

A PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A PATERNIDADE BIOLÓGICA

Antonio Carlos Marques Souza, AnaVitória Mondêgo Dias Mendes

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso trata do reconhecimento da paternidade socioafetiva sobre a biológica. Devido às transformações sociais, houve necessidade do legislador conciliar o direito com a dinâmica social, a partir de então o conceito de família é baseado no afeto, ademais a afetividade também tem sido valorizada, por vezes, até em detrimento da verdade biológica. Hodiernamente a filiação socioafetiva está presente em diversas formas de filiação, podendo ser citados como exemplos a filiação socioafetiva pela adoção, filiação socioafetiva pela técnica de reprodução assistida, filiação socioafetiva pela adoção homoafetiva, filiação socioafetiva consistente na adoção à brasileira, filiação socioafetiva consistente no filho de criação e filiação socioafetiva originária da posse do estado de filho. Com a constituição de 1988, não há mais que se falar em filho legítimo, ilegítimo, natural, adotivo ou adulterino, o conceito de família é baseado no afeto. A paternidade socioafetiva suplanta, em origem, a de procedência biológica, devido o maior teor de autodeterminação. Para que haja prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica o Superior Tribunal de Justiça no Resp1.087.163-RJ.Min.Nancy, julgado em 18/08/2011, entendeu necessária a concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a Repercussão Geral sobre o tema. Contudo, essa questão ainda não está pacificada nos tribunais, atualmente existem três correntes: a primeira dos defensores da corrente biológica, a segunda baseia-se em jurisprudência que reconhece a paternidade socioafetiva e a terceira da dupla filiação.

Palavras-chave: Direito de Família; filiação; biológico; socioafetivo; afeto.

Introdução

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica. Há no direito brasileiro três formas pela qual alguém pode vir a ser parente de outra, qual seja, visualizadas no vínculo biológico, no vínculo civil e no vínculo da afinidade. Outrossim, desde a Constituição de 1988 não há mais filiação legítima, ilegítima, natural, adotiva, ou adulterina. O conceito de família é baseado no princípio da afetividade. Esse novo paradigma de família ganhou contornos relevantes no campo jurídico.

Devido às transformações sociais, coube ao legislador o compromisso de conciliar o direito com a dinâmica social. Dessarte, com o advento da Lei Maior de 1988, surge um novo modo de tratar a relação parental, onde se prioriza, dentre outros, a busca da verdadeira paternidade. A paternidade é fato biológico e também um fato jurídico. Por conseguinte a afetividade também tem sido valorizada, por vezes, até em detrimento da verdade biológica. Ademais a família, doravante, deve gravitar em torno de um vínculo de afeto, de recíproca compreensão e mútua cooperação. A chamada família ou paternidade socioafetiva ganha corpo no seio da sociedade, com respaldo doutrinário e jurisprudencial, esse tipo de filiação é baseada no amor e carinhos recíprocos em que os membros suplantam qualquer grau genético, biológico ou social. Contudo, a constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva, constituindo, dessarte, vínculo de parentalidade,

mesmo quando desligado da verdade biológica.

A filiação socioafetiva sempre existiu desde os primórdios, principalmente na figura do padrinho instituído da igreja católica em que os mesmos assumiam papéis típicos de pai na ausência deste. Por vezes, essa relação se manifestava também na figura do irmão mais velho em casos típicos de família compostas por elevado número de pessoas, verifica-se dessa forma que essa modalidade de filiação é secular, no entanto, foi com a Constituição de 1988 e com o advento do código civil de 2002, que essa modalidade se consolidou.

É na filiação socioafetiva que se encontra a real paternidade do afeto e da solidariedade, nessa colidência de interesses o gesto do amor se aperfeiçoa. Como direito fundamental que é, a afetividade subtrai a resistência em admitir a igualdade entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva, atualmente a necessidade de se manter a estabilidade da família, bem o melhor interesse da criança ou adolescente faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Sendo assim, este projeto encontra-se dividido em cinco capítulos quais sejam: visão histórica do direito de família, famílias plurais, tipos de filiação, prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica e análises jurisprudenciais. Abordaremos a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica, as suas várias modalidades bem como entendimento dos tribunais superiores sobre o tema.

Visão histórica de família

A lei-do-pai, foi a primeira lei do direito de família, resultado de uma exigência da civilização na tentativa de combater as pulsões e o gozo por meio da supressão dos instintos. “A família é o primeiro agente socializador do ser humano. Somente com a passagem do homem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família”. (DIAS, 2013, pg.28).

Vale salientar que durante muito tempo a família foi tratada como um núcleo social, primário formado por laços que uniam as pessoas na época da evolução da civilização. Outrossim, no direito romano, o termo família exprimia a reunião de pessoas colocadas sob o poder familiar ou o mando de um único chefe – o pater famílias –, que era o chefe sob cujas ordens se encontravam os descendentes e a mulher, a qual era considerada em condição análoga a uma filha. Sendo assim, submetiam-se a ele todos os integrantes daquele organismo social: mulher, filhos, netos, bisnetos e respectivos bens. (RIZZARDO, 2011). Contudo entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos. A família deve ser vista como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, principalmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico devido aos laços que se formam ao longo da convivência o que nem sempre é decorrente de laços consanguíneos, por isso nesse primeiro momento não se considera o fenômeno jurídico. (VENOSA, 2011).

Outrora, a família é uma entidade que sempre existiu, ela é a base de toda sociedade formada por laços que unem as pessoas por meio do fator biológico, como também afetivo. Nos primórdios o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, hoje, resume-se quase que exclusivamente, para o âmbito de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar. Ao longo do tempo, a sociedade passou por grandes transformações novos valores foram incorporados, bem como outros foram superados. (VENOSA, 2011) Consequentemente, a evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (l 4.121/62) que devolveu a plena capacidade à mulher casada, bem como a instituição do divórcio que (ec 9/77 e Lei nº 6.515/77) acabou com a indissolubilidade do casamento.

A Constituição de 1988, conforme Venosa (2011), num único artigo, ultrapassou anos de hipocrisia e preconceito. Colocou em pé de igualdade o homem e a mulher, passou a proteger de forma igualitária todos os seus membros, atribui direito igual a todos os tipos de família, ou seja, a constituída pelo casamento, bem como a união estável, assim como também a formada por qualquer dos pais e seus descendentes que recebeu o nome de família monoparental, igualou todos os filhos havidos ou não da relação de casamento atribuindo a todos os mesmos direitos. Com o avanço de todos esses direitos o Código Civil perdeu o papel fundamental do direito de família, no dizer de Luiz Edson Fachin.

A vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Embora a família continue sendo relevante para a existência do estado, houve uma completa transformação do seu conceito. (DIAS, 2013).

Famílias plurais

Uma vez que se pensa em família vem à mente o modelo de família convencional formada por um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cheios de filhos, todavia, essa realidade mudou, ainda que continue a família a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito. O que permite aferir que seu conceito se pluralizou, surgindo então as famílias monoparental, anaparental, pluriparental, eudemonista. (DIAS, 2011).

O ideal de família monoparental, formada por um dos genitores, foi o que perdurou durante muito tempo em nossa sociedade. Alguns doutrinadores apontam a família num sentido biológico, estrito e amplo, a família aparece como um conjunto de pessoas ligadas por vínculo sanguíneo e descendentes de tronco ancestral comum, formado basicamente por pais e filhos. Nesse contexto a grande preocupação com a formação da família era o patrimônio. (DIAS, 2011).

Vale frisar que o Código Civil de 1916 tutelava apenas a família constituída através do casamento, entre homem e mulher, conhecida como a família tradicional, sendo esta considerada indissolúvel. (DIAS, 2011).

O direito é uma ciência dinâmica e como tal acompanha a evolução da sociedade, nesse diapasão o constituinte de 1988 consagrou como dogma fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como escopo eliminar toda e qualquer forma de discriminação, impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Antes da constituição de 1988 existia discriminação de filhos havidos do casamento e filhos frutos de uma relação extra-conjugal, com o advento da Lei Maior de 1988 essa discriminação foi superada. (VENOSA, 2011).

Durante muito tempo a relação fora do matrimônio foi considerada como concubinato, entretanto, a união estável ganhou amparo legal, enquanto que o concubinato com a lei não se coaduna, por muito tempo nosso legislador viu no casamento a única forma de constituição da família, negando efeitos à união livre, mais ou menos estável, traduzindo, essa posição em nosso Código Civil do século passado. Por vezes a união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento foi chamada de concubinato. No tanto, essa relação não encontra amparo no ordenamento jurídico, por ferir os princípios da moral e dos bons costumes. Pois concubinato significa união livre à margem da lei e da moral. (VENOSA, 2014)

De acordo com os requisitos acima que amparam a união estável, infere-se que hoje o tipo de família predominante na sociedade é a união estável. Grande passo foi dado pela Carta

Magna de 1988, em seu art. 227, § 3º. “É reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua transformação em casamento”. Vale salientar que não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união estável protegida pelo ordenamento jurídico. O decurso por um período mais ou menos longo é o retrato dessa estabilidade. (VENOSA, 011).

Da mesma forma a conceituação de união estável, encontra-se do Código Civil de 2002, em seu art. 1.723, in verbis: “ É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública , contínua e duradora e estabelecida com o objetivo de constituição familiar”. Outrossim, os modelos de família não param por aí, por vezes a Constituição Federal de 1988, estendeu sua tutela para a entidade familiar formada pela convivência entre parentes ou entre pessoas, que não parentes, dentro de uma mesma estrutura com identidade de propósito a chamada família anaparental que não abrange apenas o marido, esposa e filhos, mais também, pessoas agregadas podem compor o vínculo de família (vínculo de afetividade/afeição). Passou-se a admitir que o núcleo familiar possa ser integrado por pessoas que não guardem vínculo parental estrito ou consanguíneo. (DIAS, 2011).

De grande relevância para o nosso ordenamento jurídico e por vezes muito comum na nossa sociedade a família pluriparental ou mosaica, formada da convivência familiar dos parentes colaterais, não importando a igualdade ou diferença do grau de parentesco entre eles. Por vezes, ela também é formada por integrantes cujos filhos são provenientes de um casamento ou relação prévia. Nessa relação a administração de interesses visando equilíbrio assume relevo indispensável à estabilidade das famílias. (DIAS, 2011.) E por fim, o ideal de família a ser perseguido pela sociedade a família eudemonista, que tem como objetivo sublime a busca e a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproca. A consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, são suas principais características independentemente do vínculo. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição das famílias e de preservação da vida. Sendo assim, a família se identifica pela comunhão de vida entre seus membros, no plano da igualdade da solidariedade e da responsabilidade recíproca. (DIAS, 2011).

Tipos de filiação

A filiação é uma forma de parentesco que vincula as pessoas. No direito pátrio existem três formas de alguém vir a ser parente de outra, qual seja, pelo vínculo biológico, pelo vínculo Jurídico e por último pelo vínculo socioafetivo.

Filiação Jurídica é também conhecida como legal, essa modalidade estava expressamente prevista no código civil de 1916 (art. 338), seu principal sustentáculo era o casamento, “ independentemente do fator biológico, já que era presumivelmente impossível que o filho de mulher casada tivesse outro pai que não o marido”. Essa presunção visava conferir estabilidade e paz a família, já que o ingresso de um bastardo na família ocasionaria um abalo na estrutura familiar, essa situação levava o marido a receber como seu filho, independentemente da certeza biológica. (FUJITA, 2011).

De acordo com o novel diploma de 2002, a filiação não se resume apenas ao casamento, dessarte não há mais o que se falar em filho legítimo ou filho ilegítimo, essa forma de discriminação foi abolida pela Carta Magna de 1988, hodiernamente os filhos são tratados de maneira igual essa igualdade encontra amparo no princípio da isonomia insculpido no art. 5º Da Lei maior. De acordo com esse princípio ‘Todos são iguais perante a lei, sem

distinção de qualquer natureza’. Esta igualdade é chamada de formal. O princípio da igualdade garante o tratamento igualitário de acordo com a lei para os cidadãos. (BRASIL, Constituição de 1998).

A filiação legítima é fruto de uma relação sexual entre um homem e uma mulher com consequente concepção, pouco importando a sua origem: se ocorreu dentro do matrimônio, ou fora do matrimônio, ou entre noivos ou namorados, ou entre meros “ficantes”, dos quais resultaram a gravidez e o consequente surgimento de um novo ser (FUJITA, 2011). Além disso, de grande relevância no ordenamento jurídico a parentalidade registral (CC 1.603), goza de presunção de veracidade, sendo assim o registro faz público o nascimento, tornando-o incontestável. Igualmente, a escritura pública, o escrito particular, o testamento e declaração manifestada perante o juiz também comprovam a filiação (BRASIL, CC 1.609, 2002).

A filiação natural ou biológica é uma relação que se estabelece por laços de sangue entre uma pessoa e seus descendentes em linha reta de primeiro grau, ademais esse liame pode se dá por meio da reprodução natural ou por meio de várias técnicas de reprodução assistida. (FUJITA, 2011). A Filiação é vínculo que se estabelece entre pais e filhos, decorrente da fecundação natural ou da técnica de reprodução assistida homóloga (sêmen do marido ou do companheiro; óvulo da mulher ou da companheira) ou heteróloga (sêmen de outro homem, porém com o consentimento do esposo ou companheiro; ou o óvulo de outra mulher, com anuência da esposa ou companheira). (FUJITA, 2011). Destarte, a Lei Maior de 1998 aboliu a discriminação existente entre filhos legítimos e ilegítimos igualando-os, senão vejamos:

A Carta Magna de 1988 (art.226, § 6º) estabeleceu, absoluta, igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrograda distinção entre filiação legítima e ilegítima, conforme os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no código civil de 1916. Naquela época dada a variedade de consequências que essa classificação acarretava, mostrava-se relevante mostrar e estabelecer a legitimidade.

Hoje, porém, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações. O princípio da igualdade dos filhos, é reiterado no art. 1.596 do Código Civil, que enfatiza: “ os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, código civil 2002)

Durante muito tempo considerou-se como família apenas a proveniente do casamento, prevalecia o pátrio poder. “Afiliação legítima tinha por base o casamento dos pais quando da concepção. O código de 1916 conceituava como legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado ou mesmo nulo, se fora contraído de boa-fé.” (VENOSA, 2014, pg.225). Impende destacar que a família legítima não é oriunda somente da relação carnal é também oriunda da reprodução assistida, essa modalidade de filiação não tem como base cópula carnal, mas, sim um ‘conjunto de técnicas que tem como fim provocar a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo’. Ela poderá ser homóloga (materiais genéticos dos cônjuges ou companheiros) e heteróloga (material genético de terceiro). (FUJITA, 2011.) Por conseguinte, há também a gestação por substituição este tipo de filiação ocorre por conta da conhecida barriga de aluguel. Nesse caso a constituição veda expressamente esse tipo de negócio, tendo em vista que a criança não pode ser objeto de negócio. Ademais, configura ilícito penal tal conduta, dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem (CP 242). (FUJITA, 2011).

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação, o filho é titular do estado de filiação, que se consolida na afetividade. A paternidade socioafetiva funda-se no princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente. Os laços

de afeto independem do vínculo biológico, pois não se pode provar a filiação afetiva por meio de um exame, todavia, é possível evidenciar-se no dia-a-dia, construído a base de carinho, amor, bem como, pela forma com que trata-se o filho, como também, pela publicidade dispensada a essa relação perante a sociedade. (DIAS, 2011).

Prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica

A filiação socioafetiva constitui modalidade de parentesco civil de “outra origem” isto é, de origem afetiva, pois resulta da posse do estado de filho. A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. “Ela se apresenta na adoção, na técnica de reprodução assistida heteróloga ou por adoção e, na posse de estado de filho representado pela adoção à Brasileira”. Nela inexistente relação sanguínea, existe, contudo uma relação de afeto fator essencial para consolidar uma relação de solidariedade. (FUJITA, 2011, pg.71).

(...) A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, que deveria pressupor aquela e serem coincidentes. (SILVA, apud, FACHIN, 2015).

Assim como o Código Civil de 1916, o atual Código não consagra expressamente a posse de estado, sendo tratada de forma tácita no art. 1.605, inciso II:

“Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I – Quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II – Quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.”

De grande discussão na atualidade é a adoção por casais homoafetivos, ou até mesmo adoção unilateral por pessoa homoafetiva. O código civil não manifesta expressamente a sua aquiescência com essa modalidade de adoção, haja vista o disposto no § 2º do art. 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplina, que para adoção conjunta, é indispensável que o casal sejam casados no civil ou mantenham união estável afim de conferir estabilidade familiar. (FUJITA, pg. 74, 2011).

Além de não haver previsão legal da adoção por casais homoafetivos, pesam ainda outras considerações doutrinárias restritivas, inclusive umas bem radicais que exigem a necessidade da criança, ou adolescente, ter estereótipos masculinos ou femininos e que sejam representados por um pai e uma mãe refletindo assim o ideal de família. Para os adeptos dessa visão o casal homossexual representaria uma forte influência nociva na orientação sexual do adotado. (FUJITA, 2011, pg 74, 2011). Já os adeptos da modalidade de filiação por homoafetivos argumentam que o rol de entidades familiares elencadas no rol do art. 226, § 3º, da Lei Maior é meramente exemplificativo, permitindo assim qualquer outra entidade que atenda ao melhor interesse da criança ou do adolescentes, nesse caso o afeto se sobrepõe a qualquer preconceito que possa obstacularizar a construção de uma relação familiar baseada no afeto, dessa forma, flagrante discriminação dessa natureza fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o “direito de tratamento igualitário”, nesse diapasão o direito a liberdade e de orientação sexual são considerados direitos personalíssimos. (FUJITA, 2011, 74).

Toda adoção revela um profundo caráter socioafetivo, contudo colocar uma criança ou adolescente em família substituta é uma tarefa difícil para o magistrado, seja ela composta por casal heterossexual, seja por parceiros homossexuais, tendo em vista que a decisão judicial

deverá atender exclusivamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor o qual deverá estar acima do interesse de qualquer postulante. (FUJITA, 2011, pg. 74).

“O Código Civil de 2002 oferece, em seu art. 1.596, inciso V, a presunção de serem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por técnica de reprodução assistida por doador heterólogo, desde que tenha prévia autorização do marido.” (FUJITA, 2011, pg. 76).

Nessa modalidade serão considerados filhos matrimoniais os oriundos da técnica de reprodução assistida envolvendo o óvulo do cônjuge virago e o sêmen de terceiro, a doação ocorre a pessoas indeterminadas de tal forma que o sigilo do nome do casal receptor seja resguardado, sendo assim o consentimento do marido para fertilização por meio de adoção de sêmen não comporta retratação. Trata-se, nesse caso, de presunção absoluta em que prevalece a paternidade socioafetiva, desprezando-se, de vez, a biológica’.(FUJITA, 2011, pg. 77,).

Em que pese o Código Civil não contemplar, mais pode ainda ocorrer outras possibilidades de filhos provenientes da técnica de reprodução assistida heteróloga ou por doadora, com o uso do gameta (sêmen) do esposo e gameta (óvulo) de uma doadora, dessarte deve existir a anuência prévia da esposa, por vezes essa anuência não deve ser retratada consolidando assim a presunção de maternidade socioafetiva. (FUJITA, 2011).

Há também a possibilidade de reprodução assistida heteróloga ou por doadores com o sêmen de um doador anônimo e de óvulo de uma doadora anônima, implantando no útero de uma mãe substituta (gestatriz). Em que pese a polêmica os detentores do material doado não serão considerados “pais”. Contudo, caso a criança fique com os “encomendantes” a filiação será reconhecida como socioafetiva bilateral, todavia caso ela fique com a gestatriz a filiação será também socioafetiva, porém unilateral. (Fujita, 2011, pg. 77). Contudo, cabe ao filho originário de reprodução assistida heteróloga o direito de conhecer a sua origem por meio da ação de investigação de paternidade, ou de maternidade sem, contudo ensejar no reconhecimento de filho natural, uma vez que a relação paterno-filial, ou materno-filial já se aperfeiçoou com o pai socioafetivo ou mãe socioafetivo. (FUJITA, 2011)

A filiação socioafetiva originária é aquela em que se verifica uma relação paterno-filial, ou materno-filial, ou paterno-materno-filial, em que fica evidente o tratamento afetivo existente entre pais e filhos consistente numa relação pública, de tal forma que, perante terceiros goza de presunção absoluta da qualidade de filho. Já a posse do estado de filho se verifica perante os olhos do público como possuí-lo efetivamente. (FUJITA, 2011). Esse tipo de filiação não encontra amparo legal, visto que essa prática consiste em reconhecer filhos de outros que não sejam os verdadeiros pais biológicos, sem no entanto, obedecer aos trâmites legais, tal conduta encontra-se tipificada no código penal em seu art. 242, como crime de parto suposto. Nesse caso, em que pese a conduta criminosa, não cabe a anulação do ato registral por parte daquele que sabia que a criança ou adolescente, não era sua, tendo em vista que a adoção é irrevogável. De acordo com o art.1.604 do CC, “há uma exceção no caso de desconhecimento do erro ou da falsidade pelo autor do delito”. (FUJITA, 2011 pg.80). Contudo, a esse respeito se manifestou a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrigi: “O reconhecimento da paternidade é válido se reflete a existência duradora do vínculo socioafetivo entre pais e filhos, nesse diapasão o Superior Tribunal de Justiça vem dando prioridade na prevalência da paternidade biológica nos casos em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. (FJITA, pg.80, 2011). Contudo, o filho tem direito de desconstituir a denominada "adoção à brasileira" para fazer constar o nome de seu pai biológico em seu registro de nascimento, ainda que preexista vínculo socioafetivo de filiação com o pai registral. De fato, a jurisprudência do Superior Tribunal Justiça entende que "Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de

nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretenso pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza". Site STJ

Nada obstante, o reconhecimento do estado biológico de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ademais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é possível o desfazimento da "adoção à brasileira", mesmo no caso de vínculo socioafetivo, se assim opta o interessado. Dessa forma, a paternidade socioafetiva em face do pai registral não pode ser óbice à pretensão do filho de ver alterado o seu registro para constar o nome de seu pai biológico, sob pena de ofensa ao art. 1.596 do CC, segundo o qual "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". **REsp 1.417.598-CE**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 17/12/2015, DJe 18/2/2016.

Por vezes a paternidade socioafetiva por adoção, baseada na adoção não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Nesse diapasão, depreende-se que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por vezes entabuladas no exercício da liberdade. Sendo assim, somente ao pai adotivo é dado a faculdade de repetir aos seus filhos o que Cristo disse aos seus apóstolos: “ Não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós”, Suprema expressão da autonomia paterna, que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar e quem a pode ouvir”. (FUJITA, 2011, pg.80).

“Os denominados “filhos de criação” são os que embora pertencentes a outrem, são sustentados, educados, amados e providos por casais que os consideram como filhos próprios, mesmo que se encontrem somente sob sua guarda e não sob o amparo de uma adoção”. Vale ressaltar, que pai é aquele que cria, educa e protege, trata-se por vezes de uma adoção informal, essa relação se aperfeiçoa na sublime manifestação do amor, são os chamados filhos do coração. Geralmente essa relação é comumente encontrada entre pessoas órfãos, filhos de uma empregada que os deixou na casa do empregador doméstico ou até mesmo de um amigo pobre, enfim, pessoas de qualquer origem. (FUJITA, 2011, pg. 81).

Não existe amparo legal, inexistindo equiparação aos filhos biológicos para fins de efeitos jurídicos, porém, contudo alguns efeitos jurídicos estão sendo reconhecidos pela jurisprudência para esse vínculo de afeto, como por exemplo a legitimidade ad processum e ad causam em favor da mãe de criação, para pleitear indenização por danos patrimoniais e morais pela morte do filho de criação em acidente de trânsito.”(FUJITA, 2011, pg. 81).

Análises jurisprudenciais

O Supremo Tribunal Federal, em votação no Plenário Virtual, reconheceu Repercussão Geral em tema que discute a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. A questão chegou à corte por meio de processo em que foi pedida a anulação de registro de nascimento feito pelos avós paternos, como se eles fossem os pais, e o reconhecimento da paternidade do pai biológico.(<http://www.conjur.com.br/2013-jan-17/stf-decidira-disputa-entre-paternidade-socioafetiva-biologica>).

Em primeira instância, a ação em questão foi julgada procedente, entendimento mantido pela segunda instância e pelo Superior Tribunal de Justiça. No recurso interposto ao Supremo, os demais herdeiros do pai biológico alegam que a decisão do Superior Tribunal

Justiça, ao preferir a biológica em detrimento da socioafetiva, afronta o art. 226, da Constituição Federal, segundo o qual “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

O relator do recurso, ministro Luiz Fux, levou o caso em plenário virtual por entender que o tema enseja repercussão geral sob os pontos de vista econômico, jurídico e social. Por maioria, os ministros seguiram o relator e reconheceram a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Vale ressaltar que essa questão não está pacificada nos tribunais e divide especialista. Atualmente existem três correntes, os defensores da corrente biológica amparam-se principalmente no parágrafo 6º do art. 227 da Constituição, que diz: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Segundo adeptos dessa corrente, o dispositivo garante aos filhos, reconhecidos e não reconhecidos, direito, inclusive, à herança. Por conseguinte a segunda corrente baseia-se especialmente em jurisprudência firmada em diversas cortes pelo país que determina a prevalência do vínculo socioafetivo, justamente para evitar demandas de cunho meramente patrimonial.

Há, contudo, uma terceira via, mais rara, a da dupla filiação, em que se reconhece tanto a paternidade socioafetiva quanto a biológica. Em março do ano passado, a Justiça de Rondônia determinou o registro de dois homens como pais de uma criança, que deles recebe, concomitantemente, assistência emocional e alimentar.

O estado de filho não pode ser desprezado de uma hora para outra em nome de uma verdade cromossômica, que se situa num patamar bastante inferior. O entendimento é da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao negar pedido de investigação de paternidade a um homem que viveu há quase 60 anos com o sobrenome do pai registral. Na primeira instância, a ação investigatória contra o espólio do suposto pai biológico foi indeferida.

No Rio Grande do Sul, o juiz Luís Antônio de Abreu Johnson, da Comarca de Lajeado, reconheceu a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica ao indeferir pedido de homem que pretendia desconstituir a paternidade. Para o magistrado o lapso temporal de dez anos do nascimento da filha até a impetração da ação, bem como a troca de afeta, assim como também a relação que se estabeleceu pública e duradora passava para a sociedade ideia de pertencimento.

Johnson assinalou que “os artigos 1601 e 1064 do Código Civil estabelecem que a paternidade pode ser contestada em caso de erro ou falsidade do registro. No entanto, no caso em tela, não se está diante nem de erro nem de falsidade do registro, já que existe a paternidade socioafetiva entre o autor e a filha, concluiu.”(<http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/paternidade-socio-afetiva-nao-anulada-decide-juiz>). **Processo 017/110.000.058.977** Contudo, no que se refere a chamada adoção à brasileira é possível a desconstituição de paternidade socioafetiva, em que pese haver vínculo socioafetivo com o pai registral, uma vez que essa modalidade de filiação é considerada crime pelo Código Penal Brasileiro, o tipo se concretiza quando a pessoa declara como seu, para fins de registro civil, um menor como sendo seu filho biológico baseado em fraude.

Já o Superior Tribunal de Justiça entende que, mesmo que o filho tenha sido acolhido e tenha usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. (REsp 833.712/RS).

http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/324165482/e-possivel-desconstituir-a-adocao-a-brasileira-para-constar-o-nome-do-pai-biologico-no-registro-de-nascimento-veja-o-entendimento-do-stj?ref=topic_feed.

A celeuma não para por aí. O Superior Tribunal de Justiça discutiu em um Recurso Especial a alteração do registro civil de filha biológica, em que consta como pai o nome de outrem, na espécie a Turma entendeu que a paternidade biológica não tem o condão de vincular, invariavelmente, a filiação, em que pese o valor genético que deve ser sopesado para definir questões relativas à filiação. Para tanto, pressupõe para a sua prevalência, a concorrência de elementos imateriais que, efetivamente, demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

Para a Suprema Corte de Justiça, a filiação socioafetiva mesmo que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente, haja vista que uma parentalidade proveniente de uma decisão espontânea, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família. Para a Corte Especial, o caso em tela, é de evidente má-fé da genitora e desídia do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quem sabe, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, dessa forma tomam-lhes o direito de se insurgir contra os fatos consolidados.

Outra questão que suscita dúvida é com relação à restituição dos alimentos por parte da esposa infiel, para o Superior Tribunal de Justiça a esposa infiel não tem o dever de restituir ao marido traído os alimentos pagos por ele em favor de filho criado com estreitos laços de afeto pelo casal, ainda que a adúltera tenha ocultado do marido o fato de que a referida criança seria filha biológica sua e de seu "cúmplice". Isso porque, mesmo que o marido, ainda que enganado por sua esposa, cria como seu o filho biológico de outrem, tem-se consolidados a relação de paternidade socioafetiva, a qual se sobrepõe sobre a verdade biológica.

Em um recurso especial em que se discutia paternidade socioafetiva e o melhor interesse do menor a Corte Especial entendeu que o registro espontâneo e consciente da paternidade, ainda que haja 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 Ministra 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 cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Precedente citado: REsp 1.259.460-SP, DJe 29/6/12. **REsp 1.244.957-SC, Rel**

Conclusão

O presente trabalho procurou demonstrar a evolução do direito de família, principalmente referente à evolução dos tipos de família. Outrora a família era patriarcal, baseada no pater família, contudo o novo código civil inovou ao alicerçar a família no pátrio poder familiar. Ademais no presente trabalho foi abordado as várias modalidades de filiação, quais sejam a biológica, a jurídica e a socioafetiva. A paternidade socioafetiva deve prevalecer sobre a biológica, vale dizer, pai é o que cria, educa e dá afeto, sendo assim deve prevalecer o

princípio do melhor interesse do menor, com base em tal princípio o julgador deverá entrar no campo filosófico e estudar de forma geral os valores, com o objetivo de verificar a conduta e a importância que o pai socioafetivo tem ou teve na vida do menor, assim maximizaria a proteção jurídica do menor. Demais disso, quando não se consegue elucidar com clareza o vínculo afetivo, e existindo choque entre a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva, deve-se buscar a tutela dos profissionais capacitados como psicólogos e assistentes sociais e operadores do direito, com a finalidade de que com o conhecimento consolidado sobre o caso, possa se chegar à solução da celeuma.

Sabe-se que o magistrado tem a função de descobrir a verdade dos fatos, para, assim fazer o seu julgamento, com o objetivo de prolatar uma sentença justa com toda veracidade que o caso ensejar. Essa, no entanto, não é tarefa das mais fáceis, para tanto deve prevalecer o melhor interesse da criança ou do adolescente.

O direito a filiação é um direito da personalidade, outrossim, está amparado principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, na solidariedade e igualdade.

Em síntese, o poder judiciário não pode deixar de reconhecer a paternidade socioafetiva, tendo em vista que, essa modalidade de filiação é baseada no princípio da afetividade e no melhor interesse da criança e do adolescente.

Referências

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 6 v.

FUGITA, Jorge Shiguemitsu. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 167 p.

DIAS, Maria Berenice. **Direito de família**. 11ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, (REsp 833.712/RS). http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/324165482/e-possivel-desconstituir-a-adocao-a-brasileira-para-constar-o-nome-do-pai-biologico-no-registro-de-nascimento-veja-o-entendimento-do-stj?ref=topic_feed.

REsp 1.259.460-SP, DJe 29/6/12. **REsp 1.244.957-SC**, Rel

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. RT Legislação.

BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

<http://www.conjur.com.br/2013-jan-17/stf-decidira-disputa-entre-paternidade-socioafetiva-biologica>