

A sócio-afetividade nos Tribunais

Antônio Carlos Mathias Coltro

Desembargador do TJSP Mestre em Direito (PUC-SP) Vice-Presidente do IBDFAM-SP e 3º Vice-Presidente do IBDC Membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Magistrados Conselheiro, como sócio-colaborador, do IASP

LINHAS INICIAIS

"O mais importante neste mundo não é tanto onde estamos, mas em que direção estamos nos movendo" (Oliver Wendell Holmes).

No panorama em que encarado o direito anterior à atualidade, a filiação era considerada, pela legislação e pelos estudiosos, sob o enfoque biológico, vinculada ao laço de sangue existente entre pai, mãe e filhos.

No sistema tradicionalmente considerado, tinha-se em conta a paternidade como decorrente do matrimônio, consagrada a máxima *pater is est quem nuptiae demonstrant*, como assinalado por José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 41), disto resultando que "(...) a filiação está dentro das conseqüências naturais que advém da instituição do casamento. Isso porque, até o advento da Constituição de 1988, a família, como instituição jurídica, somente era considerada a matrimonializada".

Por isso mesmo a presunção existente no CC de 1916, quanto à paternidade, considerando o seu art. 338, a paternidade quanto aos filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339), além dos nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Como corolário disso (sem que se desconsidere logicamente a paternidade decorrente da adoção, em que a lei procura imitar a natureza, suprimindo, por meio de artifício jurídico, aquilo que ela não possibilitou e que nenhuma consideração dá ao liame biológico, assentando, conforme José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (1990, p. 38), "(...) sobre dado psicológico e social") aponta Luiz Edson Fachin (1995, p. 175, n. 2.1.1): "A dimensão jurídica da paternidade conduziu a resultados inaceitáveis ao abrigo da presunção *pater is est*".

Tal referência se presta a indicar a insuficiência do sistema legislativo que sempre foi considerado, em que desprovido de relevo o aspecto sócio psicológico existente em relações conforme as pertinentes àqueles que, segundo uma visão ampla, liberta e democrática (em que e acima de tudo assume gritante importância a circunstância da dignidade da pessoa humana), sejam considerados afastado o preconceito legislativo - , como pais e filhos, independente de uma ligação biológica.

Esse o caso, daqueles que são considerados, conforme o dito popular, filhos de criação, em que, sem qualquer vinculação de sangue, determinadas pessoas são havidas por aqueles que as conhecem, como filhos de outras com quem não têm ligação com tal natureza, em que e como escrito por José Carlos Teixeira Giorgis (2008, p.77, n. 5.7.), que tanto honrou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (de que se viu apartado em função do compulsório e sempre questionado aposentamento fundado na idade, especialmente para quem, como ele, tem espírito jovem e criador, emoldurado, todavia, pela maturidade que a vida confere), importa, sim, "(...) a visibilidade das relações, mostrando vínculo psicológico e social entre o filho e o suposto pai, um momento permanente de comportamento afetuosos recíproco, com tal densidade que torna indiscutível a filiação e a

paternidade”.

Em tal situação também se incluem aqueles que tenham sido reconhecidos como filhos dos reconhecentes, sem que o sejam, na denominada adoção à brasileira, condição que, como o anterior, permite inferir-se a procedência e razão da assertiva de Fachin (1995, p. 175, n. 2), com apoio em Michelle Perrot, no sentido de que, “(...) a família se abre para configurar-se, ‘num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano’, lar onde se sobressaem a solidariedade, a fraternidade, os laços de afeto e o amor”.

Assim e da mesma forma que a partir de 1988 uma nova moldura foi imposta à família, que passou a ter significado plural, envolvendo tanto o ente resultante do matrimônio, como o caracterizado pela união estável entre homem e a mulher, além do representado por qualquer dos pais e seus ascendentes, a proibição de qualquer designação depreciativa e preconceituosa quanto à condição dos filhos implicou, de maneira imperiosa, a necessidade de uma revisão quanto à ótica como olhados aqueles que, independente do enquadramento no que a lei determina como limites próprios à tal condição, se apresentem como pais (em sentido amplo, i.e., a mãe e o pai) e filhos, especialmente quando se verifica a realidade existente, e na qual e segundo Luiz Edson Fachin (1995, v. 2, p. 175, n. 2.1), “(...) a definição da paternidade, máxime nas reformas européias recentes, também leva em conta conceitos reveladores de um parentesco sócio-afetivo, nomeadamente através da posse de estado de filho”.

Com efeito, não se pode negar o que o dia a dia apresenta a todos, dentro da rotina de exceções em que a vida se constitui, afastando a própria possibilidade de se afirmar presente, em circunstâncias de ordem variada, um único ponto de vista válido ou a existência de único acerto sobre isto ou aquilo, principalmente na situação a que se refere estas notas, em que, na referência de Fachin (1995, p. 177, n. 2.1.2), “O liame genético (embora fundamental) por si só pode não explicar a base real das relações paterno-filiais. Um filho, escreveu o prof. João Baptista Villela, ‘tem que ser mais alguma coisa, ao invés de ser simplesmente filho’”.

Realmente e de acordo com o assentado pelo TJRGS, na Ap.Cív. 7000085566697, rel. o Des. Luiz Felipe Brasil Santos, “A relação jurídica de filiação se constrói também a partir de laços afetivos e de solidariedade humana entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue”, acrescentando o Des. José Carlos Teixeira Giorgis: “Destarte, não importa quem é o ‘genitor’, mas quem é o ‘pai’, aquele que dá carinho, protege, abraça, conforta, ama”.

Surge, aqui, então, o aspecto novo sob a circunstância de sua consideração doutrinária e também jurisprudencial, como se passará a ver da sócio-afetividade, em que se dá uma verdadeira revolta dos fatos contra o Código, na referência de Fachin (1992, p. 56, n. 2.1), obrigando o aplicador a olhar o que lhe é apresentado sob ótica diversa da até então utilizada.

O DADO NOVO DA CONSIDERAÇÃO À SÓCIO-AFETIVIDADE

“O que está certo ainda supera o que é direito” (Menandro)

Pese a existência, no direito brasileiro, como visto, de pensamento legal orientado à biologização da paternidade, o fato é que tornou-se necessário considerá-la sob enfoque diverso e orientado pelo princípio da sócio-afetividade, em que a inexistência de ligação biológica é um simples dado e que não implica em solução no sentido da impossibilidade de se afirmar o filho como tal.

Efetivamente, aspectos outros existem e que servem a indicar a existência de uma filiação em que a força do sentimento, relação existente entre os pais e o filho, a maneira, enfim, como a paternidade e a filiação se apresentam, reciprocamente, acabando, inclusive, por superar o próprio vínculo decorrente do sangue, quanto à forma como se apresenta e que acaba por representar, se assim for possível considerar, um verdadeiro documento visual sobre a paternidade, impondo a consideração a respeito dela, para os efeitos que o direito possa regular.

O afeto, o respeito, a consideração que constroem uma relação firmada numa

verdadeira moldura de amor, servem, sem qualquer dúvida, para formar o desenho suficiente à conclusão manifestada por João Baptista Villela (1979, p. 409), de que “(...) paternidade e maternidade não são geração, mas sim afetividade e serviço”, caracterizando um e outro (mma. Ob., p. 415) “(...) fatos diferentes; a procriação seria um dado e a paternidade um construído”, em que a força do vínculo resultante acaba por manifestar uma nova arquitetura da filiação, onde o alicerce deixa de ser o elemento genético e passa a ter em conta a força do sentimento, como forma de estabelecimento do vínculo paterno-filial, em um verdadeiro processo de construção, se for permitida o uso de tal figura, com vistas à aferição da paternidade, em seu sentido amplo.

A respeito do tema, bem pondera Silvana Maria Carbonera (1998, p. 304), que, “O aspecto sócio-afetivo no estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que a integram, revela que talvez o aspecto aparentemente mais incerto, o afeto, em muitos casos é o mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais. A incerteza presente na posse de estado de filho questiona fortemente a certeza da tecnologia. Ademais, a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético”.

Adverte essa autora, ainda (loc. cit.): “(...) ao mesmo tempo em que se torna possível conhecer a origem genética pela tecnologia, o afeto também ganha espaço e contornos jurídicos, revelando os pais do coração. Como bem aduz João Baptista Villela, o aspecto biológico cede espaço ao comportamento. A figura paterna [e a materna também, acrescenta-se aqui] é reconhecida pelo amor, desvelo e serviço com que se entrega ao bem da criança”.

Nota-se, portanto, que a forma como agem os envolvidos, o tratamento dedicado àquele que, sem ser filho biológico é o filho de amor, servem, sem qualquer questionamento, à definição da paternidade sócio-afetiva, em que a posse da condição ostentada é eficiente à afirmação sobre a filiação e paternidade.

Note-se, com Silvio de Macedo (1986, pp. 92/94, n. 4.38), ser o amor, também, um valor jurídico e disto decorre, como é óbvio, que a sua visualização, na relação envolvendo pais e aquele que é tratado como filho, independente do liame consangüíneo, serve a produzir efeitos no tocante à consideração sobre a efetiva existência de relação paterno/filial entre tais pessoas.

Invocando novamente Silvana Maria Carbonera (1998, p. 305), “A verdade sócio-afetiva (...) aproxima-se do modelo de família eudemonista, pautada que está no afeto, construído quotidianamente e não determinado desde o início da relação, revelando a valorização dos sujeitos. Desta forma, “[...] a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativa, posto que a alteração da concepção jurídica da família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação”, e o afeto, neste sentido, deve ocupar lugar de destaque”.

Importa considerar e admitir, assim e ainda que para alguns possa ser difícil, que, sob o prisma sociológico, psicológico e em especial ante o que a realidade diária apresenta, é necessário identificar a família não mais sob conceito singular, impondo-se encará-la sob enfoque plural, em que a limitação imposta pela legislação pode e deve ser examinada sob prisma diverso do nela existente e segundo a verdade necessária à concepção do justo e com atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, nos expressos termos do art. 5º da LICC.

Anotese que, segundo a redação do art. 1.593 do CC vigente, “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, no tocante a que em nas duas Jornadas de Direito Civil realizadas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em Brasília, nos anos de 2002 e 2004, coordenados cientificamente pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foram aprovados os seguintes enunciados, quanto à interpretação do referido dispositivo e que bem indicam o reconhecimento sobre a necessidade de uma adequada compreensão da regra legal referida:

103 Art. 1.593: 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 sócio-afetiva, fundada na posse

do estado de filho.

(I JORNADA DE DIREITO CIVIL)

256 Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade sócio-afetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

(III JORNADA DE DIREITO CIVIL).

Ainda que se tenha observado que tal “(...) interpretação não alcança aqueles casos em que alguém pretende fazer uso da convivência fática como causa para postular, judicialmente, o estabelecimento da relação jurídica de paternidade”, pois “A aplicação normativa, nos litígios para desfazimento da parentalidade, se ajusta aos casos em que já há reconhecimento de paternidade levado a efeito por quem estava exercendo plenamente todos os atributos que lhe são conferidos pela capacidade civil” e “O que se preconiza é que, eventualmente, ainda que de alguma mácula se revestisse o ato, o êxito da demanda não estaria, necessariamente, assegurado, se demonstrada a posse de estado de filho, que se apresenta por uma série de fatos, indicativos da relação de filiação entre um indivíduo e a família a que pretende ligar-se”.

Nessa hipótese, “Tais fatos são publicizados pelos clássicos atributos do nome, trato e fama” (TJRGS, Ap.Civ. 70010807642, voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos), importando, na realidade, o exato papel que a assertiva central inserida no acórdão ostenta e que tem a ver com a importância da sócio-afetividade em questões atinentes à filiação e paternidade.

De qualquer forma e respeitado o ponto de vista acima aludido, quanto ao caso em que seria admitido considerar a sócio-afetividade, para o fim de afirmar-se sobre a paternidade ou maternidade, tem-se como sendo possível conclusão em contrário, ou seja, no sentido de admitir-se tal circunstância para o referido objetivo.

Embora o tema demande desenvolvimento maior e aprofundado, a consideração a ele dada por precedente do TJMG, cujo trecho da ementa será adiante referido, bem se presta à solução no sentido de ser possível afirmar a paternidade ou maternidade, com fundamento na sócio-afetividade, tanto que o eminente relator do referido julgado, correspondente à Ap.Civ. 1.0024.03.186459-8/001, Des. Moreira Diniz, acentuou, em determinado momento de seu respeitável voto, o quanto se ingressa a referir:

“A meu ver, admitida no Direito pátrio a figura do parentesco sócio-afetivo, o instituto da adoção passa a sofrer ressalvas, na medida em que, se este ato é seguido de conduta afetiva que revela total integração entre adotante e adotando, com dedicação, respeito, consideração, e amor paterno-filial, esta, a adoção, constitui ato declarador e constitutivo do parentesco sócio-afetivo. No caso, a Sra. E.F.S não apenas acolheu a autora, no início de sua vida, na forma jurídica de guarda, mas continuou a tratando e considerando como a uma filha, tanto que, já próxima do final de sua vida, lançou ato espontâneo de testamento, reconhecendo a autora como filha adotiva, e a esta legando bens. O que mais seria necessário para comprovar a existência da maternidade adotiva?”.

Aplicando-se, assim, os enunciados das Jornadas de Direito Civil já mencionadas e considerando, conforme Paulo Nader (2006, v. 5, p. 323), que, “Na expressão ‘ou outra origem’ a doutrina está identificando a categoria da posse do estado de filho, que é a relação fática em que duas pessoas se relacionam afetivamente como progenitor e filho, como categoricamente Eduardo Oliveira Leite declara: ‘Em última análise, é a aceitação ampla e irrestrita da noção de posse de estado de filho que adentra com legitimidade total em ambiente, até então, reservado aos meros laços da consangüinidade’”, tem-se como permitido inferir que a sócio-afetividade sirva como arrimo à declaração sobre filiação, com as conseqüências que dela possam resultar.

Efetivamente e como escrito por Julie Cristine Delinski (1997, p. 81), “A verdade afetiva em alguns casos coincide com a verdade biológica, mas no caso de confronto entre as duas a primeira poderá preponderar sobre esta. Isso porque a ‘posse do estado de filho’, como elemento caracterizador da verdade sócio-afetiva, não se restringe a revelar a paternidade biológica; vai mais além, pode revelar algo muito maior, o vínculo de afeto”.

Cita essa autora, como exemplo do confronto a que inicialmente se refere em seu texto (mma. op. e loc.), “(...) o caso da criança, filho adulterino a mãe, cujo pai jurídico cuida dela e

a sustenta, educa e ama, e, após alguns dessa convivência, aparece um terceiro que, dizendo-se pai biológico, vem reclamar a paternidade. É visível que a verdadeira paternidade é aquela estabelecida pela 'posse do estado de filho', devendo nesse caso preponderar sobre a verdade biológica".

Sensível a isso e compreendendo o exato fim de sua existência e numa atividade que pode ser descrita como a representação de um verdadeiro laboratório da vida cotidiana, tem O Poder Judiciário manifestado orientação que não se afasta do quanto até aqui referido, conforme será visto em seguida.

A SÓCIO-AFETIVIDADE DO PONTO DE VISTA DO JUDICIÁRIO

"Não há um só credo que não seja abalado, um só dogma que não se demonstre ser questionável, uma só tradição recebida que não ameace dissolver-se" (Benjamin Nathan Cardozo).

Já não se pode pretender, como em determinado momento da história se desejou, atuem os juizes como a simples boca da lei, cabendo-lhes, muito ao contrário e no exercício de sua atividade, examinar o que a lei indica ter sido querido pelo legislador e, segundo o fato concreto e as circunstâncias a ele específicas, verificar a solução que, conforme os limites possíveis e sempre atentando para o que dispõe o art. 5º da LICC, possa ser a mais adequada àquilo que lhes é submetido.

Para tanto, acabam por levar em conta a recomendação de Benjamin Nathan Cardozo (1978, pp. 117/118), sobre serem, "(...) a lógica, o história, o costume, a utilidade e os standards aceitos de comportamento correto (...) as forças que, separadamente ou em combinação, impulsionam o progresso do direito".

Ainda que o art. 1.593 não contenha específica referência à paternidade sócio-afetiva, tem-se como admissível considerá-la inserida na expressão ou outra origem, segundo o até aqui mencionado, sendo de ver-se que já no sistema anterior ao atual Código Civil, se afirmava que, "O vazio normativo que cerca o estabelecimento da verdadeira paternidade, aqui referida no sentido de paternidade sócio-afetiva, toma vulto quando o julgador, que não pode deixar de apreciar o caso concreto, se vê compelido, principalmente sob a alegação de ausência de norma, a encontrar a decisão para o caso individual", consoante Julie Cristine Delinski (1997, p. 82).

Conforme anotado em antigo precedente do TJES, rel. o des. D.Bastos, "O Juiz não é mais escravo da lei. Não se pode chumbar à sua letra, muitas vezes escrita há anos, há séculos passados, quando outras eram as condições de existência social, que ela visou disciplinar. Servirá a lei aplicando-se humanamente, tendo em vista as realidades sociais, as exigências da equidade e da moral coletiva, livre dos exageros da dialética e do emaranhado de fórmulas escritas. Como disse eminente Juiz: 'o magistrado não pode ficar impassível na majestade do cargo, como se ele também não tivesse, dentro das finalidades de sua missão social e política, tal qualmente o legislador, o dever imperioso de não relegar para segundo plano, com lamentável indiferença, ambiente e situações imprevistas, que, por vezes, reclamam diverso tratamento, na ânsia de melhor e mais perfeita justiça'" (RT, vol. 11, p. 779).

Oportuna a lembrança, neste passo, de Alexandre Delfino de Amorim Lima, no jornal O Estado de São Paulo, de 15/04/1945, coluna Digressões Jurídicas, para quem, "Os Tribunais, em seus arestos, não solucionam teses de Direito à maneira dos juriconsultos, encerrados na torre de marfim dos princípios abstratos; mas decidem casos concretos, segmentos do drama cotidiano da vida, caracteristicamente dissemelhantes em sua infinita variedade. Ou, por outras palavras; os Tribunais lavram seus Acórdãos sob a contínua pressão dos casos concretos".

Outrossim e segundo J.A. Nogueira, na Gazeta Judiciária, n. 298, p. 1, "A lei é feita para favorecer a vida e promover a felicidade dos seres humanos. Não deve ser convertida em pura mecânica verbal ou silogística. Um texto não pode ser puerilmente colocado dentro de um sino ou campânula de vácuo para aí ser visto como um pássaro agonizante. É uma coisa viva e destinada a viver em comunhão com outras vidas. Em torno dele giram todas as preocupações sociais, que o produziram para determinados fins preocupações que devem estar presentes no espírito do aplicador da Lei. Por isso o Juiz não é uma consciência

isolada, que deva permanecer alheia aos grandes ideais e propósitos que encheram as máximas determinações do legislador e acima de tudo um executor, inteligente, a quem não se pode negar a loucura mesmo do Cavaleiro Andantes que quer reparar e consertar o mundo, para que floresça e viva sob a benéfica influência dos valores eternos, em face dos quais tudo o mais é vão poeira e como tal pode e deve parecer”.

Assim e ao lado do conhecimento jurídico, necessitam os magistrados agir com sensibilidade, sentimento e preocupação com o resultado que sua decisão possa ter, bem como em relação aos dela destinatários, afora a contribuição que possa constituir, seja no tocante ao aprimoramento legislativo, seja no referente à “formação e modificação da consciência [social] que interpreta”, na lição de Benjamin Cardozo (1978, p. 18).

Tendo em conta o quanto preciso à interpretação do Direito, especialmente em se cuidando de Direito de Família, o Superior Tribunal de Justiça, em caso concernente a ação negatória de paternidade, rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, enunciou a ementa do julgado da seguinte maneira (REsp 4.987 / RJ):

Direito civil. Ação negatória de paternidade. Presunção legal (cc, art. 240). Prova. Possibilidade. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Recurso conhecido e provido.

I - Na fase atual da evolução do direito de família, e injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

II - Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível a boa realização da justiça.

III - O Superior tribunal de justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana.

Disso não se tem arredado a jurisprudência, reconhecendo necessária a consideração ao aspecto da sócio-afetividade, no tocante a questões pertinentes à paternidade, “(...) verificando as circunstâncias que envolvem o registro, se existiu, ou não, a relação de afetividade contínua, duradoura, exteriorizada entre as partes (...)”, na advertência do TJRGS (Ap. 70017589037, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos).

Assim e em processo no qual se objetivava ver negada a paternidade, observou o mesmo TJRGS:

“A manutenção da paternidade registral, não biológica, mesmo quando firmada de forma voluntária, só se justifica quando existente relação de socioafetividade entre as partes. Ausente, no caso concreto, qualquer vínculo socioafetivo entre pai e filho, o registro de nascimento do menor deve ser modificado, até mesmo para que possa buscar sua verdadeira filiação. Recurso provido” (Apelação Cível Nº 70017511288, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 07/12/2006).

Sem relegar importância à sócio-afetividade, atentou a aludida Corte, ademais e abordando a natureza relativa do assento de nascimento, o seguinte:

“Caso em que o processo deve ser anulado e remetido de volta ao primeiro grau. A ação versa sobre direito indisponível. E a ré, menor, citada, não apresentou defesa. O juízo deveria ter-lhe nomeado curador especial antes de prolatar a sentença. Por isso, o processo deve ser anulado. Descabe proferir julgamento antecipado da lide quando a ação versa sobre direito de estado indisponível. É preciso investigar a existência de paternidade socioafetiva. O registro da paternidade não permite presumir a existência de socioafetividade. Mas mesmo que o fizesse, essa presunção seria relativa e não absoluta, pelo que necessária a instrução probatória. Sentença desconstituída” (Apelação Cível Nº 70015137169, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 26/10/2006).

Afirmado constituir-se o reconhecimento espontâneo de quem sabe não ser o pai biológico uma verdadeira adoção e mencionando o aspecto sócio-afetivo, ainda o TJRGS concluiu:

“O reconhecimento espontâneo de paternidade por quem sabe não ser o pai biológico, caracteriza verdadeira adoção. Para anulação do registro civil, deve ser demonstrado um dos vícios do ato jurídico ou, ainda mesmo, a ausência da relação de socioafetividade. Registro mantido no caso concreto. Apelo não provido”. (Apelação Cível Nº 70016383630, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 28/09/2006).

Levando em conta o valor que a sócio-afetividade tem quando se objetiva a desconstituição do registro de nascimento, afirmou um outro julgado, ainda do TJRS:

“A moderna concepção de paternidade se enraíza no afeto entre o filho e quem o ampara com o invólucro do carinho e do amor, afastando a obrigação do vínculo biológico. É genitor quem contribui com a carga genética, mas é pai quem cria e protege, dedicando seu sentimento a quem registra espontaneamente e cuida durante vários anos. O desfazimento da anotação do nascimento, calcado em interesses apenas patrimoniais, compromete o caráter ético que deve presidir a demanda de filiação. Apelação desprovida, vencida a relatora, que dava provimento parcial” (Apelação Cível Nº 70009571142, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 01/12/2004).

Apreciando embargos infringentes (Nº 70004747143, rel. Des. Rui Portanova) relativos a pleito rescisório fundado em erro de fato e em que afirmado o estado de filho no tocante a determinada pessoa, a Corte Gaúcha decidiu, ainda que por maioria de votos, o quanto segue:

“Não se verifica erro de fato quando a prova produzida foi devidamente analisada pelo magistrado. Sentença que reconhece estado de filha que se deu ´de forma pública e respeitosa`, onde ela ´era carinhosamente tratada pelo mesmo como filha`. Relação de afeto que ao longo do tempo foi firmando raízes a ponto de criar uma verdade social que independe da verdade biológica. Reconhecida - ausente qualquer dúvida - a socioafetividade, a decisão rescindenda não ´incidiu em erro de fato por ignorar o laudo pericial`. Ação rescisória que se embasa em erro de fato pois o resultado da perícia que apontou que os embargantes não são os avós biológicos da embargada. Novo DNA que concluiu que nenhuma conclusão verdadeira a respeito da paternidade dos autores em relação ao investigado se pode realmente tirar do laudo” .

Noutro precedente, objetivando-se a investigação de paternidade com anulação de registro e pretendendo-se a prévia realização de prova pericial, suspensa realização de audiência, concluiu a turma julgadora:

“Ainda que o exame pericial seja importante para o descobrimento da filiação biológica, não se pode perder de vista que o julgador não está adstrito apenas ao exame genético. A ação envolve possível modificação do registro civil, caso em que a prova não pericial se faz necessária também para a investigação de possível paternidade socioafetiva”. NEGADO SEGUIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70007941727, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/12/2003).

Coerente com a linha até aqui apresentada, decidiu referido Tribunal, ademais:

“No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessário que esteja efetivamente consolidada. A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não de posse de estado,

revelando quem efetivamente são os pais. A apelada fez questão de excluir o apelante de sua herança. A condição de filho de criação não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato. Apelo desprovido” (Apelação Cível Nº 70007016710, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/11/2003).

Ressalvou outro julgamento, ainda e em certo instante da ementa, a prevalência da sócio-afetividade em relação ao eventual objetivo patrimonial que se possa pretender judicialmente:

“Reconhecida a filiação socioafetiva, a investigação de paternidade procedente não desconstitui o registro paternal, pois a prevalência da socioafetividade faz com que o conhecimento da paternidade biológica não gere seqüela patrimonial. Afastada a mercantilização do afeto. Verba sucumbencial redimensionada. Apelo parcialmente provido. Por maioria” (Apelação Cível Nº 70004510483, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 31/10/2002).

Não apenas o Rio Grande do Sul, contudo, manifesta o entendimento em que levada em conta a sócio-afetividade, uma vez que também o TJMG, no julgamento da Ap.Cív, 1.0024.03.186459-8/001, rel. o Des. Moreira Diniz em caso atinente a ação investigatória de maternidade, assentou:

“A partir do momento em que se admite, no Direito pátrio, a figura do parentesco sócio-afetivo, não há como negar, no caso em exame, que a relação ocorrida durante quase dezenove anos entre a autora e a alegada mãe afetiva, se revestiu de contornos nítidos de parentesco, maior, mesmo, do que o sanguíneo, o que se confirma pelo conteúdo dos depoimentos de filhos da alegada mãe adotiva, e do testamento público que esta lavrou, três anos antes de sua morte, reconhecendo a autora como ‘filha adotiva’”.

Diversa orientação não adotou o Tribunal de São Paulo, em caso onde se decidiu sobre o prosseguimento de ação negatória de paternidade, pese o resultado negativo do DNA, com vistas à aferição sobre eventual sócio-afetividade e a responsabilidade ou não daquele que reconheceu o filho, quanto ao seu sustento:

“Negatória de Paternidade cumulada com exoneração de pensão Exame de DNA que excluiu a paternidade Sentença de procedência, exonerando o recorrido da obrigação alimentar preliminar de cerceamento de defesa acolhida Sentença anulada para prosseguimento do feito, possibilitando-se o acionado a comprovar os fatos por ele alegados e a eventual responsabilidade alimentar do demandante, em função da eventual sócio-afetividade que da negada paternidade possa resultar Recurso provido” (5ª Câmara Seção de Direito Privado - Apelação nº 464.936-4/0-00 Rel. Des. A. C. Mathias Coltro).

Em outro processo, da mesma 5ª. Câmara da citada

Corte, concernente a adoção “à brasileira” que se objetivada desconstituir, constou na ementa o quanto se transcreve:

“Negatória de Paternidade ‘Adoção à brasileira’ Ação movida pelo adotante, em função da inexistência de sócio afetividade, no tocante á adotada - Recusa em submeter-se ao exame de DNA Presunção relativa Entendimento Recorrente que admite não ter laços biológicos com o autor Ação procedente Sócio-afetividade não demonstrada, mesmo porque os laços afetivos entre as partes foram rompidos ao longo dos anos - Cometimento de crime pela recorrente contra o demandante Fundamento

da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente inserido e que vale para ambas as partes, devendo-se aferir, no caso concreto, em relação a qual delas tem prevalência - Oportuno invocar-se sempre atual lição do Des. Alexandre Delfino de Amorim Lima, citada pelo também Des. Justino Magno de Araújo, ambos deste Egrégio Tribunal de Justiça e onde o primeiro observou: “Os Tribunais, em seus arestos, não solucionam teses de Direito à maneira dos juriconsultos, encerrados na torre de marfim dos princípios abstratos; mas decidem casos concretos, segmentos do drama cotidiano da vida, caracteristicamente dessemelhante em sua infinita variedade. Ou, por outras palavras; os Tribunais lavram seus Acórdãos sob a contínua pressão dos casos concretos” Recurso improvido” (Apelação nº 511.437-4/0-00 Rel. Des. A.C. Mathias Coltro).

Consagrando, por fim, a necessidade de ser considerada a sócio-afetividade pelos Tribunais, afirmou o Superior Tribunal de Justiça, cuja importância para o avanço do Direito de Família brasileiro é sempre apontada, em julgado (Resp 878.941-DF, Rel. Min. Nancy Andrichi) que merece relevo e atenção, o que se passa a referir:

“O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido” (Apelação nº 511.437-4/0-00).

ALUZ NO FIM DO TÚNEL

“Irrespondível é a lição de HEGENAURER, quando ensina que não é ‘a voz mítica do sangue’ que indica a criança quem são seus pais, ‘senão o amor e o cuidado, que a conduzem do desvalimento para a autonomia” (João Baptista Villela).

“Ser cuidadoso está intimamente vinculado com proteção. Vem do verbo ‘proteger’, que significa, entre outras coisas, ajudar, tomar a defesa de, socorrer, ter a seu cuidado os interesses de alguém” (Anselm Grün).

Do quanto exposto e que converge à necessidade do reconhecimento sobre a importância que não se pode negar à sócio-afetividade no que tange à relação paterno-filial, percebe-se de forma evidente e ainda que sem que se tenham considerações outras e também cabíveis no âmbito do assunto, em função do espaço possível, cumpre afirmar-se que, tanto doutrina, quanto jurisprudência, buscando alcançar os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum, têm tratado a sócio-afetividade com o relevo cabível e preciso, principalmente quando se trata de examinar os aspectos próprios à paternidade e as consequências que dela podem resultar.

Anote-se, quanto a tal circunstância e segundo a referida interpretação do art. 1.593 do CC, sobre alcançar inclusive a paternidade-maternidade sócio-afetiva, que, tanto em função do que dispõe a CF de 1988 (arts. 227, caput e seu § 6º), quanto em razão do mesmo art. 5º, da LICC, é possível inferir-se que, afirmada a relação paterno-materno-filial com tal fundamento, não se poderá admitir a exclusão de efeitos que a própria lei determina e operantes em relação àqueles cuja filiação assim seja afirmada.

Solução contrária implicará em descumprimento às regras constitucionais que regem o assunto, acima citadas, devendo-se lembrar, com Julie Cristine Delinski (1997, p. 84), "(...) que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais".

Assim e segundo ainda essa autora, antes da edição do CC de 2002, "Diante do momento social e da pressão que se está exercendo sobre o sistema codificado que trata do estabelecimento da paternidade, brota um sentimento de que a reforma está próxima e o reconhecimento da paternidade afetiva é uma verdade que já não se pode ignorar: é um conceito em vias de concepção. Tal concepção está a verificar-se inicialmente através de um direito voluntário, via criações pretorianas, que irão ganhando corpo na matéria através de decisões que dão testemunho de coragem e lucidez, criando o direito judicial do estabelecimento da filiação", anotando-se que, conforme consta na nota sob n. 31, ao rodapé da pág. 94, de onde extraído o trecho acima transcrito e para João Baptista Villela, "Direito voluntário constitui, em princípio, um produto mais elaborado, mais fino, e de melhor adaptação que o direito imposto".

Em função do art. 1.593 do CC atual e da interpretação a ele conferida, tornou-se possível, hoje, sedimentar a paternidade-maternidade sócio afetiva justamente na outra origem a que se refere o dispositivo, tendo-se em conta, ademais e quanto aos efeitos disso decorrentes, as normas constitucionais há pouco mencionadas e o que delas resulta no tocante à legislação ordinária, ressalvada a hipótese aludida no acórdão do TJRS antes mencionado e que tem a ver com a eventual mercantilização do afeto!

Efetivamente e como é lógico e evidente, não será possível conferir eventual direito patrimonial a quem, a pretexto da paternidade ou maternidade sócio-afetiva, objective a declaração correspondente, mas com finalidade que se afaste da concernente à afirmação do vínculo de filiação, desprezado, assim, aquele ou aqueles que o tenham reconhecido.

Se, todavia, o investigante foi criado pelo investigado, de quem não era filho ou, por hipótese extrema não foi por ninguém reconhecido, não será possível afastar os direitos acaso possíveis em função da filiação sócio-afetiva, eventualmente impugnada, justamente em virtude dos mesmos direitos, de ordem patrimonial e por outros pretendidos.

Considerando o quanto tem afirmado a Prof. Tânia da Silva Pereira, na atenta pesquisa que realiza acerca do cuidado como valor jurídico e à importância que tem para o Direito de Família e já motivou, inclusive, a edição de obra coletiva a respeito, pode-se considerar como nele inserida a própria sócio-afetividade, onde envolvidos a proteção, a defesa, o socorro no início deste tópico anunciadas e que existem numa verdadeira ligação entre pais e filhos e, nada mais representam que o exercício do amor, afeto, carinho ou outra denominação que se dê a sentimento com tal feição e que acabam por representar algo com conteúdo muito maior que a sua simples expressão gramatical e de que derivam múltiplos resultados jurídicos, que não podem ser negados pelo Direito, aspecto em que os doutrinadores e os pretórios, como fica evidente, também têm agido com o cuidado que lhes cabe, na missão de fazer com que o a interpretação jurídica ocorra segundo o que a sociedade espera e a própria música de Lulu Santos e Nelson Motta não esquece:

".....

Tudo que se vê não é
Igual ao que a gente viu há um segundo
Tudo muda o tempo todo no mundo
Não adianta fugir
Nem mentir pra si mesmo agora
Há tanta vida lá fora
Aqui dentro sempre

....."

BIBLIOGRAFIA

Boeira, José Bernardo Ramos, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1999
Carbonera, Silva Maria, O papel jurídico do afeto nas relações de família, na obra Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, pp.

273/313, coord. Luiz Edson Fachin

Delinski, Julie Cristine, O novo Direito da Filiação, Dialética, São Paulo, 1997

Fachin, Luiz Edson, Estabelecimento da filiação e paternidade presumida, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992

A tríplice paternidade dos filhos imaginários, no vol. 2 do Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, RT, São Paulo, 1995, Teresa Arruda Alvim, pp. 180/196

Giorgis, José Carlos Teixeira, A paternidade fragmentada, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007

Lima, Alexandre Delfino de Amorim, O Estado de São Paulo, de 15/04/1945, coluna Digressões Jurídicas

Nader, Paulo, Curso de Direito Civil Direito de Família, Forense, Rio de Janeiro, 2006

Nogueira, J.A., Gazeta Judiciária, n. 298, p. 1

Oliveira, José Lamartine Corrêa e Muniz, Francisco José Ferreira, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990

Villela, João Baptista, Desbiologização da paternidade, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 21, pp. 400-416, maio de 1979

