contados após a maioridade civil da pessoa registrada e assim sentencia: “A Constituição não elegeu a origem biológica como fundadora da família. Ao contrário, dispensou-a, para fixar-se na relação construída no afeto e na convivência familiar, tendo ou não consangüinidade (...) O reconhecimento do genitor biológico não pode prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar, que freqüentemente ocorre entre a mãe que registrou o filho e outro homem, com quem casou ou estabeleceu união estável, e que assumiu os encargos da paternidade.”

Para Silmara Juny Chinelato “o mérito da ação examinará outros aspectos que levarão à procedência ou à improcedência da ação, não me parecendo possa fundar-se apenas na não-coincidência entre a paternidade socioafetiva e a biológica, o que, em muitos casos, acoberta a busca tão-só do patrimônio do fornecedor do gene ou do de seu espólio. Ao repetir o prazo de quatro anos do art. 362 do Código Civil de 1916 no art. 1.614, parece que a intenção do legislador antigo e atual foi prestigiar a paternidade civil, que no mais das vezes reflete a verdadeira paternidade: a socioafetiva”.

Não é outra a reiterada interpretação jurisprudencial, mas apenas quando enfrenta a tentativa de ruptura de sólidos elos afetivos e registrais de adoção à brasileira, como disto são exemplos os Embargos Infringentes nº 599.277.365, oriundos do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, sendo relatora a desembargadora Maria Berenice Dias; ou a Apelação Cível nº 598.300.028, julgada pela 7ª Câmara Cível do TJRS, também tendo como relatora a desembargadora Maria Berenice Dias e, por fim, os Embargos Infringentes nº 70000904821, igualmente do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, sendo relator o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos.

Inequívoca a aplicabilidade do prazo decadencial do art.1.614 do Código Civil de 2002, equivalente ao art. 362 do Código Civil de 1916, quando existente pai registral, porque este foi o verdadeiro doador de amor desinteressado e não aquele contra quem deita a pretensão de investigação pelo elo genético para depois de sua morte, em visível interesse eminentemente econômico, e não mais subsistindo a possibilidade de ser estabelecido um vínculo de comunicação afetiva com pais biológicos que já morreram.

Não pode ser perdido de vista que, se a lei considera imoral o reconhecimento de filho falecido que não deixou descendentes, porque esta ação só teria propósitos sucessórios, por analogia do artigo 4º da LICC, também deve ser considerado imoral um filho que estreitou laços socioafetivos possa pretender investigar uma ascendência biológica para postular depois da morte do ascendente genético, os efeitos materiais da sua condição de filho natural do sucedido.

A capacidade sucessória é verificada ao tempo da abertura da sucessão (art. 1.798 CC) e o óbito do genitor biológico ocorreu quando os vínculos entre o falecido e o investigante sequer existiam, estavam e sempre continuarão atrelados a outro genitor. O filho socioafetivo de outrem, quando promove investigação de ascendência post mortem, não busca vínculos sociais e afetivos com genitor falecido, porque esta aproximação deveria ter sido realizada em vida, muito embora possa ter interesse em conhecer sua história familiar pessoal, para saber quem eram seus pais; saber se tem e quem são seus irmãos; conhecer a nacionalidade e a história de seus pais naturais, para compreender sua infância, sua formação e a razão do seu abandono, ou apenas para proteger sua saúde.

Esta pesquisa do parentesco sucessório só tem a intenção o constrangedor propósito econômico se ressentir de qualquer vínculo mínimo de afeição, que nunca existiu entre corpos e mentes longamente distanciados. Sua movimentação processual cinge-se a pedir um quinhão hereditário por corolário da sua matriz biológica e, portanto, se apresenta moralmente inadmissível considerar a eventual procedência desta estranha e tardia reivindicação parental, que ousa sepultar só no processo, nunca na sua versão axiológica, uma preexistente paternidade ou maternidade de efetiva relação de filiação, fruto do amor sincero e incondicional, obra da interação de pais e filhos aproximados pelo afeto e não pela identificação genética.

Uma demanda ajuizada para desconstituir a relação afetiva e dar lugar ao frio vínculo puramente biológico, intentada depois da morte do genitor consangüíneo não deve encontrar respaldo na jurisprudência nacional, quando o investigador sempre teve pais socioafetivos e registrai, e não desconhecia a desconexão biológica dos seus pais do coração.

A eventual procedência desta classe de ação não gerará qualquer efeito prático, e nem irá abalar o sólido relacionamento já enraizado entre o filho e seus genitores socioafetivos. A união e o relacionamento afetivo construídos no ambiente familiar estão sacramentados e se tornam vínculos perenes, que não podem ser apagados por uma sentença judicial de desconstituição do liame parental. A sentença não cria uma parentalidade póstuma, pois não há mais espaço para estreitar laços com quem já faleceu. Quem investiga os vínculos cromossômicos de um pai morto, realmente não procura um genitor, pois não mais poderá encontrar um pai que nunca quis procurar em vida. Seu foco é o direito hereditário da vinculação genética, com a precedente desvinculação afetiva judicial, como se a herança material fosse a desumana premiação de uma relação consangüínea, e como se o indefectível teste científico de DNA bastasse para apagar a história da filiação surgida de um longo e despojado relacionamento de amor.

Todos os personagens deste cenário processual sabem que o registro parental e a verdade biológica nada significam quando pais e filhos sempre estiveram unidos pelos sinceros laços da espontânea afeição.

Foi o ascendente socioafetivo quem desempenhou a função parental e atuou como educador, ao irradiar afeto, amizade e compreensão. Foi ele quem, sem vacilar, emprestou seu nome para completar a personalidade civil daquele que acolheu por amor, não sendo aceitável que um decreto judicial atue como prenúncio de morte da afeição, entre personagens ausentes, onde um jamais quis participar da vida do outro.

Impossível desconsiderar como cerne da relação familiar a coexistência dos laços de interação parental, vivendo e convivendo os componentes de uma família em recíproco afeto e de solidariedade familiar. A herança existe para a sobrevivência, para manter íntegros os laços do conjunto familiar, e não para atirar a cobiça de estranhos apenas ligados pelos vínculos consangüíneos, mas que representam figuras carentes de relacionamento fático e afetivo.

A paternidade ou maternidade mais importante nasce dos vínculos do tempo e do amor incondicional, e não de uma sentença que declare ser genitor uma pessoa já falecida.

Como escreve Maria Cristina Frascari: "Invocar apenas critérios genéticos, negando-se a própria natureza humana, que só realiza e constrói em conjunto, em sócio, em amor e desejo é valorização um tanto precária, carecedora de reflexões no mundo jurídico e social em uma visão atual e moderna. O Direito não pode correr este risco não pode focar sua leitura, somente na conjuntura normativa e codificada a pós-modernidade clama por medidas mais justas para filhos, mães e pais. Não se faz justiça sem equilíbrio e equidade. Não se estabelecem direitos coletivos em detrimento dos individuais. Não se geram filhos individualmente é prática impossível e desconhecida. Não se é pai ou mãe sozinho não se é filho sem afeto ou amor".

A paternidade ou a maternidade consangüínea podem registrar um elo biológico, mas em nada expressam um vínculo paterno ou materno os pais doadores do material genético. Verdadeiros pais são aqueles que criam seus dependentes como filhos, com ou sem o registro civil, e se também registram a prole, consignam por escrito seu afeto e sua dedicação parental.

Não é suficiente a mera verdade biológica, pois ela deve coexistir com a prevalente verdade afetiva, que a completa com a verdade registral da filiação.

Como acentua Jacqueline Filgueras Nogueira: "O vínculo de sangue tem um papel definitivamente secundário para a determinação da paternidade; a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não que se determina. A paternidade sócio-afetiva, sob a noção da "posse de estado de filho que ganha abrigo nas mais recentes

reformas do direito internacional, não se funda com o nascimento ma, num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica, no estabelecimento da filiação”.

Portanto, a parentalidade científica só pode ter sentido como relação de filiação, quando coincidir com a vinculação afetiva, jamais invertendo estes valores, muito menos se a intenção se traduz em gerar dinheiro no lugar do amor.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama discorre sobre a filiação afetiva porque nem sempre o “melhor pai ou mãe é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo”, e completa ao explicitar que “ tal orientação vem merecendo atenção por parte de vários sistemas jurídicos que reformaram suas legislações em matéria de filiação com a introdução, por exemplo, da noção de posse de estado de filho (...) No direito brasileiro, com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de assegurar a primazia da tutela à pessoa, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar.”

Mesmo se pudesse ser dito que a investigação de paternidade, ou sua desconstituição seriam opções processuais imprescritíveis, como referem os Embargos Infringentes nº70010467256, do 4º Grupo Cível do TJRS, no voto do desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, os tribunais brasileiros admitem o direito à filiação em função do fundamental direito ao conhecimento da ascendência genética, como há mais tempo decidiram as cortes judiciais alemãs, contudo, sem qualquer efeito patrimonial ou social, mas apenas sob o prisma do livre desenvolvimento da personalidade.

Existem, portanto, duas espécies distintas de demandas de investigação de paternidade ou de maternidade; onde uma objetiva a instituição do vínculo jurídico da paternidade ou da maternidade com a filiação, cujo provimento jurídico acarreta todos os legais, com provimento dos direitos sucessórios, alimentos, se for o caso, e outros efeitos pertinentes à personalidade, como o direito ao uso do nome da família de origem e o estabelecimento de novos vínculos parentais, ou seja, é o direito à vida familiar; e existe o direito ao reconhecimento da ascendência genética com matiz constitucional. Este é o direito à vida íntima, que não se confunde com o direito à vida familiar, porque este filho socioafetivo já tem família, nome, vínculos, alimentos e herança dos seus pais que sabe serem socioafetivos. Entretanto, pode querer conhecer seus ascendentes genéticos, saber sua origem familiar.

#### **4. Conhecimento da origem e ruptura dos vínculos parentais**

Na inseminação artificial heteróloga as legislações têm relativizado a possibilidade de ser identificado o doador do material genético, especialmente por motivações de preservação da vida ou para o conhecimento da identidade genética, que permita ao investigante conhecer sua ascendência consangüínea.

Mas, como adverte Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o conhecimento da origem biológica não envolve qualquer possibilidade de retorno à família natural e acrescenta: “Em outros termos: o direito à identidade pessoal deve abranger a historicidade pessoal e, aí inserida a vertente biológica da identidade, sem que seja reconhecido qualquer vínculo parental entre as duas pessoas que, biologicamente, são genitor e gerado, mas que juridicamente nunca tiveram qualquer vínculo de parentesco. O mesmo deve ser dito relativamente à adoção que, nos casos de recém-nascidos, não abrangeu o conhecimento dos pais naturais pela criança adotada que, no futuro, deve ter direito à identidade dos pais naturais diante do exercício do direito à identidade pessoal que, como visto, inclui a historicidade biológica da pessoa sem haver qualquer possibilidade de retorno à família natural, porquanto a adoção é irrevogável.”

Este efeito da irrevogabilidade dos laços de filiação ocorre de modo expresso no instituto da adoção civil, que se faz plena e pelo princípio da igualdade entre os filhos, eterniza o estabelecimento dos vínculos de parentesco entre o adotado e parentes do adotante, e entre o adotante e descendentes do adotado (art. 41, § 2º do ECA). Por esta razão, o falecimento da pessoa adotada exclui os pais biológicos e somente possibilita o chamamento de seus ascendentes adotivos como legalmente sucessíveis.

Os pais biológicos são totalmente alijados da herança, por determinar a adoção o rompimento de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 1.626 do CC).

Como têm decidido os tribunais, em nada difere um ato de adoção jurídica da prática

desenvolvida pela adoção à brasileira, consistente no ato de registrar uma pessoa falsamente como se fosse um filho biológico, fora dos ditames legais da adoção, justamente burlando os cuidados, princípios e pressupostos ordenados na legislação, mas ninguém sustenta em sã consciência, que esta adoção informal não se trate de um gesto de amor. E se há o sincero desejo de aproximar pelo afeto duas ou mais pessoas em vínculos de filiação não-biológica, é inaceitável qualquer decisão judicial capaz de fazer retornar o filho adotivo aos vínculos naturais de parentesco por motivos econômicos.

Na lição de Pontes de Miranda, não perquire a lei de um interesse legítimo e sim de um interesse jurídico e nada guarda de jurídico um interesse subalterno como esse, de aceitar a execração judicial de um ascendente socioafetivo, com registro cartorial e longa vinculação afetiva, para apagar toda relação pretérita de amor e convivência afetiva entre pais e filhos, apenas para conquistar em juízo uma filiação exclusiva de ordem material.

Conforme prescreve o art. 1.603 do Código Civil, a filiação é determinada pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil e se bem visto, este dispositivo carrega em sua gênese o princípio explícito da paternidade socioafetiva, porque atribui o status jurídico de pai pelo assento do nascimento levado para registro e não por consequência do eventual vínculo de sangue.

Luiz Edson Fachin ressalta a relevância da função do registro civil, que representa “a biografia jurídica do cidadão, no qual estão indelevelmente fixados os fatos relevantes da vida de cada um, como o nascimento, o nome, a filiação, o casamento, o óbito, etc.” e, ao comentar o art. 1.614 do Código Civil, explica que “alcançada a maioridade, a formação do vínculo parental deixa de ser uma configuração presente tão-só na esfera ascendente. Se já há regras limitativas ao reconhecimento do menor, edificadas na proteção e defesa dos interesses da criança e do adolescente, razão igual não poderia deixar a descoberto o filho maior. Atende-se aí, ao menos de certo modo, a idéia segundo a qual a paternidade se faz, vale dizer, é mais uma construção permanente e contínua, e é menos um dado previamente estabelecido”.

Também Silmara Juny Chinelato chama a atenção para o fato de que “o mérito da ação examinará outros aspectos que levarão à procedência ou à improcedência da ação, não me parecendo possa fundar-se apenas na não-coincidência entre a paternidade socioafetiva e a biológica, o que, em muitos casos, acoberta a busca tão-só do patrimônio do fornecedor do gene ou do de seu espólio. Ao repetir o prazo de quatro anos do art. 362 do Código de 1916 no art. 1.614, parece que a intenção do legislador antigo e atual foi prestigiar a paternidade civil, que no mais das vezes reflete a verdadeira paternidade: a socioafetiva”.

Quem acolhe desde o nascimento como genitor do coração, constitui a voluntária paternidade ou maternidade socioafetiva da solidariedade, com gestos reais de amor que formatam e contam a verdadeira história de uma filiação. Essa relação não pode ser desconstituída, é irretroatável, não deve e nem pode ser desfeita em nome da filiação da sucessão, o investigador vai apenas identificar o doador do material genético que lhe deu origem e existência, vai conhecer sua identidade ao exercer o direito ao conhecimento da sua vida íntima e não no exercício da sua vida familiar, porque família ele já tem.

Como diz Paulo Lôbo, “a Constituição não elegeu a origem biológica como fundadora da família. Ao contrário, dispensou-a, para fixar-se na relação construída no afeto e na convivência familiar, tendo ou não consangüinidade (...) “O reconhecimento do genitor biológico não pode prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar, que freqüentemente ocorre entre a mãe que registrou o filho e outro homem, com quem casou ou estabeleceu união estável, e que assumiu os encargos da paternidade”.

Esta é a interpretação reiterada da jurisprudência pátria em casos de desconstituição de paternidade ou maternidade socioafetiva, como disto são exemplos os Embargos Infringentes nº599.277.365, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, na relatoria da desembargadora Maria Berenice Dias; e também quando ela julgou a Apelação Cível nº598.300.028, igualmente da 7ª Câmara Cível do TJRS e dos Embargos Infringentes nº70000904821, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, sendo relator o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos.

## **5. Decadência da rejeição**

É pertinente, portanto, a aplicabilidade do prazo decadencial do art. 1.614 do Código Civil de 2002, equivalente ao art. 362 do Código Civil de 1916, sempre quando existentes pai e mãe registral, doadores de amor desinteressado, impedindo este dispositivo de lei, sob todas as formas,

possa ser alterada esta realidade social para dar espaço a um clamor material que desdenha o afeto dos pais do coração.

Não há outro destino para a pretensão de investigar a paternidade ou maternidade biológicas, com pedido cumulativo de petição de herança e desconstituição da paternidade ou maternidade registral, e que não passe pela inevitável declaração da decadência da ação por não ter sido proposta a ação de desconstituição do elo registral nos quatro anos que se seguiram à maioridade do impugnante. Logo, tendo decaído do direito de tentar desconstituir o registro de nascimento onde constam os nomes dos pais do afeto, devem prevalecer os vínculo socioafetivos, protegidos pela estabilidade jurídica do instituto da decadência.

Não há outro destino para a pretensão de investigar a paternidade ou maternidade biológicas, com pedido cumulativo de petição de herança e desconstituição da paternidade ou maternidade registral, e que não passe pela inevitável declaração da decadência da ação por não ter sido proposta a ação de desconstituição do elo registral nos quatro anos que se seguiram à maioridade do impugnante. Logo, tendo decaído do direito de tentar desconstituir o registro de nascimento onde constam os nomes dos pais do afeto, devem prevalecer os vínculo socioafetivos, protegidos pela estabilidade jurídica do instituto da decadência.

Ainda que pudesse ser evidenciada a possibilidade de ser investigada a filiação biológica quando preexistente vinculação socioafetiva, esta investigação processual precisa ser limitada aos direitos da personalidade, sem interferir no já existente estado de filiação proveniente da estabilidade fática ou registral dos laços afetivos, sobretudo quando construídos no cotidiano papel de genitor e prole.

Como bem ilustra Paulo Lôbo, só podem investigar a paternidade aqueles que não tenham pais, não mais sendo função da investigatória atribuir filiação biológica, porque esta é apenas uma das fontes de filiação. O estado de filiação supõe a convivência familiar, a relação social e afetiva, proveniente da estabilidade das relações empreendidas com o tempo, amor e dedicação entre pais e filhos.

Portanto, soa divorciado do bom-senso permitir a pesquisa da origem genética e a desconstituição do genitor registral, movido pelo reles interesse em um quinhão hereditário de um espólio deixado por quem nunca exerceu a função parental e, subitamente é feita tábula rasa de uma estável história socioafetiva.

Seria de indagar, como fez o acórdão proveniente da apelação nº 70014775159, da 7ª Câmara Cível, se o investigador que tem ascendente socioafetivo deduziria igual ação de reconhecimento de vínculo consangüíneo de genitor morto, se este fosse desprovido de posses.

Assim que, tem valor preponderante a realidade do afeto, não havendo como alterar o registro de quem investiga sua parentalidade embora tenha existido densa convivência afetiva com aqueles que no registro constam como seus pais. Tampouco poderão gerar direito hereditário os vínculos biológicos soterrados pela realidade social criada a partir de um falso registro de filiação, restringindo-se ao direito de investigar apenas a origem consangüínea para a proteção dos direitos de personalidade, estes sim, indisponíveis, personalíssimos e imprescritíveis, sem precisar desconstituir a ascendência socioafetiva para ceder lugar à cultura do parentesco biológico.

O caminho correto parece ter sido indicado pelos Embargos Infringentes nº 70010467256, do 4º Grupo Cível do TJRS, com o voto do desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, ao admitir o direito à filiação como o direito fundamental de toda pessoa conhecer sua ascendência genética, mas sem gerar direito patrimonial e sem recuperar o vínculo de parentesco.

Existem duas ordens de investigações de paternidade; uma delas visa a instituição do vínculo jurídico da filiação e acarreta todos os efeitos materiais, sociais e econômicos, particularmente os direitos sucessórios, alimentar, o direito ao nome, dentre outros efeitos de viés social e familiar, mas nesta investigatória nunca existiu convivência socioafetiva.

Nessa linha desponta a jurisprudência brasileira nas demandas de desconstrução dos vínculos provenientes do arrependimento da adoção à brasileira, que relatam longos relacionamentos de afeto parental, secundados por falsas certidões de nascimentos. São ações cumuladas com investigação de paternidade ou de maternidade e perícia genética para provar a verdade consangüínea, e assegurar direitos hereditários de um genitor morto que não dará amor, mas acena para compensações materiais.

Isso ocorreu na Apelação Cível nº 70019623479, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento uníssono, relatado pela desembargadora Maria Berenice Dias, pugnano pela possibilidade da anulação do registro civil socioafetivo, investigação de paternidade e petição de herança, porque o reconhecimento do estado de filiação seria um direito

personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Como a realidade da filiação não decorre da biologia, subsiste noutro extremo o direito ao reconhecimento da ascendência genética, com matiz constitucional, voltado ao direito da personalidade, sem alterar as relações de parentesco anteriormente constituídas. Assim já acontece no âmbito da adoção civil e na procriação artificial heteróloga.

## **6. O parto anônimo**

O Direito de Família tem presenciado importantes transformações no campo da procriação sem nenhuma função parental. Sentimentos frios e distantes encontram nos ordenamentos jurídicos da França, Espanha e Itália, a admissão dos partos discretos e anônimos, outorgando à mulher que tenha dado a luz a uma criança o direito de manter em segredo sua identidade, a ponto de impedir uma futura ação de investigação de filiação e vetar o acesso aos documentos que identifiquem a genitora.

Trata-se de orientação surgida do Código de Napoleão, para fazer depender exclusivamente da vontade da mãe reconhecer os vínculos de uma filiação, e como explica Nuria Magaldi, não é revelada a identidade materna e nem o hospital onde foi realizado o parto, e tampouco é revelado seu nome no registro de nascimento. Respeita esta figura jurídica ao *accouchement sous X*, que permite às mulheres que dão a luz a possibilidade de receberem cuidados médicos e sanitários, manter sua identidade no anonimato e entregarem o recém nascido ao Poder Público para posterior adoção. Este procedimento tem por escopo evitar infanticídios, abortos ou indiscriminados abandonos de crianças, bem como permitir a utilização da maternidade sub-rogada, com a chamada barriga de aluguel, ficando, portanto, proibida a investigação da filiação biológica ancestral.

Dentro dessa orientação de negativa ao conhecimento da identidade biológica a mãe consanguínea pode resguardar sua intimidade e o seu anonimato, porque seu filho não terá acesso às informações que permitissem ou facilitassem a descoberta de sua origem, muito embora ressalve Leila Donizetti, que, na atualidade, a comunidade jurídica francesa tem repensado este princípio do absoluto anonimato para os casos de doação de material genético nas inseminações artificiais heterólogas.

Mas, indubitavelmente, este filho do parto anônimo se tornará com sua entrega para a adoção pelo Poder Público em prole da social afetividade, sem nunca conhecer sua mãe biológica e se puder investigar sua origem irá reconstruir sua história pessoal, contudo seguirá desligado de qualquer vínculo com seus pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Postura diametralmente oposta é adotada pela Constituição Suíça (art.1.192), que garante o acesso de todas as pessoas à informação sobre sua origem, cujo direito prevalece sobre qualquer outro que se oponha a tal conhecimento.

É que a coincidência entre o fato biológico e a vontade de ser genitor confere indubitosa autenticidade ao estado de filiação, mas o liame genético não é elemento imprescindível para ser filho e nem para ser pai ou mãe.

Para o Direito desimporta a coincidência da relação biológica se ausente qualquer elo de interação social e afetiva, porque o exato valor deste estado de filiação depende da coexistência do vínculo afetivo. Esse é o ideal de liame parental, verdadeiro estado de graça quando presentes os vínculos biológicos e de afeição. Como no parto anônimo a mãe se recusa de exercer seu papel parental, seu lugar é ocupado por ascendentes de adoção formal e como esta instituição do parto discreto não existe no Brasil, vencemos recordes de abortos e abandono de recém nascidos.

## **7. A filiação sucessória**

A vida real se distancia da prescrição formal dos códigos e cada vez mais as relações de afeto espelham a verdadeira filiação, surgida de relações espontânea troca diária do afeto cultivado pelo recíproco exercício de amor entre pais e filhos sem elo genético. Esta relação advém do desejo de criar uma pessoa como filho e de ela enxergar naquele que o acolhe, o genitor do coração, que se empenha em educar o filho por opção, dar-lhe alimentação e preencher os espaços vazios causados pelas fissuras do abandono dos pais biológicos.

A adoção à brasileira encontra tráfico na filiação da adoção civil, conforme art. 1.626 do Código Civil, equivalente ao art.41 do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90) que

atribui a situação de filho ao adotado e o desliga de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento, tanto que a 3ª Turma Cível do TJDF ao proibir o filho adotado de participar da sucessão do pai biológico, mas fica ressalvada a possibilidade de o adotado conhecer sua identidade biológica em direito ligado à sua personalidade, com efeito personalíssimo, sem interesse patrimonial. Conhecer as origens consangüíneas na procura dos ascendentes desconhecidos e pesquisar seu nome de família, sua história cultural, religiosa, sua língua, nacionalidade e outros interesses pessoais, é direito relacionado à origem biológica e à identidade da pessoa. Aliás, nada pode ser mais instigante e revelador do que descobrir a razão de certas manifestações pessoais, qualidades e atributos formadores da personalidade da pessoa.

Pela possibilidade votou a 3ª Turma do STJ, pela relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, no julgamento ocorrido em 10 de abril de 2000, ao assentar a possibilidade de ser reconhecido o vínculo biológico de paternidade, sem, no entanto, envolver qualquer desconsideração para com os laços de adoção, porque estes permanecem inalterados e são sabidamente irrevogáveis (art.48 do ECA).

O reconhecimento ao direito da personalidade não depende da criação de um novo vínculo de parentesco, buscado na serôdia investigação de paternidade ou de maternidade, e cuja aventura processual acabaria por violar os sólidos laços de afeto determinados nas hipóteses de posse de estado de filiação, de adoção civil, ou adoção à brasileira, de inseminação artificial heteróloga, de doação anônima de sêmen e do parto anônimo.

Em todos estes casos se faz presente o vínculo afetivo da filiação e nenhum deles prescinde da investigação de paternidade ou de maternidade, porque todos os filhos possuem pais perfilhados pelo elo do amor. Podem recorrer ao Judiciário para conhecerem sua origem, sem este gesto representar um novo vínculo de parentesco, com efeitos econômicos e materiais, porque o direito à identidade pela pesquisa da origem genética envolve apenas elementos de identificação pessoal, permitindo ao investigador identificar seus pais naturais, sem viabilizar qualquer retorno a esta família de origem.

Quando a busca da origem genética tem o propósito exclusivamente sucessório, também pode acontecer de o investigador já haver se habilitado no inventário de seu ascendente socioafetivo. Esta pessoa não pode ter tido dois pais e também pretender herdar do ascendente consangüíneo, com quem nunca teve vínculos de afeto e relação de filiação, pois não calha ao bom senso que recolha a herança material de dois pais.

Esta é a interpretação, a contrário senso, extraída do parágrafo único, do art. 1609 do Código Civil, que permite o reconhecimento da filiação post mortem somente se o filho deixou descendentes, que então serão seus herdeiros.

O reconhecimento da filiação póstuma resulta em um exclusivo e imerecido benefício sucessório para o ascendente que foi completamente omissos em reconhecer em vida a perfilhação de seu filho morto, e este mesmo princípio deve ser analogicamente aplicado à investigatória póstuma da paternidade. A lei quer evitar que o interesse pecuniário anime o pai ao reconhecimento materialista da paternidade, mas se ele perfilhou o filho falecido em vida, nada obsta que recolha a herança. É vedação de cunho moral, porque, para o texto da lei, é antiético um pai reconhecer seu filho já morto e sem descendentes, só para receber a herança.

Igual propósito aparece no caminho inverso, quando é investigada a ascendência biológica de ascendente falecido, preexistindo relação de filiação com genitor registral ou socioafetivo, pois também neste gesto só está contido o propósito material de recolher a herança de um segundo genitor, este de vínculo estritamente biológico, destituído de qualquer envolvimento afetivo, e justamente quando não mais persiste qualquer possibilidade de construir um elo de afeto e convivência de um filho vivo com seu pai genético morto.

É a incidência jurídica do interesse moral, preconizado pelo artigo 3º do CPC, cujo princípio deve inspirar e legitimar a ação investigatória post mortem, de vínculos de parentalidade na filiação meramente genética, destituída de registro civil, convivência e afeição, unicamente engendrada pela cúpida ambição de uma vantagem econômica.

Essas razões de ordem moral estão igualmente presentes no inciso I, do art. 1.693 do Código Civil, quando exclui do usufruto e da administração dos pais, os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento, justamente porque não deseja o legislador que o tardio reconhecimento de um filho só se dê para poder usufruir e administrar os bens do filho que antes nunca quis reconhecer, e como premiação de seu descaso ainda fique dispensado de prestar contas dos haveres do filho, usufruídos e administrados em razão da tardia assunção do

poder familiar.

## 8. Bibliografia

CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao Código Civil, Coord. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. vol. 18, São Paulo: Saraiva, 2004.

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

DOMINGUEZ, Andrés Gil; FAMA, Maria Victoria e HERRERA, Marisa. Derecho constitucional de família, Tomo II, Buenos Aires: Ediar, 2006.

DONIZETTI, Leila. Filiação socioafetiva e direito à identidade genética, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil, vol. XVIII, Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRASCARI, Maria Cristina. Paternidade responsável X paternidade afetiva, In Temas polêmicos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O biodireito e as relações parentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado, Coord. AZEVEDO, Álvaro Villaça, São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito Civil, famílias, São Paulo: Saraiva, 2008.

MAGALDI, Nuria. Derecho a saber, filiación biológica y administración pública, Madrid: Marcial Pons, 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento de paternidade e seus efeitos, atualizado por FERREIRA, Lucia Maria Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 6ª e., 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Direito de Família, São Paulo: Atlas, 3ª e., 2003.