



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O direito à identidade biológica e a paternidade
socioafetiva: um estudo de direito comparado**

por

Rafaela dos Santos de Oliveira

ORIENTADOR(A): Ana Lucia de Lyra Tavares

2014.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

O direito à identidade biológica e a paternidade socioafetiva: um estudo de direito comparado

por

Rafaela dos Santos de Oliveira

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Ana Lucia de Lyra Tavares

2014.1

A Deus, pela oportunidade da vida e pela sabedoria que me foi concedida de perceber quais são os melhores caminhos a trilhar.

Agradecimentos.

A meu pai e minha mãe, por sempre terem acreditado em mim.

À Mariza, minha Ninha, por ser a grande responsável por eu ser a pessoa que sou hoje.

À minha irmã, Fernanda, por todos os anos de companheirismo e fidelidade e todo o apoio que sempre soube me dar.

Ao meu marido, Mauro, a quem não tenho palavras para agradecer o quanto sou grata por estar ao meu lado e, sobretudo, me amar.

À minha querida professora e orientadora Ana Lucia de Lyra Tavares, pela inspiração, apoio, orientação e entusiasmo em suas aulas, e pela oportunidade de me ajudar a elaborar este trabalho.

Aos meus professores da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, em especial André Peregmanis, Ana Paula Santoro Carvalho Pires de Almeida, Marcia Nina Bernardes, Regina Coeli Lisbôa Soares, Marcelo Junqueira Calixto, Irma Almeida Klautau Lopes, Denise Muller dos Reis Pupo, Bruno Vaz de Carvalho e Thiago Rogonha Varela, por me ensinarem a apreciar o estudo de direito e pelo empenho na minha formação em prol da justiça e dos direitos humanos.

Aos queridos amigos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, cuja contribuição à minha formação acadêmica é inestimável.

Às amigas Rebeca Peterli, Amanda Batistela e Steffi Greche, por todos os anos e momentos compartilhados na PUC-Rio.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito à identidade biológica e o da paternidade socioafetiva à luz do direito comparado, bem como a crescente importância que estes temas vêm adquirindo. Parte-se do pressuposto de que a comparação é um método que permite o melhor conhecimento de elementos jurídicos, pois, enquanto método auxiliar do estudo do direito, proporciona o conhecimento dos tratamentos dados, em diferentes sistemas jurídicos, aos mais diversos temas. Portanto, visa-se realizar um trabalho de comparação entre o ordenamento jurídico brasileiro e de outros direitos, principalmente os direitos espanhol e argentino, através de um estudo de casos concretos, visando apontar as semelhanças e as diferenças dos tratamentos e, finalmente, verificar em quais destes direitos existem legislação e jurisprudência consolidados em relação a estas matérias.

PALAVRAS-CHAVE: direito de família, direito à identidade biológica, paternidade socioafetiva, método comparativo, direito brasileiro, direito argentino, direito espanhol.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO	11
1.1 Estrutura.....	12
1.2 Fontes.....	14
2. DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO BRASIL	20
2.1 A paternidade socioafetiva.....	20
2.1.1 Histórico.....	20
2.1.2 Previsões legais.....	23
2.1.3 Entendimentos jurisprudenciais.....	24
2.2 O direito à identidade biológica.....	26
2.2.1 Histórico.....	26
2.2.2 Previsões legais.....	28
2.2.3 Entendimentos jurisprudenciais.....	29
3. DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NOS DIREITOS ESPANHOL E ARGENTINO	33
3.1. Direito à identidade biológica.....	33
3.1.1 Espanha.....	33
3.1.1.1 Tratamento.....	33
3.1.1.2. Previsões legais.....	36
3.1.1.3 Entendimentos jurisprudenciais.....	38

3.1.2 Argentina.....	39
3.1.2.1 Tratamento.....	39
3.1.2.2 Previsões legais.....	42
3.1.2.3 Entendimentos jurisprudenciais.....	43
3.2. Paternidade socioafetiva.....	46
4. CAPÍTULO 4 – ESTUDO COMPARATIVO DE CASOS NOS DIREITOS FOCALIZADOS	49
4.1 Descrição e justaposição dos casos.....	49
4.1.1 Caso brasileiro - REsp 1.401.719/MG	49
4.1.2 Caso argentino - I. E. H. s/ adopción	52
4.1.3 Caso espanhol - STS 4911/2011	55
4.2 Comparação dos casos.....	58
4.2.1 Quanto ao conteúdo	58
4.2.2 Quanto às fontes	61
4.2.3 Quanto à decisão final	63
5. CONCLUSÃO	67
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69
7. ANEXOS	72

LISTA DE ABREVIações

CC/1916	Código Civil Brasileiro de 1916
CC/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema o estudo comparado de decisões judiciais sobre o direito à identidade biológica e a paternidade socioafetiva.

O direito à identidade biológica e a paternidade socioafetiva são dois dos elementos jurídicos do direito privado, no ramo do direito de família, que têm ganhado enfoque no ordenamento jurídico brasileiro.

A evolução do conceito de família no direito brasileiro tem sido fundamental para o desenvolvimento dos temas aqui abordados. O conceito de família foi alargado, deixando de lado a visão de outrora, que reconhecia como entidade familiar somente aquela considerada tradicional, formada por um homem e uma mulher e os filhos provenientes desta união, passando-se a reconhecer as famílias plurais, e dando a este conceito uma considerável flexibilização.

Este cenário de identificação de outros modelos de família resultou no reconhecimento de vínculos que não decorrem apenas dos laços consanguíneos, mas também da afetividade. Do mesmo modo, deixou-se de lado a visão clássica de que o instituto da adoção romperia com o vínculo biológico do qual adveio a criança, segundo o qual os pais poderiam ser somente os adotantes, passando a analisar, em todas as situações, qual o melhor interesse da criança, sendo este um princípio primordial no estudo do direito de família.

Entretanto, certas questões ainda não possuem previsão legal, cabendo aos tribunais decidir, na prática forense, os complexos casos que chegam à justiça sem o devido amparo. Neste ponto se observa que é a jurisprudência que tem definido os ditames que devem prevalecer, seja na adoção ou não, em matéria de vínculos biológicos ou os socioafetivos.

Diga-se que, em alguns ordenamentos jurídicos, tanto o direito à identidade biológica, quanto à paternidade socioafetiva, sequer são reconhecidos. Em outros, entretanto, este reconhecimento não só existe,

como a discussão sobre ele se encontra até mesmo mais avançada em relação ao ordenamento jurídico brasileiro.

A comparação, relativamente a este tema faz-se fundamental para enriquecer o estudo da aplicação dos direitos, posto que há ordenamentos que dispõem sobre tais assuntos.

Portanto, o objetivo geral deste trabalho é utilizar o método comparativo para melhor perceber as semelhanças e diferenças entre os tratamentos dados aos dois direitos no Brasil, Espanha e Argentina.

No tocante à justificativa da escolha do tema, pode ser citado o fato de que, tanto no Brasil quanto nos outros países supracitados, não existe uma resposta exata para os casos em que há disputa entre pais biológicos e socioafetivos, seja de crianças advindas de adoção ou não. Além disso, o estudo comparativo enriquece o conhecimento sobre distintos sistemas jurídicos, e propicia visão mais completa e renovadora do direito brasileiro.

De regra, o magistério jurídico confere maior destaque aos estudos legislativos e doutrinários dos temas, nem sempre privilegiando a análise de casos concretos, o que leva à segunda motivação para este trabalho, isto é, o aprofundamento do estudo de casos. Busca-se analisar quais entendimentos e teorias prevalecem em cada sistema *stricto sensu*, sob esta ótica empírica.

Descarte, a presente monografia baseou-se não apenas em textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais do nosso direito e nos dos outros países focalizados, precipuamente a Espanha e a Argentina, como, sobretudo, na análise de casos concretos. O trabalho é estruturado em quatro capítulos. No primeiro, busca-se examinar o sistema romano-germânico, analisando sua estrutura e suas fontes, que, uma vez identificadas, permitem melhor entendimento do ordenamento jurídico de cada um dos países abordados.

O segundo capítulo visa a análise de ambos os direitos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua história, previsões legislativas e entendimentos jurisprudenciais que ajudaram a construir e consolidar os respectivos conceitos.

O terceiro capítulo busca a análise dos direitos nos ordenamentos argentino e espanhol, verificando, tal como no brasileiro, quais são seus tratamentos legal e jurisprudencial.

O quarto capítulo se destina à apresentação dos casos concretos, com sua descrição e justaposição, tanto no tocante às situações que os levaram aos tribunais, quanto aos elementos normativos que nortearam suas decisões finais. Além disso, centra-se na comparação dos três casos concretos anteriormente apresentados, destinando-se a estabelecer as principais semelhanças e diferenças nos tratamentos dados em cada ordenamento jurídico, à luz de um certo número de variáveis.

CAPÍTULO 1 – O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO.

Antes de observar aspectos relativos ao tratamento legal e jurisprudencial que os ordenamentos jurídicos brasileiro, espanhol e argentino dão aos direitos ora estudados, faz-se necessário realizar uma breve análise sobre o sistema romano-germânico, ao qual estes três direitos pertencem.

É sabido que, para fins de organização dos direitos existentes, estes são agrupados em famílias, classificação esta utilizada de acordo com as características e origens de cada um. O professor René David reconhece a importância de, principalmente, três famílias ou sistemas de direitos¹, a saber: o sistema romano-germânico, também chamado por alguns autores de *civil law*; a *common law* e, finalmente, o sistema socialista. Há, além disso, outros sistemas que, ainda que minoritários, têm sua importância reconhecida, tais como os orientais, os religiosos, entre outros².

Ademais, René David, ao explicar o agrupamento dos direitos em famílias, afirma:

“se no mundo contemporâneo existem múltiplos direitos, estes deixam-se classificar num número limitado de famílias, de modo que a nossa finalidade pode ser conseguida sem entrar nos pormenores de cada direito, expondo as características gerais de algumas famílias às quais uns e outros se ligam”.

O sistema romano-germânico não deve se confundir com o direito romano, pois os direitos dele oriundos são continuadores daqueles originários no direito romano, especialmente no que diz respeito à concepção sobre a regra de direito. Sua expansão se deu, em especial, pela colonização, indo além das fronteiras do Antigo Império Romano. Praticamente todos os países da América Latina hoje adotam o sistema romano-germânico, além de diversos países europeus³.

¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, 2ª ed. Lisboa: Editora Meridiano Limitada, 1978, p. 18.

² Ibid, p. 21-25.

³ Ibid, p. 34.

Tanto o Brasil quanto Argentina e Espanha integram o sistema romano-germânico. Assim, antes da análise desses ordenamentos, se faz essencial o estudo prévio da família de direito que os abriga, para proporcionar melhor entendimento quanto às suas características básicas.

Observa-se, finalmente, retomamos aqui, os critérios do Professor René David para o agrupamento dos sistemas jurídicos. Optamos por dar maior ênfase aos aspectos estruturais e de hierarquia de fontes, dada a sua relevância para o presente trabalho.

Estrutura.

A análise da estrutura de um sistema de direitos é essencial para a compreensão do mesmo:

“Importa, para compreender o que faz a unidade da família, situarmo-nos ainda em outro aspecto: o do modo como é concebida a própria regra de direito. As constatações que se podem fazer sob esse novo aspecto fazem sobressair um elemento dos mais importantes para assegurar a unidade da família de direito romano-germânica, considerada em toda a amplitude da área geográfica que nós lhe reconhecemos”⁴.

Pode-se dizer que a estrutura tem a ver com concepção e o ordenamento das regras de direito oriundos de um sistema. A concepção está atrelada à elaboração e interpretação da regra de direito. No sistema romano-germânico, a concepção da regra é que esta é geral, com preocupação de justiça e moral, e não religiosa ou filosófica, conforme se vê em outros sistemas.

Houve, em certo momento, uma concepção da regra de direito como se a mesma visasse a solução de um caso concreto. No entanto, esta já foi superada, dando espaço para uma visão de *regra de conduta*, que possui caráter mais geral, podendo, portanto, ser mais livremente aplicada aos casos concretos, uma vez que se sobrepõe a estes⁵.

Tal concepção leva à questão da própria elaboração da regra de direito, que, por sua vez, é oriunda da análise das situações práticas,

⁴ DAVID, René. Op. cit., p. 101.

⁵ Ibid, p. 112.

refletindo, portanto, o comportamento social, aliada, segundo René David, às considerações de justiça, moral e política que não devem faltar no conhecimento do magistrado⁶.

Ademais, não deve o magistrado valer-se somente da regra para a solução dos litígios oriundos dos casos concretos, pois esta é considerada somente como metade do caminho para a decisão, devendo este fazer uso, também, dos princípios do direito. Isto se dá pela própria generalidade da regra de direito, que deve ser capaz de contemplar, dentro de seu conteúdo, diferentes casos⁷. Ou seja, a norma não pode ser específica a tal ponto que só solucione um único caso, devendo ser aliada aos princípios para que seja capaz de resolver múltiplas e diferentes situações.

Finalmente, no tocante à interpretação da regra do direito no sistema romano-germânico, René David ensina:

“a ‘boa regra do direito’ não é concebida aqui e lá do mesmo modo: nos países de *common law* deseja-se que as regras de direito sejam formuladas dum modo tão preciso quanto possível; nos países da família romano-germânica considera-se, pelo contrário, como desejável, que a regra de direito deixe uma certa margem de liberdade ao juiz, sendo a sua função unicamente estabelecer *quadros* para direito e fornecer ao juiz *directivas*.”⁸

Assim, pode-se dizer que o caráter geral da regra de direito do sistema romano-germânico traz como necessidade a interpretação do juiz acerca de seu conteúdo, uma vez que o julgador não é capaz de vislumbrar todas as possibilidades de casos concretos, servindo de base para a solução destes.

A complementação da regra de direito se dá através das chamadas *regras secundárias*, que, por sua vez, são elaboradas pela jurisprudência⁹. Estas regras não devem se confundir com a de outros sistemas, tais como a *common law*, nos quais a regra de direito é fundamentalmente construída através das decisões judiciais. Tais regras visam, na verdade, complementar a regra de direito, sendo isto realizado através da interpretação judicial. Isto,

⁶ Ibid, p. 112.

⁷ DAVID, René. Op. cit., p. 113.

⁸ Ibid, p. 115.

⁹ Ibid, p. 117.

no entanto, não abala a concepção da regra do direito no sistema romano-germânico, eis que tais interpretações afetam somente as regras secundárias.

Fontes.

Pode-se dizer que a *lei* constitui e é considerada, no sistema romano-germânico, como a principal fonte de direito. Assim ensina John Gilissen:

“Nos países de direito romanista, a lei tornou-se a principal fonte de direito no séc. XIX. Ela é mesmo, segundo a teoria do positivismo legalista, a única fonte de direito positivo; pois só o Estado pode fixar e formular as normas obrigatórias sob a forma de leis; a lei constituiria todo o direito, não haveria outro direito senão a lei; a *Cour de Cassation* (supremos tribunais) não pode revogar uma decisão judicial senão no caso de ela violar uma lei.”

Manifesta-se René David neste mesmo sentido:

“A lei, considerada *lato sensu*, é aparentemente, nos nossos dias, a fonte primordial, quase exclusiva, o direito nos países da família romano-germânica. Todos estes países surgem como sendo *países de direito escrito*; os juristas procuram, antes de tudo, descobrir as regras e soluções de direito, estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanadas do Parlamento ou das autoridades governamentais ou administrativas. A função dos juristas parece ser fundamentalmente a de descobrir, com auxílio de processos vários de interpretação, a solução que em cada caso corresponde à vontade do legislador.”¹⁰

Muito embora a jurisprudência venha tomando papel cada vez mais forte nos direitos que compõem o sistema romano-germânico, ainda assim a lei é encarada como a principal fonte de direito, sendo caracterizada como o conjunto de normas jurídicas oriundas do Poder Legislativo, ou também do Poder Executivo, de acordo com o direito do qual se estiver referindo.

René David, no entanto, entende que, atualmente, a supremacia da lei perante todas as demais fontes é uma ficção, pois sua importância somente é reconhecida de modo conjunto com outras fontes do direito¹¹.

Dentro desta concepção, é possível afirmar que a Constituição escrita encontra-se no topo do ordenamento jurídico, condicionadora das demais normas de direito. Assim ensina René David: “No vértice desta hierarquia

¹⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2003, p. 417.

¹¹ DAVID, René. *Op. cit.*, p. 120.

encontram-se as constituições ou leis constitucionais. Todos os países da família romano-germânica possuem constituições escritas a cujas disposições se reconhece um prestígio particular”¹². Da supremacia da Constituição perante todas as demais leis decorre o controle de constitucionalidade, a fim de se garantir que a legislação não afrontará o texto constitucional.

O tratado também é considerado dentre as fontes, tendo a sua hierarquia determinada de acordo com o direito no qual se encontrar. Há países nos quais o tratado possui força constitucional; em outros, a natureza jurídica do mesmo é legal, sendo certo, portanto, que cada direito possui suas próprias regras em relação à incorporação e interpretação dos tratados que o Estado vier a ratificar.

Os códigos inicialmente foram entendidos no seguinte sentido: “a palavra foi inicialmente empregada para designar as compilações onde eram reunidas as diversas leis”¹³. Historicamente, os códigos surgiram na França napoleônica em 1810, onde foram promulgados cinco deles: o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código Comercial, o Código Penal e o Código de Instrução Criminal.

Gilissen assinala que “a ideia de código corresponde a uma compilação de normas jurídicas de origem legislativa ou, por vezes, doutrinal, tendentes a um melhor conhecimento do direito e a uma maior segurança jurídica”¹⁴. No entanto, a ideia da codificação não é oriunda do período napoleônico, podendo-se dizer que encontra sua origem no direito romano, tendo-se como exemplos dos primeiros códigos o de Teodósio, de 438, e o de Justiniano, de 529 e 534¹⁵. René David salienta que “o movimento de codificação estendeu-se, nos séculos XIX e XX, a todos os países da família romano-germânica”, e que “o parentesco entre os direitos deste país manifestou-se não só através desta comum adesão à fórmula da

¹² DAVID, René. Op. cit., p. 126.

¹³ Ibid, p. 128.

¹⁴ GILISSEN, John. Op. cit., p. 448.

¹⁵ Ibid., p. 449.

codificação, mas também pelo modo como foram agrupadas as regras num certo número de códigos”¹⁶.

Finalmente, René David sublinha, no tocante à questão da codificação, que:

“os códigos apenas representam para os juristas, um ponto de partida, não um resultado; por isto se distinguem com clareza das compilações que se encontram nos países de *common law*, do mesmo modo que se distinguem dos costumes redigidos ou dos códigos anteriores à Revolução Francesa. São, de fato, sucessores do direito romano e das obras da ciência romanista, e não destes costumes ou destes códigos”.

No que se entende por lei, há, além dos códigos, ainda, leis que não foram codificadas, além de regulamentos e decretos.

O *costume*, por sua vez, hoje tem sua importância minimizada. No entanto Gilissen afirma que “é um erro crer que o costume teria desaparecido como fonte de direito nos séculos XIX e XX. Decerto que o antigo direito costumeiro fora expressamente ab-rogado em todas as matérias reguladas por lei”¹⁷. No entanto, em sentido contrário, Paulo Nasser observa que “o costume se apresenta com pouca expressividade, com função apenas supletiva da lei. o direito escrito já absorveu quase toda a totalidade das normas consuetudinárias”¹⁸.

A *jurisprudência*, ao contrário do costume, tem papel cada vez mais forte e determinante na família romano-germânica. Gilissen atribui esta importância ao fato de a jurisprudência ter realizado “uma uniformidade real na interpretação das leis, uma segurança jurídica acrescida pela sua própria fixidez, e, apesar dessa fixidez, uma adaptação constante às realidades da vida social”. Atualmente, segundo Paulo Nader, o termo “jurisprudência” é utilizado para referir-se aos precedentes judiciais, significando a reunião de decisões judiciais que visam a interpretação do direito¹⁹.

Nader continua afirmando:

¹⁶ DAVID, René. Op. cit., p. 128.

¹⁷ GILISSEN, John. Op. cit., p. 485.

¹⁸ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 422 p. 155.

¹⁹ *Ibid*, p. 172.

“Ao revelar o sentido e o alcance das leis, o Poder Judiciário beneficia a ordem jurídica, tornando-a mais bem definida, mais clara e, em consequência, mais acessível ao conhecimento. Para bem se conhecer o Direito que efetivamente rege as relações sociais, não basta o estudo das leis, é indispensável também a consulta aos repertórios de decisões judiciais. A jurisprudência constitui, assim, a definição do Direito elaborada pelos tribunais”.²⁰

A jurisprudência possui um tratamento próprio na família romano-germânica, o que é evidenciado por René David, que afirma que há uma diferença em relação ao papel da jurisprudência na *common law* e no sistema socialista. Para o referido autor, “o papel criador da jurisprudência dissimula-se sempre ou quase sempre atrás da aparência duma interpretação da lei”²¹. E continua: “o legislador que, na nossa época, estabelece os quadros da ordem jurídica, recorre a uma técnica particular que consiste na formação dos comandos, na elaboração das regras de direito. A jurisprudência é senão muito excepcionalmente autorizada a utilizar essa técnica.”²².

Assim, considerando que as leis são consideradas, no sistema romano-germânico, como a principal fonte de direito, pode-se dizer que é dela, e não da jurisprudência, que se extrai o conteúdo da regra de direito. A jurisprudência não possui o condão de criar a regra de direito, tendo seu alcance limitado pela incidência da lei. as regras jurisprudenciais, por sua vez, são mais flexíveis, podendo ser mais facilmente modificadas, não produzindo a mesma força daquelas criadas pelo legislador²³.

Neste sentido, Paulo Nader afirma:

“Nos Estados que seguem a tradição romano-germânica, a cujo sistema vincula-se o Direito brasileiro, não obstante alguma divergência doutrinária, prevalece o entendimento de que o papel da jurisprudência limita-se a revelar o direito preexistente”²⁴.

Com relação à questão da vinculação da jurisprudência, pode-se dizer que, levando-se em consideração o papel que a mesma exerce no

²⁰ NADER, Paulo. Op. Cit., p. 155.

²¹ DAVID, René. Op. Cit., p. 150.

²² Ibid, p. 151.

²³ Ibid, p. 152.

²⁴ NADER, Paulo. Op. Cit., p. 177.

sistema romano-germânico, esta não possui o mesmo caráter vinculativo da *common law*, sistema no qual os juízes são os criadores da regra do direito, limitando-se a jurisprudência, por seu *status* inferior, a um papel secundário, levando-se, sobretudo, em consideração a sua fragilidade e seu aspecto temporário, pois pode, a qualquer momento, ser modificada.

René David, no entanto, afirma que “contrariamente ao geralmente admitido, pode excepcionalmente fazer-se com que, num dado país, se torne obrigatório para os juízes seguirem tal ou tal precedente, ou tal linha de precedentes”²⁵.

Ressalta-se aqui que, no direito brasileiro, somente as chamadas *súmulas vinculantes*, oriundas de julgamentos, pelo Supremo Tribunal Federal, de matérias repetitivas, conforme o previsto no art. 103-A da CRFB/88, após aprovação de 2/3 de seus membros, passam a ter este caráter vinculativo – a saber, instâncias inferiores não podem decidir de modo contrário a tais decisões. A questão é polêmica, havendo posicionamentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis.

A *doutrina*, por sua vez, foi, por tempos, considerada a principal fonte de direito na família romano-germânica. Segundo Gilissen, “a doutrina desempenha, na evolução do direito moderno, um papel muito importante. A ciência do direito conheceu, no decurso dos sécs. XIX e XX, um grande desenvolvimento, graças à importância adquirida pelo ensino universitário do direito nacional e graças à publicação de inúmeras obras de direito”²⁶.

René David salienta, ainda, a influência que a doutrina é capaz de exercer sobre o legislador, ao afirmar que “este reconhecimento do papel que pertence ao legislador e que é desempenhado por ele, não deve, contudo, conduzir-nos a fechar os olhos às relações reais que existem entre a legislação e a doutrina e acreditar numa ditadura da lei”²⁷. Assim, pode-se

²⁵ DAVID, René. Op. cit., p. 160.

²⁶ GILISSEN, John. Op. cit., p. 513.

²⁷ DAVID, René. Op. cit., p. 166.

afirmar que a doutrina funciona como um apoio ao legislador, fazendo com que este positivasse os princípios básicos da vida em sociedade²⁸.

Paulo Nader indica que a doutrina teria três funções, a saber: a atividade criadora, no sentido de que é responsável por criar novos princípios, conceitos, teorias e institutos de direito à luz da vida social; a função prática, no sentido de que realiza uma sistematização dos conteúdos relativos àquela área do direito, a fim de proporcionar a análise das respectivas regras; e a atividade crítica, no qual se utiliza de juízos de valor para analisar as regras de direito positivadas, apontando suas respectivas falhas²⁹.

Finalmente, os *princípios gerais do direito* são tidos por René David como fontes de direito na família romano-germânica:

“O recurso a estes princípios e a utilização que deles se faz são difíceis de explicar pelos teóricos do positivismo legislativo; põem em evidência a subordinação do Direito aos imperativos da justiça, tal como é concebida numa época e num momento determinados da justiça, tal como é concebida numa época e num momento determinados, e o caráter de direitos dos juristas, e não unicamente de sistemas de normas legislativas, que pertencem aos direitos da família romano-germânica”.³⁰

A questão dos princípios surgiu na Alemanha, na qual, através de medidas entre as quais se destaca a caducidade de leis contrárias ao princípio da igualdade entre homens e mulheres denotou a preocupação segundo a qual os princípios deveriam ser sublinhados e enaltecidos.

René David traz ainda a possibilidade de aplicação de princípios gerais que não encontram previsão legal, ou seja, que podem ser reconhecidos ainda que não tenham sido positivados, abrindo a possibilidade de o jurista não estar limitado à omissão do legislador³¹.

Verifica-se, portanto, ser a lei a principal fonte de direito utilizada no sistema romano-germânico, sem prejuízo das demais, no qual a jurisprudência vem alcançando um papel cada vez mais crescente, e o costume, por sua vez, acabou por cair em desuso.

²⁸ Ibid, p. 181.

²⁹ NADER, Paulo. Op. cit., p. 182-183.

³⁰ DAVID, René. Op. cit., p. 166.

³¹ Ibid, p. 168.

CAPÍTULO 2 – DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO BRASIL.

A paternidade socioafetiva.

Histórico.

Desde o Direito Romano o papel do pai em relação aos filhos é ligado a uma visão de poder: o pai podia aceitar ou rejeitar os filhos, e tal poder era exercido ao longo de toda a vida dos filhos, que eram obrigados a se submeter à todos os seus mandamentos, não podendo tampouco exercer livremente os atos da vida civil³². O filho, naquele momento, era visto como uma espécie de propriedade do pai, visto como objeto, sempre se sujeitando às vontades do *pater familias* romano. Com a evolução do direito de família, estes conceitos sofreram muitas modificações, até o entendimento atual de que os filhos são sujeitos de direito, sendo-lhe conferidas uma série de proteções e direitos.

Com relação ao Direito brasileiro, o conceito de filiação passou por um longo processo de evolução. O antigo CC/1916 trazia a disposição do pai como aquele que exercia o pátrio poder, considerado o “chefe da família”, aquele que exercia largamente poder sobre a mulher e os filhos oriundos do casamento³³. Em decorrência da proteção da sociedade tradicional, o reconhecimento era tão somente o das famílias legítimas, aquelas oriundas do casamento.

Os filhos que eram gerados fora do casamento, seja através de traições, concubinato ou mesmo adoção, não possuíam qualquer proteção jurídica, havendo, portanto, uma distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Entendia-se que “pai é o marido da mãe”,³⁴ afastando-se o

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Estudos de direito de família e pareceres de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³³ VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 110.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.346

reconhecimento jurídico de filhos oriundos de adultério ou incesto. Não importava se havia ou não o vínculo biológico, pois este era afastado pelo *status* de filiação³⁵. Somente eram considerados filhos aqueles que eram oriundos de um casamento, ou seja, os filhos da mulher com seu marido e, conseqüentemente, os filhos do marido com sua mulher.

Esta distinção permaneceu até o advento da CRFB/88, que trouxe, em seu art. 227, §6º, disposição expressa no sentido da proibição da discriminação entre os filhos. Neste momento, a questão moral fora afastada da temática do reconhecimento dos filhos, que, independentemente de sua origem – seja advindos do casamento, seja de adultério, concubinato, adoção ou mesmo de relações incestuosas – ainda assim, são considerados como filhos.

A nova disposição trazida pelo art. 227, §6º da CRFB/88 trouxe como consequência a *doutrina da proteção integral*, trazendo para crianças e adolescentes o *status* de sujeitos de direito, proibindo qualquer tipo de discriminação dos filhos quanto à sua origem. Foi o aval para o reconhecimento jurídico de outras figuras que começaram a surgir, no plano fático, decorrentes da afetividade.

O afeto surgiu como novo elemento identificado no âmbito familiar, passando-se a entender, nas palavras de Maria Berenice Dias, que “a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não. Em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica”³⁶.

Tal entendimento é exemplo do reconhecimento jurídico que passou a se aferir das relações de afeto. Com base no princípio do melhor interesse da criança, os critérios da presunção jurídica de paternidade, decorrente do art. 1597 do CC/2002 e o critério biológico, deixaram de ser os únicos

³⁵ VENCELAU, Rose. Op. cit., p. 110.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 349

utilizados para a aferição da paternidade, surgindo, portanto, a *paternidade socioafetiva*, que afasta a incidência única dos critérios anteriores e é baseada no melhor interesse da criança, entendendo-se que o pai não é apenas aquele que reproduziu biologicamente a criança ou aquele que a perfilhou, mas também aquele que ama, educa e cuida, independentemente dos vínculos consanguíneos existentes entre ambos.

Pode-se dizer, finalmente, que a paternidade socioafetiva é decorrente, na experiência brasileira, da chamada *adoção “à brasileira”*, definida como “modalidade irregular de adoção, “é aquela “em que mães que não conseguem ou desejam criar seus filhos os doam para outras famílias, geralmente de melhor renda”, que os assumem, declarando ao oficial do registro civil que se trata de filho havido daquela família, pelas vias normais”³⁷.

O próprio nome traduz o fato de que a adoção “à brasileira” ocorre somente no Brasil, e talvez seja a principal origem da paternidade socioafetiva. Embora possa ser considerado delito, na forma do art. 242 do Código Penal brasileiro, por se tratar de reconhecimento voluntário de criança que se sabe que não é filho próprio, os efeitos jurídicos persistem, e um deles é a decorrência do vínculo de afeto que surge entre os pais socioafetivos e o filho³⁸.

Flávio Tartuce reconhece a importância do princípio da afetividade no direito brasileiro e, conseqüentemente, a paternidade socioafetiva como “importantíssimo, pois quebra paradigmas, trazendo a concepção da família

³⁷ CONSALTER, Zilda Mara. *O direito à identidade genética nas filiações socioafetivas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5897>. Acesso em 15 mar. 2014.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 364.

de acordo com o meio social. É sobre *o princípio da função social da família* que passamos a expor, para encerrar este breve trabalho”³⁹.

Previsões legais.

A afetividade hoje é tida como um dos princípios fundamentais ao direito de família, sendo decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto traz com consequência a obrigação do Estado de assegurar o afeto entre os cidadãos, em suas relações pessoais e familiares.

No entanto, não há previsão legal expressa em relação ao afeto na legislação brasileira, tampouco na CRFB/88. O afeto, de modo literal, é trazido apenas nas disposições de guarda, nos arts. 1583, §2º, I e 1584, §5º do CC/2002⁴⁰, sendo que as demais previsões seriam referências, ou seja, meros dispositivos legais nos quais a doutrina entende que o princípio da afetividade estaria presente de modo implícito.

A paternidade socioafetiva, conseqüentemente, carece de amparo legal expresso. A única interpretação por analogia decorreria da elaborada pela I Jornada de Direito Civil: “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”⁴¹. Assim, reconhece-se a abrangência do art. 1593 do Código Civil, quando se refere à “outra origem”, à paternidade socioafetiva.

³⁹ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 16 mar. 2014

⁴¹ Enunciado nº 103. *Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.* – Brasília: CJP, 2007. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>> Acesso em: 18 mar. 2014

Foi, ainda, na I Jornada de Direito Civil, elaborado outro enunciado sobre a paternidade socioafetiva: "No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva".⁴²

Pode-se dizer, assim, que a carência de previsão legal e expressa sobre a paternidade socioafetiva e a ausência de regulamentação da mesma vem dando cada vez mais espaço para que a jurisprudência determine os ditames da aplicação do tema.

Entendimentos jurisprudenciais.

Conforme já elucidado, a ausência de tratamento legal da paternidade socioafetiva tem criado espaço para que o assunto seja cada vez mais tratado no Poder Judiciário, tendo os tribunais regionais e superiores dado diretrizes para o entendimento aplicado em situações específicas.

A jurisprudência tem, de modo geral, reconhecido paternidade socioafetiva, em decorrência de sua importância pelas razões indicadas neste trabalho. Eis porque serão trazidas algumas decisões judiciais que demonstram o tratamento que os tribunais vêm dando à questão do afeto na filiação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pioneiro em grande parte das questões de direito de família, foi dos primeiros a afastar a incidência da paternidade biológica, fazendo prevalecer a socioafetiva. Mesmo em um caso em que o genitor propôs ação negatória de paternidade a fim de afastar a paternidade por decorrência da ausência do vínculo biológico, o fato de haver vínculo afetivo foi suficiente para que a ação

⁴² Enunciado nº 108. *Jornada de Direito Civil* / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2007. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>> Acesso em: 18 mar. 2014

fosse julgada improcedente, apesar da prova pericial, através de exame de DNA, comprobatória de que o autor não era genitor do menor⁴³.

O Superior Tribunal de Justiça possui inúmeras decisões relativas ao resguardo das relações afetivas na seara do direito, tanto no sentido de reconhecer a paternidade socioafetiva em caso de ausência de vínculo biológico, onde, entretanto, o afeto foi gerado pelo reconhecimento voluntário da paternidade do menor pelo genitor registral⁴⁴, quanto no da impossibilidade de um dos filhos registrais do genitor questionar a paternidade socioafetiva do mesmo em relação a seu irmão⁴⁵.

⁴³ TJRS, Apelação Cível nº 70014089635, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, Porto Alegre, 16 mar. 2006. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Ainda que o exame de DNA aponte pela exclusão da paternidade do pai registral, fato, de resto, confirmado pelo próprio réu/filho, mantém-se a improcedência da ação negatória de paternidade, se configurada nos autos a adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva. Precedentes. Apelação desprovida.”

⁴⁴ STJ, REsp 1244957/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 07 ago. 2012. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL INVERÍDICO. ANULAÇÃO. OSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha. 2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse. 3. Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração auto-produzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico. 4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. 5. Recurso especial provido.”

⁴⁵ STJ, REsp 1259460/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 19 jun. 2012. Ementa: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA. I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha. II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida. IV. A falta de interesse de agir que determina a carência de ação, é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda - in status assertionis -, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do art. 269, I, do CPC. Recurso não provido.”

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não chegou a enfrentar o tema, reconhecendo apenas a repercussão geral da questão da prevalência da paternidade socioafetiva sobre o vínculo biológico, reputando como constitucional a questão⁴⁶. O recurso extraordinário não foi, contudo, julgado pelo Plenário da Corte.

A jurisprudência mais recente tem inovado com a possibilidade de fazer constar, nos registros de nascimento, a manutenção da inscrição do pai biológico com o acréscimo da do pai socioafetivo. Trata-se de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, quebrando com o paradigma de que o registro de nascimento deve ser permeado pelo caráter da verdade real dos fatos e deve conter, necessariamente, a inscrição dos pais biológicos do menor.

O fenômeno do reconhecimento da dupla filiação paterna ainda é minoritário na jurisprudência brasileira, mas vem ganhando força na medida que vem se entendendo que os vínculos biológico e socioafetivo podem coexistir. Assim, ainda que poucas, são notórias as decisões que entendem que o reconhecimento da paternidade socioafetiva com a exclusão da biológica é prejudicial para o menor, sendo esta, portando, um caminho que visa atender, sobretudo, seu melhor interesse.

O direito à identidade biológica.

Histórico.

O direito à identidade biológica é decorrente, especialmente, da adoção, situação na qual a criança ou adolescente, na qualidade de adotado, desconhece a própria origem, por ter sido criada por pessoas diversas dos

⁴⁶ STF, ARE 692186 RG, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 29 nov. 2012. Ementa: “PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 20-02-2013 PUBLIC 21-02-2013 RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.”

próprios pais biológicos que possuíam amparo jurídico para tal. Essa possibilidade existe desde o CC/1916, que, segundo Caio Mário da Silva Pereira, “deu nascimento a uma relação jurídica de parentesco meramente civil entre adotante e adotado, com a finalidade de proporcionar filiação a quem não a tivesse de seu próprio sangue”⁴⁷.

O CC/1916 estabelecia, ainda, a questão dos vínculos do adotado com a própria família biológica: diferentemente do que ocorria no Direito Romano, a lei civil determinava que tais vínculos não se dissolviam por ocorrência da adoção⁴⁸.

A desigualdade entre os filhos oriundos do casamento e aqueles de outra origem – entre elas, a adoção – só teve fim com a promulgação CRFB/88, através do art. 227, §6º, que, além disso, proibiu qualquer prática discriminatória neste sentido. Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente – L. 8069/90⁴⁹, este passou a regular a adoção de menores, com competência absoluta para as Varas de Infância e da Juventude, deixando a adoção de maiores a ser regulamentada pelo CC/2002⁵⁰.

Com o advento da L. 12010/2009, doravante denominada Lei de Adoção, houve significativas modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente. Pode-se dizer que a principal delas foi a positivação da orientação que já era aplicada na jurisprudência, no sentido da possibilidade de o adotado conhecer a própria origem biológica, ao atingir a maioridade civil, aos 18 anos. Paulo Lôbo, ao se referir ao direito à identidade biológica, afirma:

“Esse direito irrestrito de conhecimento dos dados de sua adoção inclui-se entre os direitos da personalidade, que são inerentes e indispensáveis à constituição da pessoa humana, especificamente para fins de informação sobre sua identidade genética. Tendo em vista a natureza cultural e não natural da paternidade, que pode ser tanto biológica quanto socioafetiva, o direito da personalidade não se confunde com direito à filiação ou de

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 407.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 409.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 16 mar 2014

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 472.

relação de parentesco, não se prestando à investigação de paternidade ou maternidade, pois estas já estão constituídas de modo inelutável para a adoção”⁵¹.

Embora a L. 12010/2009 refira-se somente ao instituto da adoção, o direito à identidade biológica não está restrito a esta situação, ocorrendo também em situações diversas, nas quais o menor possui um pai registral que, por sua vez, não é seu genitor biológico. Neste caso, ocorreu o surgimento de novas demandas, objetivando a declaração de ascendência genética. Maria Berenice Dias afirma que há o entendimento acerca da impossibilidade jurídica do pedido ante a existência do pai registral; no entanto, o Superior Tribunal de Justiça cunhou entendimento no sentido de que o registro de nascimento feito pelo pai registral não seria causa impeditiva para a busca da verdade biológica⁵².

Surge, portanto, o debate entre a existência da paternidade socioafetiva e o direito à identidade biológica, verificando-se, caso a caso, qual deveria prevalecer. Mais uma vez, ensina Maria Berenice Dias que “comprovado que o investigante entretinha com quem o registrou vínculo de filiação, que se consolidou pela convivência, tal impossibilita exclusivamente a mudança do estado de filiação. No entanto, persiste o direito de investigar a identidade biológica, como direito da personalidade”⁵³.

Previsões legais.

O direito à identidade biológica encontra sua única previsão legal no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja redação foi determinada pela edição da L. 12010/2009⁵⁴, a “Lei de Adoção”.

⁵¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272-273,

⁵² DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 391.

⁵³ Ibid, p. 392.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> Acesso em 16 mar 2014

O referido dispositivo legal traz a possibilidade de o adotado, ao atingir a maioridade civil, aos 18 anos, se assim desejar, ter acesso não somente à própria origem biológica, como ao processo que originou sua adoção. Assim, pode-se dizer que a previsão legal com relação ao direito de origem refere-se exclusivamente ao instituto da adoção, não tendo seus efeitos estendidos a outros casos nos quais tal direito é invocado.

Nestes casos, não há qualquer previsão legal expressa sobre o direito à identidade biológica, assim como não há dispositivo legal que dê tratamento à paternidade socioafetiva. O silêncio do legislador em relação a estes elementos jurídicos traz como consequência o fato de que resta à jurisprudência o papel de sedimentar os entendimentos sobre em quais casos estes devem ser aplicados, e em quais devem prevalecer.

No entanto, embora ausente dispositivo legal expresso, existe entendimento no sentido de que o direito à identidade biológica é decorrente dos direitos da personalidade, sendo, portanto, “permeado pelo melhor interesse da criança, para proteção da saúde e conhecimento de possíveis doenças genéticas que o menor possa estar predisposto”⁵⁵.

Entendimentos jurisprudenciais.

Assim como no caso da paternidade socioafetiva, o silêncio do legislador tem feito com que a jurisprudência crie os entendimentos acerca da aplicação do direito à identidade biológica nos casos concretos.

O referido direito deixou de ser aplicado única e exclusivamente com relação ao instituto da adoção, por ter cabimento em casos um pouco diferentes: situações nas quais o indivíduo foi registrado ou criado por um genitor socioafetivo, na maior parte das vezes desconhecendo a própria verdade biológica. Começou-se a discutir, então, se o direito à identidade

⁵⁵ BOMTEMPO, Tiago Vieira. *O conflito entre o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador na reprodução assistida*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13199&revista_caderno=6>. Acesso em 15 mar 2014.

biológica deveria existir nestes casos, e mesmo prevalecer, em relação à paternidade socioafetiva, e se esta seria causa impeditiva para o seu reconhecimento.

Portanto, aqui se trazem casos julgados pelos tribunais regionais e pelo Superior Tribunal de Justiça nos quais se entendeu, com base em análise dos fatos a importância do conhecimento da verdade biológica para a afirmação da dignidade da pessoa humana do indivíduo, e que, em muitas vezes, tal direito prevalece em relação à paternidade socioafetiva.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, em 2009, pela manutenção do registro de nascimento com o nome do pai biológico entendendo que a paternidade socioafetiva e a biológica não devem se sobrepor uma à outra, tendo igual importância. Trata-se da chamada *teoria tridimensional*, a qual se reconhece a “condição humana tridimensional”, a saber: biológica, afetiva e ontológica⁵⁶.

No mesmo sentido, o referido Tribunal decidiu, em 2013, que a negativa ao direito à verdade biológica, no caso de existência de socioafetividade, viola o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁷, na medida em que se está impedindo que o filho conheça o genitor biológico e a própria ancestralidade.

⁵⁶ TJRS, Apelação Cível Nº 70029363918, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, Porto Alegre, 07 mai. 2009. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO AGRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. APELO PROVIDO.”

⁵⁷ TJRS, Apelação Cível nº 70051895886, Rel. Des. Jorge Juís Dall’Agnoll, Porto Alegre, 24 abr. 2013. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO FILHO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA. O filho possui legitimidade ativa para postular o reconhecimento da paternidade biológica e anulação do registro civil que não corresponde a realidade. Em se tratando de pedido de investigação de paternidade biológica, o vínculo de afeto entre o investigador e o pai registral não pode afastar os direitos decorrentes da filiação, sob pena de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Apelação desprovida.”

O Superior Tribunal de Justiça já havia, anteriormente, cunhado o entendimento de que a prevalência da paternidade socioafetiva sobre os vínculos biológicos não deve ocorrer em todos os casos, devendo ser realizada em certos casos, em geral, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, em ações negatórias de paternidade propostas pelo pai registral.

No entanto, tal situação não deve ocorrer quando é o filho quem busca o conhecimento de sua origem biológica. Entende-se que a prevalência da socioafetividade por vezes decorre da atenção ao melhor interesse da criança, mas isto não se sustenta nos casos em que o descendente deseja saber quem é seu genitor biológico, uma vez que o assento de seu registro de nascimento, bem como as situações que levaram à construção de sua paternidade, ocorreram à sua revelia⁵⁸.

Descarte, a análise dos casos concretos, a partir de seus fatos e de suas peculiaridades, permite constatar a tendência predominante de reconhecimento, seja do direito à identidade biológica ou da paternidade

⁵⁸ STJ, REsp 1167993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 18 dez. 2012. Ementa: "DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". 4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente."

socioafetiva, afirmação esta que se confirma com base nas decisões analisadas.

CAPÍTULO 3 – DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NOS DIREITO ESPANHOL E ARGENTINO.

O direito à identidade biológica.

Espanha.

O direito à identidade biológica, doravante chamado de *direito à origem* ou *direito à origem biológica*, é reconhecido não somente pela Constituição Espanhola de 1978 como também pela legislação comum, bem como doutrina e jurisprudência. Aqui, busca-se tratar de seus aspectos legais e da aplicação deste direito nas decisões jurisprudenciais.

Tratamento.

O direito à identidade biológica decorre, sobretudo, dos direitos da personalidade trazidos pelo Código Civil espanhol, reconhecendo-se que o acesso à verdade biológica encontra a sua justificativa no fato de todos terem direito a conhecer a própria origem⁵⁹. Trata-se, sobretudo, do acesso à realidade natural.

Ademais, pode-se dizer que todas as demais manifestações ou formas dos direitos da personalidade, tais como o direito ao nome, derivam do direito à identidade e, conseqüentemente, do direito à origem biológica, pois a efetivação dos direitos da personalidade só é possível quando o filho tem o acesso à própria história e à própria verdade.

Além disso, importante salientar que o direito à origem biológica também decorre, sobretudo, do princípio do interesse superior da criança

⁵⁹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Secretaria de Estado de Asuntos Sociales, Familias y Discapacidades. “*El derecho del adoptado de conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*”. Número 1. Colección de Observatorio de la Infancia. Disponível em <<http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>> Acesso em 17 abr. 2014

(*interés superior del niño*), segundo entendimento de Diana Marre e Beatriz Sán Román:

“Mais de uma década de adoções transnacionais em grande escala na Catalunha e na Espanha parecem mostrar que, mais além da tardia ratificação das Convenções internacionais relacionadas com a infância realizada pela Espanha, não é possível assegurar que a “consideração primordial” que as orienta seja “o interesse superior” da criança a que se alude este princípio exatamente. Como demonstramos, este princípio se vê frequentemente atravessado por uma concepção da infância como *objeto* de – certa forma de – proteção antes que como *sujeito* de direitos, assim como pelas desigualdades entre as famílias e países entre os quais circulam os menores/adotados.” <Tradução livre>⁶⁰

No contexto no qual se insere o direito à identidade biológica no ordenamento jurídico espanhol, é possível verificar que o tratamento deste direito se verifica na análise de dois direitos em conflito: de um lado, há o direito da criança de conhecer a própria origem biológica; de outro, há o direito à honra e à intimidade dos genitores, seja no caso de mães que abandonam os filhos, seja na hipótese da reprodução assistida, que, por sua vez, o direito espanhol traz disposições próprias.

A Constituição Espanhola de 1978 trouxe, em seu art. 32.2, a disposição no sentido de que todo espanhol possui o direito de conhecer seu pai e sua mãe. No mesmo sentido, o Código Civil espanhol trouxe o art. 127, que possibilita que o espanhol tenha todos os meios possíveis e cabíveis para a investigação da própria maternidade ou paternidade. Trata-se de instrumentos legais que tornam concreto o direito à origem.

No entanto, segundo Carlos Vidal Prado, há uma contradição com relação aos dispositivos supracitados: a lei de adoção espanhola, por outro lado, traz a exigência do sigilo sobre a família biológica, cuja consequência

⁶⁰ MARRE, Diana e SAN ROMÁN, Beatriz. *El “interés superior de la niñez” en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones*. Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Disponível em <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-395/sn-395-9.htm>> Acesso em 9 abr. 2014

é que somente o adotado que atingiu a maioridade civil, aos 18 anos, poderá ter acesso a tal direito⁶¹.

A legislação espanhola estabeleceu uma única modalidade de adoção: a *adoção plena*, prevista no art. 178 do Código Civil, que estabelece o rompimento dos vínculos legais do adotado com a própria família biológica, e, ao mesmo tempo, cria direitos e obrigações com a família adotante. Isto significa que, para efeitos da lei, o adotado não possui qualquer vínculo com os genitores biológicos, passando, para todos os fins, a ser filho dos pais adotivos, cujos nomes constarão em seu registro de nascimento, de modo irrevogável.

Com relação aos genitores, existe *dever de segredo* quanto à família biológica. Este dever, inclusive, constitui obrigação inclusive do Estado, cujos entes devem mantê-lo, sob pena de responsabilização penal prevista nos arts. 415 a 417 do Código Penal Espanhol⁶².

No mesmo sentido, o art. 21 do Regulamento de Registro Civil determina os casos nos quais não será público o registro de nascimento, exceto se houver autorização judicial. Assim, o art. 21.1 traz o sigilo do registro de adoção, que, por sua vez, torna-se desnecessário quando a criança alcança a própria maioridade, conforme previsão do art. 22. Neste caso, refere-se à possibilidade do adotado conhecer a própria origem biológica, encontrando, no entanto, uma limitação: o direito refere-se somente a saber se foi ou não adotado, não se estendendo a conhecer, de fato, os pais biológicos. Assim, Carlos Vidal Prado entende que esta determinação legal acaba por não garantir totalmente o dispositivo constitucional do art. 32.2.

⁶¹ PRADO, Carlos Vidal. *El derecho a conocer la filiación biológica (com especial atención a la filiación materna)*. Disponível em <http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero=RJ_22_II_6.pdf&codigoAcceso=PdfRevistaJuridica> Acesso em 10 abr. 2014

⁶² ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>> Acesso em 10 abr 2014

No que concerne à reprodução assistida, a lei determina o anonimato dos doadores de material genético, o que, mais uma vez, inviabiliza o conhecimento da origem biológica.

Carlos Vidal Prado sustenta que o direito à identidade biológica afeta tanto a questão dos adotantes, já que tal direito afetaria a viabilidade da convivência familiar destes com o adotado, quanto a questão do doador do material genético, que somente o faz ante a garantia do anonimato, podendo, assim, deixar de fazê-lo se vier à tona a possibilidade do acesso à identidade. No entanto, entende que estes não seriam argumentos suficientes para afastar a incidência deste direito⁶³.

Finalmente, a legislação espanhola traz ainda a possibilidade de desconhecimento da figura materna por situações decorrentes do abandono. Isto ocorre, sobretudo, porque persiste, no ordenamento jurídico espanhol, a distinção dos filhos em relação à origem – entre filhos oriundos do matrimônio e fora deste. No segundo caso, os filhos podem vir a não serem reconhecidos, pois trata-se de uma faculdade conferida por lei à genitora. No entanto, cabe ressaltar as críticas a respeito desta distinção, em especial por ir contra a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que determinou a não discriminação dos filhos em relação à sua origem. No entanto, cabe assinalar que, em mais de uma possibilidade, a lei espanhola determina a manutenção do segredo da identidade materna, em detrimento do direito à identidade biológica.

Previsões legais.

O direito à origem biológica na Espanha, reconhecido doutrinária e jurisprudencialmente, possui uma larga e extensa previsão legal, não somente definindo-o, como também dando os parâmetros para sua aplicação em casos concretos.

⁶³ VIDAL, Carlos Vidal. Op. cit., p. 269.

Inicialmente, pode-se dizer que o Estado espanhol incorporou, em seu ordenamento jurídico, três tratados internacionais que, à sua maneira, dispõem, entre outros temas, acerca da identidade biológica: a *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989, a Convenção de Haia sobre a proteção do menor em matéria de adoção internacional de 1993 e a Carta Europeia dos Direitos do Menor de 1992.

Especificadamente, a *Convención sobre los Derechos del Niño* reconheceu, entre outros, o direito da criança de conhecer os próprios pais, que, por sua vez, é decorrente do interesse superior da criança, manifestado através de sua origem biológica. Tal disposição encontra-se nos arts. 7 a 9 da Convenção.

Conforme já mencionado, a Constituição Espanhola de 1978 trouxe dispositivo expresso no sentido de reconhecer o direito de todos à origem biológica, ao tratar do fato de que todos os espanhóis têm direito de conhecer os próprios pais.

O Código Civil espanhol não traz reconhecimento expresso do direito de origem, no sentido que não há qualquer dispositivo que determina que o cidadão espanhol, ou mesmo o adotado, possui direito a ter acesso à própria verdade biológica. No entanto, em seu art. 180.4, traz a determinação legal da filiação biológica do adotado não extingue a adoção previamente constituída, eis que os vínculos são extintos por decorrência da adoção. Ademais, traz, nos arts. 132 e 133, a questão da filiação, conferindo legitimidade ao filho de “exercitar reclamação de filiação”, seja oriunda de matrimônio (art. 132) ou não (art. 133), podendo fazer uso de tal direito por toda a sua vida.

A Lei de Registro Civil, em seu art. 46, dispõe sobre o registro de adoção, determinando-se que deve ser realizado no mesmo local onde foi feito o registro de nascimento do menor. No mais, o art. 21 da referida lei

determina os casos nos quais não será público o registro de nascimento, trazendo, expressamente, item “1” a adoção.

Assim, verifica-se que, muito embora haja diversas previsões legais referentes ao direito ora estudado, poucas são expressas no sentido de que o adotado teria direito a ter acesso à própria origem biológica; em sua maioria, os dispositivos legais limitam-se a traçar os procedimentos legais acerca da adoção e, na maior parte das vezes, determinar taxativamente o fim dos vínculos entre adotado e genitores consanguíneos por ocorrência da adoção.

Logo, conclui-se que a legislação espanhola parece afastar-se dos permissivos constitucionais que determinam o direito à identidade biológica.

Entendimentos jurisprudenciais.

Em semelhança ao que ocorre em relação à lei, pode-se dizer que os tribunais superiores espanhóis não se pronunciaram diretamente sobre a questão do direito à identidade biológica do adotado. Suas manifestações têm tido um caráter mais geral, no sentido de que todos têm direito a ter acesso à própria origem biológica, abrindo a possibilidade de esta prevalecer em detrimento do direito à intimidade dos genitores biológicos⁶⁴.

Pode-se dizer que o Tribunal Supremo formou entendimento no sentido de que a o direito à intimidade do pai biológico, bem como a dignidade de seus familiares, não podem se sobrepor aos direitos do menor que deseja utilizar-se da investigação de paternidade a fim de exercer o próprio direito à origem biológica. Entende-se que, neste caso, há interesse público, o que faz com que deva prevalecer o direito do menor, em

⁶⁴ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Op. cit., p. 132.

detrimento do direito do genitor biológico e a eventual dignidade de sua família⁶⁵.

Argentina.

O direito à identidade biológica no ordenamento jurídico argentino não somente é reconhecido como também possui largo tratamento legal no Código Civil (em especial com o advento da Lei nº 24.779, que trata sobre o tema da adoção) e ampla aplicação jurisprudencial, diferenciando-se se tratar da adoção plena ou da adoção simples, conforme se verá a seguir.

Tratamento.

A temática do direito à identidade biológica no ordenamento jurídico argentino está consubstanciada, especialmente, na entrada em vigor da *Convención sobre los Derechos del Niño*, incorporada no direito argentino e reconhecida pelo art. 72, inciso 22 da Constituição de 1994, que consagrou, sobretudo, o direito à identidade do menor (*derecho a la identidad del menor*), no qual se inclui, dentre outros, o direito ao nome e às relações familiares.

Neste contexto, Fabián VillaMayor entende que:

“A Convenção de Direitos da Criança reconhece uma série de direitos fundamentais da criança e todo um sistema de proteção jurídica que reflete uma mudança na concepção do menor, que, revalorizando sua personalidade, o considera como um “sujeito de proteção”. Neste sentido, o padrão do interesse superior da criança constitui um pressuposto normativo que justifica toda essa nova concepção. A referida convenção reconhece o direito a identidade pessoal do menor, de particular incidência no instituto da adoção. A discussão doutrinária e jurisprudencial atual gira em torno da precisão conceitual da noção de identidade, dos alcances do direito e sobre seus mecanismos de proteção.” <Tradução livre>⁶⁶

⁶⁵ Ibid., p. 132.

⁶⁶ VILLAMAYOR, Fabián. *Protección jurídica del derecho a la identidad em la adoption: incidencia em la Convención de los derechos del niño*. Disponível em <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion-juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-nino.pdf>> Acesso em 16 abr. 2014

O direito argentino utiliza, para fins de adoção, duas modalidades. Primeiramente, a chamada *adoção plena*, segundo a qual o menor adotado tem todos os seus vínculos com a família consanguínea dissolvidos por ocorrência da adoção, sendo estes substituídos pelo reconhecimento dos vínculos com a família adotante, conforme preceitua o art. 323 do Código Civil argentino. No mesmo sentido, o art. 327 do diploma legal traz a consequência legal disto, determinando que a família biológica não pode se valer de qualquer ação de investigação de paternidade (ou, nos termos utilizados pela doutrina argentina, “ação de filiação”), para investigar os vínculos com relação à criança, com exceção do caso que visa verificar eventual impedimentos matrimoniais⁶⁷.

A segunda modalidade de adoção, trazida pelo Código Civil argentino é a chamada *adoção simples*, aquela na qual não serão rompidos os vínculos legais entre o menor e seu genitor biológico, nos termos nos termos do art. 329 do Código Civil argentino⁶⁸; ao contrário do que ocorre na adoção plena. Trata-se do caso no qual o atual cônjuge da genitora do menor, por ocorrência da afetividade que possui com o enteado, deseja vir a adotá-lo.

Enquanto a adoção plena possui caráter irrevogável, a adoção simples, por sua vez, tem caráter irrevogável. Guillermo A. Borda entende que são gravíssimas as consequências da irrevogabilidade da adoção plena, eis que, na hipótese de o adotado vir a ser abandonado pelo adotante, haverá a impossibilidade de uma nova adoção, o que torna sua situação pior do que se fosse filho de sangue abandonado pelos genitores biológicos⁶⁹.

Verifica-se que a possibilidade trazida pelo art. 329 visa equacionar os interesses do adotante sem afastar, por completo, os vínculos existentes

⁶⁷ DÍEZ, Maria Cristina Inês. *El proceso de adopción y el derecho a la identidad*. Disponível em <<http://www.eldial.com/home/prudentia/pru58/05.asp>> Acesso em: 19 abr 2014

⁶⁸ ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Disponível em <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>> Acesso em 15 abr. 2014

⁶⁹ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino – familia* - v 2. 5 ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1973.

entre o menor e o genitor biológico, preservando, portanto, a origem consanguínea entre a criança e o pai.

Com relação à adoção plena, a lei argentina possibilita o direito à identidade biológica através do art. 328 do Código Civil espanhol, que determina que o adotado que alcançar a maioridade civil, aos 18 anos, possui o direito de ter acesso à própria origem biológica.

Excepcionalmente, existe a possibilidade do menor de idade utilizar-se do direito à identidade biológica, ainda que não tenha alcançado o requisito da capacidade civil para tal. No entanto, essa possibilidade só pode ser concedida através de decisão judicial, na qual o menor teria seus interesses representados pelo Ministério Público. A lei não determina, entretanto, qual seria a idade mínima para que o menor possa entrar com o referido requerimento. Neste sentido, María Cristina Inés Diez entende que, neste caso, não seria necessário impor a idade mínima de 14 anos:

“Entendemos que não será necessário requerer uma idade mínima de 14 anos para ele, desassociando essa legitimidade ativa das normas sobre capacidade dos arts. 127, 128 e 921 do Código Civil, uma vez que não existem aqui interesses controversos, somente uma busca de informação vital e que somente poderá ser objeto de controvérsia a modalidade de fazê-la saber se foi alcançado o grau de maturidade necessário para ele. Sem prejuízo dele, seria conveniente contar com uma norma processual expressa que autorize ao Ministério Público dos Menores a iniciar o processo a instância do menor, representando-o, ainda quando houver expressa oposição dos adotantes, este sem prejuízo da representação promiscua dos incapazes que é reconhecido no art. 59 do Código Civil.”
<Tradução livre>⁷⁰

Fabian Villamayor entende que a decisão do tocante ao direito à identidade biológica envolve três esferas: a do filho, sobre a qual é reconhecida o direito ao acesso à origem, reconhecido como direito da personalidade; da família biológica com relação ao esclarecimento da própria identidade, e, finalmente, da família adotante, a quem se visa proteger o interesse e o equilíbrio familiar⁷¹. Salienta, sobretudo, que a decisão judicial deve ser fundamentada no interesse superior da criança⁷²,

⁷⁰ DIEZ, María Cristina Inés. Op. cit., p. 7.

⁷¹ VILLAMAYOR, Fabián. Op. cit., p. 298.

⁷² Ibid, p. 299.

liame que deve ser entendido quando todos os interesses citados estão em colisão.

Previsões legais.

A incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico argentino gerou o que a doutrina chama de “constitucionalização do direito de família”, considerando que tais tratados, por força do disposto no art. 77, inciso 22 da Constituição argentina de 1994, possuem hierarquia constitucional⁷³.

Dentre os tratados incorporados, com relação à temática do direito à identidade biológica, destaca-se a *Convención de derechos del niño*, doravante chamada de *Convenção*, que, por sua vez, em seus arts. 7 e 8, traz o reconhecimento do direito à identidade do menor⁷⁴.

O art. 7.1 traz, em sua redação, disposição expressa no sentido de ser direito de toda criança o nome, a nacionalidade e, na medida do possível, o acesso à identidade de seus genitores consanguíneos. Já o art. 8 traz duas importantes disposições: primeiramente, no inciso 1, determina a obrigação dos Estados parte de respeitarem a identidade e a nacionalidade do menor; já no inciso 2, traz outra obrigação estatal, esta no sentido de que, no caso de o menor não conhecer os próprios genitores, o Estado deve usar de sua própria aparelhagem para viabilizar tal acesso.

No entanto, o reconhecimento do direito à identidade do menor, no âmbito da Convenção, possui um caráter geral, uma vez que se destina a toda criança de qualquer dos países que houverem ratificado o tratado. O ordenamento jurídico argentino, por sua vez, não possui normas gerais a este respeito, tal como a Convenção, a saber, que pode vir a ser aplicada a qualquer menor de nacionalidade argentina.

⁷³ Ibid, p. 296.

⁷⁴ CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO. Disponível em http://www.unicef.org/honduras/CDN_06.pdf> Acesso em 16 abr 2014

A temática da identidade biológica só encontra amparo legal referente à adoção, em especial pela Lei. 24.779⁷⁵, que alterou o Código Civil argentino em na parte no qual este dispõe sobre o referido instituto.

A referida lei alterou dois dispositivos significativos do Código Civil argentino em relação ao direito à origem: primeiramente, o art. 321, inc. h, que traz a determinação de que o juízo deverá observar, entre outros, que na sentença deve constar a obrigação do adotante a fazer conhecer, ao adotado, sua realidade biológica; além disso, há o art. 328, que determina que o adotado poderá conhecer a própria condição e ter acesso ao processo administrativo de sua adoção a partir dos dezoito anos de idade.

Verifica-se, portanto que, com exceção dos dispositivos trazidos pela Convenção, ao qual são aplicados a todos os menores argentinos, o Código Civil, com as respectivas modificações trazidas pela Lei 24.779, reconhece o direito à identidade biológica exclusivamente para os casos de adoção.

Entendimentos jurisprudenciais.

As previsões legais citadas no item anterior têm sido a base das decisões judiciais não somente acerca das questões oriundas das adoções plena e simples, mas também da aplicação do direito à identidade biológica nos casos concretos, determinando-se, após análise casuística dos fatos, se este deve ou não prevalecer.

Assim, aqui são trazidos três dos diversos casos já julgados pelo Tribunal Supremo argentino (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*), que tratam acerca da temática ora estudada e aplicam, à sua maneira, o interesse superior da criança.

O 1º caso, “Torres, Alejandro Daniel s/ adopción”⁷⁶, julgado pelo Tribunal em 2000, refere-se à aplicação do interesse superior da criança no

⁷⁵ ARGENTINA. Ley nº 24.779 de 26 de marzo de 1997. Disponível em <<http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/ln24779.htm>> Acesso em 16 abr 2014

⁷⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Torres, Alejandro Daniel s/ adopción”. Recurso de Hecho. Julgado em 15/02/2000.

caso da determinação da modalidade da adoção, seja plena ou simples. O caso se refere à situação na qual foi deferida em relação a um menor a adoção plena, na qual não ficou observada que era desejo tanto do mesmo quanto de sua genitora biológica a manutenção da convivência entre ambos. Uma vez que a adoção plena, conforme já dito anteriormente, dissolve qualquer vínculo entre o adotado e a família consanguínea, a genitora biológica ingressou em juízo para assegurar os laços oriundos do vínculo biológico.

Importante salientar, sobretudo, que a decisão neste caso baseou-se em análise detalhada dos fatos do caso, verificando-se, inclusive, que, neste caso, seria importante para o adotado a manutenção do vínculo biológico, devendo-se, portanto, no momento da adoção, ter-se optado pela modalidade simples, atendendo seu interesse superior. Este foi o principal fundamento para modificar decisão anterior, modificando a adoção de plena para simples.

Neste caso, além disso, o Tribunal entendeu pela possibilidade da aplicação de tratados internacionais em decisões judiciais, por força do art. 72, inciso 22 da Constituição argentina de 1994, havendo, portanto, a possibilidade da aplicação da *Convención sobre los Derechos del Niño*, em especial o art. 3.1, no que se refere ao interesse superior da criança. Ficou determinado que a decisão deve se pautar, sobretudo, no que se mostrar melhor para o menor, inclusive devendo-se levar em consideração se a família adotante possui melhores meios de atender o menor em suas necessidades básicas.

O 2º caso, “Muller, Jorge s/ denuncia”⁷⁷ foi julgado pelo Tribunal em 1990, ou seja, antes da reforma constitucional de 1994. Trata-se de um caso no qual o pai vinha tentando impedir que seu filho adotivo fosse obrigado a se submeter a exame de DNA que, por sua vez, visava verificar a

⁷⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Muller, Jorge s/ denuncia”. Recurso de queja por apelación. Julgado em 13/11/1990.

compatibilidade genética entre o mesmo e aqueles que acreditavam ser seus avós biológicos.

Neste caso, ficou determinado que a adoção entre o pai adotivo e o menor preenchia todos os requisitos legais à época em que foi concedida, havendo, além disso, a vedação legal expressa no sentido da impossibilidade de ações judiciais que têm como objetivo a investigação de vínculos biológicos entre o menor adotado e a possível família consanguínea.

Ademais, entendeu-se também que obrigar o menor a se submeter, neste cenário, a forçoso exame de DNA configuraria violência ao seu corpo e invasão à sua intimidade, além de que o adotado possui a faculdade de negar a se submeter ao exame pericial visando a investigação de sua origem biológica. Ou seja, no presente caso, a adoção plena prevaleceu em relação à origem biológica.

Finalmente, o 3º caso, “S.C s/adopción”⁷⁸, julgado em 2005, tratava-se da discussão acerca da possibilidade da manutenção do menor com a genitora biológica em detrimento de seus guardiões, que haviam solicitado a adoção da mesma em juízo, entendendo-se que estaria violada disposição do Código Civil argentino no sentido de que o afastamento da criança e de seus genitores biológicos deve se dar em caráter excepcional, somente em casos graves e considerados inevitáveis.

Assim, restou firmado o entendimento de que o direito do menor à própria identidade pessoal, bem como suas relações familiares, neste caso deveriam ser preservadas. Houve, além disso, a determinação de que o menor deveria ser cuidado por sua genitora, e que dela não deveria ser separado, bem como foi reconhecido o direito da genitora de educar e ter o filho consigo, dando-lhe seu nome, em aplicação dos direitos constitucionalmente garantidos, bem como da *Convención sobre los Derechos del Niño*.

⁷⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “S.C s/ adopción”. Recurso Extraordinário Federal. Julgado em 02/08/2005.

Paternidade socioafetiva.

A paternidade socioafetiva, ao contrário do direito à identidade biológica, não encontra previsão legal ou jurisprudencial nos direitos espanhol e argentino, levando ao entendimento de que não há qualquer amparo à esta situação jurídica nos referidos direitos.

No direito brasileiro, a paternidade socioafetiva vem ganhando força e tem sua importância sido reconhecida especialmente pela visão do afeto como princípio de direito e como elemento formador da família, ganhando, portanto, o *status* de princípio jurídico do direito de família⁷⁹. Em decorrência disto e, especialmente, da adoção à brasileira, a possibilidade do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva vem sendo defendida por doutrina majoritária, inclusive reconhecida pelo STJ.

Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que “não é mais possível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento legislativo expresso, não obstante a incidência do art. 1593 do CC/2002”⁸⁰.

Assim, verifica-se que a paternidade socioafetiva é extraída do direito brasileiro, razão pela qual não há surpresas em dizer que o referido termo não encontra correspondência nos direitos espanhol e argentino, pois em ambos tanto o afeto não é reconhecido como princípio jurídico, além de não haver instituto compatível com a adoção à brasileira.

Isto não significa, no entanto, que as questões afetivas não sejam reconhecidas nos referidos direitos, mas as mesmas se limitam às questões biológicas, em especial no tocante à questão da identidade biológica. Pode-se citar, entre elas, a questão da adoção simples no ordenamento jurídico argentino, que possibilita a coexistência dos vínculos biológico e

⁷⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 211-213.

⁸⁰ *Ibid*, p. 217.

socioafetivo, no caso de o menor vir a ser adotado pelo padrasto, com quem passou a ter vínculos de afetividade.

Muito embora os direitos argentino e espanhol careçam de tratamento legal acerca da paternidade socioafetiva, verifica-se que outros ordenamentos jurídicos, tais como o do Peru, já existem artigos publicados sobre a paternidade socioafetiva, apontando-se que o referido trabalho visa analisar e apontar como a questão da socioafetividade vem trazendo como consequência a superação das relações biológicas⁸¹.

Ressalta-se, sobretudo, que as referências do trabalho supra citado são, em sua totalidade, artigos, livros publicados por autores brasileiros, bem como decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros, demonstrando-se que a temática da paternidade socioafetiva está ultrapassando as fronteiras do direito no Brasil.

Ademais, ressalta-se que Maria Berenice Dias publicou artigo em língua espanhola, na Argentina, no tocante à temática da paternidade socioafetiva, mais precisamente na Revista jurídica de UCES, no qual discorre sobre o tema, calcando-se, sobretudo, na doutrina e jurisprudência do direito brasileiro para tal⁸².

Finalmente, no âmbito do *Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones*, realizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, reconheceu-se a incidência da paternidade socioafetiva no direito comparado, sendo esta assim definida: “a filiação socioafetiva não se baseia no nascimento (fato biológico, mas no

⁸¹ CHAVES, Marianna e ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Paternidad socioafectiva: la evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto*. Disponível em http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=enrique_varsi> Acesso em 27 abr 2014

⁸² DIAS, Maria Berenice. *Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales*. Disponível em http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/711/Filiaci%C3%B3n_socioactiva.pdf?sequence=1 Acesso em 27 abr. 2014

ato de vontade diário pelo tratamento e publicidade processando, ao mesmo tempo, a verdade biológica e as presunções legais”⁸³.

Com base no exposto, inegável é, portanto, a influência do direito brasileiro na concepção de paternidade socioafetiva perante os direitos estrangeiros. Abre-se, assim, a possibilidade da recepção deste direito nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Segundo Paulo Nader, “o fenômeno da recepção do Direito estrangeiro consiste no fato de um país adotar a legislação estrangeira sobre determinada matéria”. E continua: “desde que ocorra a assimilação do Direito forâneo, surge, naturalmente, a necessidade de se promover a sua adaptação, pelo menos em alguns pontos, para que melhor corresponda aos fatos sociais”⁸⁴.

No entanto, deve-se ter cuidado com a possibilidade de tal recepção. O ensinamento de Paulo Nader é essencial para se verificar a necessidade da correspondência dos fatos sociais com o direito a ser recepcionado. Logo, não faz qualquer sentido que a paternidade socioafetiva seja recepcionada nestes direitos se não houver certa demanda a este respeito nas sociedades, justificando, portanto, este fenômeno.

Independentemente disto, é inegável o reconhecimento da socioafetividade perante os direitos estrangeiros, pois a existência de artigos sobre o tema em revistas internacionais e sua discussão em seminários estrangeiros demonstra que a questão da afetividade está indo além das fronteiras do direito brasileiro.

⁸³ MANKEVICIUS, Verónica S. et. al.. “*La Ley 26.618: Insuficiencia legislativa y necesidad de regulación de la fertilización asistida como método de procreación entre personas del mismo sexo*” Disponível em

<<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/ferrer-la-ley-26618-insuficiencia-legislativa.pdf>> Acesso em 27 abr. 2014

⁸⁴ NADER, Paulo. Op. cit., p. 220.

CAPÍTULO 4 – ESTUDO COMPARATIVO DE CASOS NOS DIREITOS FOCALIZADOS.

Descrição e justaposição dos casos.

Caso brasileiro: REsp 1.401.719/MG.

O caso selecionado no direito brasileiro é o REsp 1401719/MG⁸⁵, a saber, um recurso especial interposto perante o Superior Tribunal de Justiça, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A ação de investigação de paternidade havia sido proposta, em primeira instância, por JRR em face de LBL, pretendendo o reconhecimento do vínculo biológico entre ambos. O autor alegava, sobretudo, que, embora tivesse sido registrado e criado como filho de JMR, ora falecido, com quem possuía vínculos afetivos, possuía o direito inequívoco de conhecer a própria identidade biológica.

Tanto a sentença de primeira instância quanto o acórdão proferido pelo TJMG deram provimento ao pedido autoral, levando JRR, ora réu, a recorrer perante o STJ. A alegação, no tocante ao mérito da decisão, consistia no fato de que a paternidade socioafetiva existente entre o JRR e JMR era fato impeditivo à pretensão autoral, não devendo o vínculo biológico ser reconhecido e, conseqüentemente, o pedido prosperar.

O recorrente também levantou o dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e outro, proferido pelo STJ, o REsp 878.941/DF⁸⁶, que estabeleceu a prevalência da paternidade socioafetiva em relação ao vínculo biológico. Assim, a divergência estaria presente porque o acórdão recorrido negou provimento à apelação interposta pelo autor, entendendo que a existência da paternidade socioafetiva não tira o direito do indivíduo de conhecer a própria origem biológica. Salienta-se aqui que a existência de divergência jurisprudencial é requisito de admissibilidade para a

⁸⁵ STJ. REsp 1.401.719. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 8 out. 2013.

⁸⁶ STJ. REsp 878.941. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 21 ago. 2007.

interposição de recurso especial, conforme preceitua o art. 105, III da CRFB/88.

A Min. Nancy Andrighi, relatora do caso, enfrentou o embate da paternidade socioafetiva e biológica em seu voto. Essa é a principal questão no tocante ao mérito do caso: se os vínculos afetivos entre o autor e JMR devem prevalecer e, conseqüentemente, impedir o reconhecimento da relação biológica deste com o réu, ou se seria possível a coexistência das paternidades biológica e socioafetiva. Neste segundo caso, não se trata de um dos vínculos prevalecer em relação ao outro, mas permitir ao autor o acesso ao conhecimento de sua ancestralidade, da verdade biológica referente à sua origem.

A decisão rumou no sentido do segundo caminho. A existência da relação afetiva entre o autor e JMR era indiscutível, eis que este não fora apenas pai registral, mas criou o autor como seu filho, dando-lhe amor, educação e cuidados. O autor cresceu acreditando que JMR era seu pai, mas, quando lhe foi revelado que, na verdade, este não era seu pai biológico, adquiriu o direito de conhecer sua verdadeira origem. E o fato de o autor pretender o acesso à própria filiação biológica não desnatura o vínculo que já existia entre ele e o falecido autor.

Por outro lado, a Min. Nancy Andrighi ressalta em seu voto que a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica por vezes se fundamenta no princípio do melhor interesse do menor. Isto ocorre para que a criança não venha a se tornar vítima de ações judiciais que a façam deparar-se com o fato que a aquele a quem sempre enxergou como seu pai não o seja verdadeiramente, o que pode vir a afetá-la psicologicamente ao desconstituir uma realidade na qual sempre acreditou, incidindo sobre sua personalidade e sua identidade.

Entretanto, esta situação é inversa à que ocorre no caso ora estudado: aqui o interesse do menor não necessita ser protegido. Primeiro, porque o autor da ação já atingiu a maioridade civil; segundo, porque o próprio foi

quem tomou a iniciativa de buscar o conhecimento da própria identidade biológica. Portanto, pode-se dizer que ter acesso à verdade real não irá destruir ou substituir os vínculos afetivos construídos entre o autor e o falecido genitor socioafetivo.

Assim, a prevalência da paternidade socioafetiva neste caso desrespeita o direito do autor de conhecer a própria origem biológica. Segundo a Ministra Nancy Andrighi, “o reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.”, tendo relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, corolário dos direitos fundamentais inseridos na CRFB/88. Impedir o autor de ter acesso à sua verdade biológica, forçando-lhe a contentar-se com a figura do pai registral, seria violar seus direitos da personalidade.

Portanto, pode-se dizer que, neste caso, o direito ao conhecimento da paternidade biológica prevaleceu em relação ao da paternidade socioafetiva. Entretanto, é importante salientar que isto ocorreu com a análise casuística dos fatos, ou seja, a decisão deste acórdão não tem o objetivo de estabelecer que o vínculo biológico sempre deve prevalecer em relação ao afetivo, ao contrário, devem ser observados os contornos do caso concreto, tendo como embasamento – e não como regra – as decisões anteriores tomadas pela corte, que, por sua vez, foram baseadas em suas respectivas peculiaridades.

Isto fica claro no terceiro item do voto da Min. Nancy Andrighi, na qual a mesma disserta sobre o dissídio jurisprudencial apresentado no recurso especial em questão. Foi trazido pelo recorrente, ora pai biológico, um acórdão do STJ, de um caso julgado pela Corte na qual a paternidade socioafetiva prevaleceu. Entretanto, ressalta a ministra, trata-se de casos diferentes, o que justifica a diferença em suas decisões.

Conclui-se, portanto, que o caso em questão decidiu que o autor da ação judicial de investigação de paternidade, JRR, possui direito de ter

reconhecido o vínculo biológico que possui com LBL, ora réu, ainda que tenha sido criado por outrem, seu falecido pai registral, JMR, a quem atribui e reconhece enquanto figura paterna. Assim, o direito de conhecer o vínculo biológico prevalece no caso, o que não deve, no entanto, ser tido como regra.

Caso argentino: I. E. H. s/ adopción.

O caso selecionado no direito argentino é o *I. E. H. s/ adopción*⁸⁷. Trata-se de um recurso de hecho interposto perante a Suprema Corte de Justicia de La Nacion, contra sentença proferida pela sala M da Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Neste caso, o autor contraiu matrimônio, sendo o segundo cônjuge de sua esposa, e desejava adotar legalmente o filho menor desta, oriundo de seu primeiro casamento. O menor em questão tinha como pai registral seu genitor biológico, e a adoção suprimiria o registro em questão, passando a ser pai registral do menor aquele que passara a criá-lo como filho, ou seja, o pai socioafetivo.

A discussão do caso gira em torno do fato de que, se a pretensão do autor for amparada, o vínculo que o pai biológico e o menor possuem será automaticamente dissolvido. Isto ocorre porque a filiação biológica, sem o reconhecimento da paternidade do ponto de vista legal, existe meramente no plano fático e natural, não tendo qualquer validade jurídica. Ademais, o autor deixaria de ter apenas o afeto, passando a ser, juridicamente, o genitor do menor, eis que seria o seu nome que constaria no registro de nascimento – nos termos do art. 323⁸⁸ do Código Civil argentino.

⁸⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. *I. E. H. s/ adopción*. Recurso de Hecho. Buenos Aires, 30 jun. 1999.

⁸⁸ Art. 323. La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico. (*Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley Nº 24.779 B.O. 1/4/1997.*)

O autor, em seu recurso extraordinário, faz uma conjunção entre o dispositivo supracitado e o art. 313, parágrafo segundo⁸⁹, ambos do Código Civil argentino, entendendo que a adoção do filho do cônjuge não pode ocorrer em caráter simples, conforme o art. 313, parágrafo segundo preconiza, pois a disposição do art. 323 dispõe no sentido de que a adoção plena sempre extingue o vínculo do adotando com a família anterior, sendo tal vínculo substituído pelo da família adotante.

Além disso, o caso possuía questão constitucional a ser apreciada pela Corte argentina, pois o autor pugna pela constitucionalidade do art. 313, parágrafo segundo do Código Civil argentino, que dava embasamento legal ao pedido autoral. Além disso, haveria violação ao art. 75, inciso 22 da Constituição argentina de 1994, que determina a hierarquia à *Convención sobre los Derechos del Niño*, tratado devidamente incorporado ao ordenamento jurídico argentino. Esta, por sua vez, possui disposição no sentido da proteção do interesse superior da criança.

Tal interesse superior da criança, tal como é analisado neste caso, está previsto na Convenção em seu art. 8º, no sentido de proteger a identidade biológica do menor. Assim, se a adoção plena for concedida como pretende o autor, o menor perderia o vínculo existente com o pai biológico, vínculo este passível de proteção, pois se visa resguardar a verdadeira identidade do menor.

Entretanto, conforme salienta o autor, a adoção pretendida não violaria o disposto na Convenção, eis que o direito à identidade do menor estaria resguardado com a manutenção de seu contato e de seu vínculo com a genitora.

O Ministro da Suprema Corte argentina, Don Adolfo Roberto Vázquez, salientou, em seu voto, que o art. 313, parágrafo segundo do

⁸⁹ Art. 313. Se podrá adoptar a varios menores de uno y otro sexo simultánea o sucesivamente. Si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo. La adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple. (*Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.*)

Código Civil argentino tem o condão de impedir que a adoção de um cônjuge sobre o filho do outro cônjuge seja plena e acabe por extinguir o vínculo biológico preexistente. Se tal dispositivo for conjugado com o art. 323, como pretende o autor, não somente o vínculo biológico entre o pai biológico e o menor deixará de existir, mas também aquele entre o menor e sua genitora, que, por sua vez, é cônjuge do autor.

Por um lado, a adoção pretendida seria a plena, que, segundo o autor, conferiria ao menor “segurança, solidez e a possibilidade de uma adequada e saudável integração familiar”. Por outro, a adoção simples, conforme o previsto em lei para o caso em questão, protege o direito à identidade do menor e mantém a existência de seu vínculo com o pai biológico, sem prejuízo do reconhecimento de um novo vínculo com o pai socioafetivo, aquele que, por ocorrência do matrimônio com a genitora do menor, passará a cuidar e acompanhar o crescimento e o desenvolvimento do menor de maneira mais próxima, conferindo-lhe amor, afeto e educação.

Ademais, adotar a segunda opção estaria de acordo com o disposto no art. 8º da Convenção, que prevê a obrigação dos Estados de respeitar, entre outros, o direito à identidade do menor.

Assim, a adoção simples garantiria que os vínculos existentes entre o menor e seu pai biológico não seriam dissolvidos, permitindo a possibilidade de convivência futura, o que não ocorreria com a adoção plena, que, dado seu caráter irrevogável, extinguiria qualquer possibilidade de relação futura entre o menor e o genitor. Portanto, somente a adoção simples garantiria o direito do menor à identidade biológica.

No mais, a lei argentina não possui uma classificação arbitrária sobre quais menores podem ser adotados sob o regime da adoção plena, cabendo ao juiz a análise do caso concreto e de suas peculiaridades para, com base nestas, decidir, sempre com base no princípio do interesse superior da criança.

Portanto, neste caso concluiu-se que tal interesse superior da criança é atingido com a adoção simples, a fim de permitir a manutenção do vínculo biológico do menor. Neste caso, não há a prevalência de qualquer dos institutos sobre o outro, e sim a coexistência, pois se entende que a adoção simples permite o reconhecimento de um vínculo entre o autor e o menor sem que tal vínculo dissolva outro, preexistente, entre o menor e seu genitor biológico.

Caso espanhol: STS 4911/2011.

O caso selecionado no direito espanhol é a *STS 4911/2011*⁹⁰. Trata-se de um recurso extraordinário interposto perante o Tribunal Supremo Espanhol, contra sentença de apelação. Neste caso, a menor Antonieta, nascida em 2002, foi registrada e criada como filha de D. Maite e de D. Balbino, sendo, no entanto, filha biológica de D. Norberto. Seu genitor biológico decide, após o falecimento do pai registral, ingressar com ação judicial, cuja finalidade era reconhecer a paternidade da menor como sua.

Ocorre que a menor, que, naquele momento, vivia sob a guarda da mãe registral, foi considerada em situação de abandono, vez que considerou-se que D. Maite não possuía idoneidade suficiente para continuar exercendo o pátrio poder sobre a menor. Dadas estas circunstâncias, surgiu, por parte da avó paterna biológica da menor Antonieta, genitora de D. Norberto, o interesse em passar a exercer a guarda da menor, considerando a situação irregular na qual a mesma se encontrava. A guarda, na verdade, seria exercida de maneira conjunta entre a avó e tia paternas (respectivamente, mãe e irmã do genitor biológico), exercendo a chamada “família extensa”.

Para que isso fosse possível, fez-se necessário, por recomendação da Administração, que D. Norberto, enquanto genitor biológico da menor, ingressasse com uma ação de reconhecimento de paternidade, a fim de

⁹⁰ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 4911/2011. Recurso Extraordinário por infracción procesual. Julgado em 13 jul. 2011

possibilitar seus familiares de exercerem a guarda da menor. Uma vez resolvida legalmente a situação, a menor passou a estar sob a guarda da tia e da avó paternas, sendo visitada pelo genitor (que, naquele momento, estava preso), com quem passou a manter boa relação.

Ocorre que, em meio a esta situação, cerca de três meses depois de ser concedida a guarda legal da menor à família extensa, os avós paternos solicitaram ao órgão de proteção o acolhimento temporário da menor. O motivo era um tanto peculiar: a filha do casal e tia paterna da menor, Maria Luísa, estava sofrendo de depressão pós-parto, e a idade avançada e as consequentes limitações que esta trazia aos dois impedia que cuidassem da enferma e da menor ao mesmo tempo. O órgão de Proteção, ao analisar o caso, entendeu que a tia paterna não era pessoa idônea para conviver com a menor, suspendendo a visitação da família biológica.

Uma vez tendo saído da prisão, inconformado com a situação da menor Antonieta, D. Norberto apresentou recurso de apelação contra a referida decisão. Foi realizada uma avaliação psicológica do caso, que constatou que, muito embora o apelante tenha comprovado possuir condições de exercer a guarda da menor, não se podia deixar de considerar que a mesma havia estabelecido um vínculo de afeto com a família adotiva. Trata-se da paternidade socioafetiva, vez que D. Maite e D. Balbino (sendo este falecido), ora pais registrais da menor Antonieta, a criaram como sua filha, estabelecendo uma relação que fez com que a menor os reconhecesse enquanto seus pais.

Entretanto, ainda assim, a sentença recorrida decidiu no sentido da manutenção da menor Antonieta com a família biológica.

Há de se salientar que os vínculos da menor são frágeis. A mesma perdeu o contato com a mãe registral, D. Maite, após ser considerado que a mesma não era idônea para continuar exercendo sua guarda. Da mesma maneira, a convivência com a família biológica iniciou-se apenas quando a menor já tinha quatro anos, somente porque a mesma encontrava-se em

situação irregular. Além disso, Antonieta pouco conviveu com o pai biológico, vez que o mesmo estava preso e a guarda era exercida por seus familiares, fazendo com que a mesma não chegasse a estabelecer um laço afetivo concreto com D. Norberto. Ademais, o mesmo somente ingressou com a demanda judicial porque a Administração assim o recomendou para facilitar os trâmites da questão da guarda pretendida pela avó paterna, não fazendo-o porque pretendia, de fato, regularizar a situação jurídica da menor.

Em meio a este cenário, a Corte concluiu que, atendendo ao princípio do interesse superior da criança, e considerando que o irmão de Antonieta também vive em situação irregular, carecendo de medidas legais que o coloquem sob os cuidados de uma família, a solução cabível, neste caso, seria afastar a menor de sua família biológica.

Tal medida se justifica porque foram identificadas uma série de dificuldades que desestimulam a manutenção da menor com a família biológica, tais como o curto período de tempo no qual ocorreu a convivência da menor com os familiares, bem como o fato de que, ainda que a família estivesse disposta a criá-la, ainda assim a mesma não dispunha das condições necessárias para fazê-lo, eis que, após este curto espaço de tempo, acabou devolvendo à menor à Administração, uma vez que não conseguiu conciliar os cuidados da mesma com aqueles prestados à filha enferma.

Da mesma maneira, o pai biológico também não possui condições de cuidar da menor, tampouco estabeleceu um vínculo afetivo resistente com a mesma. Primeiramente, pode-se dizer que não partiu de D. Norberto a iniciativa de ingressar com a ação judicial para reconhecer a paternidade da menor, tendo o feito após ser levado pelas circunstâncias. Além disso, salienta-se que o mesmo não conviveu o suficiente com a menor para conseguir criar uma relação que antes não existia, num momento em que a mesma não o conhecia enquanto seu pai.

Assim, visando atender ao interesse superior da criança, a Corte decidiu anular a decisão anterior, aprovando a medida que visava o acolhimento da menor Antonieta em uma nova família adotiva, sendo esta capaz de proporcionar à menor os cuidados necessários à sua educação, saúde e suas necessidades básicas.

Conclui-se, portanto, que, neste caso concreto, após análise cuidadosa dos fatos, verificou-se que ambas as famílias que possuíam vínculo com a menor, tanto a biológica quanto a afetiva, não possuíam as condições necessárias para exercer os cuidados da menor, sendo alternativa viável a colocação em nova família adotiva, a fim de resguardar seu melhor interesse. Assim, ainda que houvesse vínculos biológicos e socioafetivos, nenhum deles prevaleceu.

Comparação dos casos.

Para a comparação dos casos argentino, brasileiro e espanhol, foram escolhidas as seguintes variáveis: o *conteúdo*, visando a análise do conteúdo propriamente dito dos casos, como os direitos ora estudados neles foram aplicados; as *fontes*, verificando-se como as fontes de direito do sistema romano-germânico foram utilizadas e aplicadas em cada caso; e, finalmente, a *decisão final*, no qual se comparam as soluções dadas pelos tribunais para cada um dos casos.

Quanto ao conteúdo.

Os três casos acabam por se distanciar com relação ao conteúdo, embora tratem de situações relacionadas no âmbito do direito de família. Não são casos idênticos porque o próprio direito de família é considerado casuístico, ou seja, as particularidades da situação concreta é que acabam definindo como o direito será aplicado. Ainda assim, os três se aproximam ao tratarem da aplicação dos mesmos elementos jurídicos, tanto do direito à identidade biológica quanto da paternidade socioafetiva.

Pode-se dizer que a presença de tais elementos no tratamento dos três casos é a principal semelhança entre estes, pois as demais características, tanto em seus detalhes como no tratamento jurídico que é dado em cada um, é realmente distinto. Os casos brasileiro, argentino e espanhol mostram o embate do vínculo biológico e com o afetivo, e cada um tem um diferente desfecho, dado o seu caráter particular.

Outra semelhança a ser apontada, embora não se refira diretamente aos elementos que ora são estudados, é a presença do melhor interesse da criança (chamado no direito espanhol como “interesse superior da criança”). Este, que, no direito brasileiro, é considerado um dos mais norteadores princípios do direito de família, esteve presente em cada um dos casos, sendo elemento fundamental para as respectivas análises. Em todos, ao se verificar se deve prevalecer o vínculo biológico ou o afetivo, busca-se primeiramente realizar uma análise casuística de qual destes irá afetar positiva ou negativamente o menor, cujo melhor interesse deve ser preservado. Isto ocorre porque muitas vezes a mera escolha pode afetar psicologicamente o menor, ao ser afastado uma figura que o mesmo conhece como pai e o conseqüente surgimento de outra, ainda desconhecida. Ressalta-se aqui que no caso brasileiro o princípio é utilizado mesmo se tratando de ação proposta por parte maior.

É exatamente na nomenclatura utilizada que se situa a primeira diferença entre os casos. O termo “paternidade socioafetiva” se extrai somente no caso brasileiro. A Min. Nancy Andrichi, em seu voto, não apenas relata a situação relativa a este conceito, mas o cita, verbalmente, diversas vezes em sua argumentação. Demonstra-se que o termo “paternidade socioafetiva” é uma expressão cunhada no direito brasileiro para a situação na qual os vínculos de afetividade são reconhecidos juridicamente, ou seja, pai é tido como aquele que cria, ama e educa, indo além da verdade biológica.

Muito embora esse conceito esteja presente e enraizado nos casos argentino e espanhol, não há uma expressão que os simbolize, havendo

apenas a referência à questão da afetividade e dos laços decorrentes desta. Ao longo do desenvolvimento da exposição de fatos e fundamentos das decisões, percebe-se que a questão da paternidade socioafetiva não somente existe nos ordenamentos jurídicos argentino e espanhol, como também possui seu reconhecimento legal. Entretanto, o mesmo somente possui um conceito no Brasil, no qual nem sequer é reconhecido em lei, apenas pela doutrina e jurisprudência.

Com relação ao direito à identidade biológica, percebe-se que este é tratado de diferentes maneiras em cada um dos casos. No caso brasileiro reconhece-se o direito de um homem de ter acesso à sua real paternidade, uma vez que aquele que o criou não foi quem o gerou. Já no caso argentino, a questão é tratada de maneira diferente: o menor conhece o pai biológico e, ao mesmo tempo, possui um pai socioafetivo, na figura do marido de sua genitora – o direito aqui tenta atuar no sentido da proteção deste vínculo, a fim de que a paternidade socioafetiva não apague a biológica preexistente. Por outro lado, o caso espanhol mostra uma situação semelhante à brasileira, na qual o menor conhece somente a família socioafetiva, mas cujos ambos os vínculos eram considerados consideravelmente frágeis para atender o melhor interesse da criança.

Assim, percebe-se que, em todos os casos, acaba-se tocando na questão do direito à identidade biológica. O caso brasileiro é o que melhor se percebe este tema com relação ao direito à origem, o do menor ter o direito de ter acesso à verdade daquele que o gerou. Nos demais casos, isto aparece de forma menor: no caso argentino, já existe essa verdade e busca-se mantê-la; no caso espanhol, sequer se busca que o menor realmente conheça a família de origem, somente verificar qual seria mais apta a exercer sua guarda. Aqui, o direito à origem parece, de certa forma, mitigado. A origem biológica possui mais força no caso brasileiro, onde inclusive prevalece sobre o vínculo afetivo, que mais tarde será tratado. Já no caso argentino, embora esteja presente, trata-se muito mais da manutenção da paternidade biológica do que de seu conhecimento.

Quanto às fontes.

Todos os três casos ora estudados são oriundos de direitos pertencentes à família romano-germânica. Conforme estudado no primeiro capítulo deste trabalho, a principal fonte no sistema romano-germânico é a lei, estando a Constituição no topo, hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional. Já a jurisprudência atua como fonte coadjuvante e não vinculante, que, entretanto, vem conquistando cada vez mais espaço. Entretanto, o uso desta requer cuidado, já que neste sistema o juiz possui papel de interpretar a lei, e não de criar o direito novo, que, por sua vez, é típico da *common law*.

Os três casos derivam de decisões judiciais, ou seja, da jurisprudência. Nestes, o Poder Judiciário buscou a aplicação do disposto em lei, nos respectivos direitos, para a elaboração das decisões finais, sendo utilizadas, de modo suplementar, decisões judiciais para preenchimento de lacunas.

Pode-se dizer que a principal diferença entre os três casos é exatamente qual fonte foi mais utilizada para a fundamentação da decisão final: nos casos argentino e espanhol usa-se a lei, e, no caso brasileiro, a jurisprudência.

O caso brasileiro é aquele no qual a presença da jurisprudência ocorre de modo mais forte. Isso ocorre porque a lei não traz previsão expressa sobre a paternidade socioafetiva⁹¹ – esta é fruto de construções doutrinárias e jurisprudenciais – e o único dispositivo legal no tocante ao direito à identidade biológica é o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹², que, no tocante ao instituto da adoção, trata do direito do adotado de conhecer a própria origem biológica. Com exceção do artigo

⁹¹ A referência mais próxima à paternidade socioafetiva é decorrente do art. 1593 do CC/2002: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem”.

⁹² Art. 48: “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.”.

supracitado, a lei brasileira é omissa no tocante a estes temas, cabendo aos tribunais regionais, ao STJ e até mesmo do STF⁹³ os ditames sobre a aplicação dos temas.

Assim, a Ministra Nancy Andrighi faz referência a casos semelhantes, julgados pelo próprio STJ. Há a mera menção a dispositivos legais, tais como o art. 1593 do CC/2002 e o art. 326 do Código de Processo Civil⁹⁴, alegados pelo réu como fatos extintivos do direito do autor. Entretanto, a Ministra apenas afasta a incidência dos dispositivos, não utilizando destes para a fundamentação de sua decisão final, para a qual é utilizada somente decisões anteriores do próprio tribunal.

Há, além disso, diversas citações doutrinárias, de diversos autores que falam sobre os dois temas, reforçando a afirmação de que a paternidade socioafetiva é uma construção doutrinário-jurisprudencial.

Já no caso argentino, diferentemente do brasileiro, a lei é utilizada de modo muito mais forte, uma vez que o Código Civil argentino possui disposição expressa no sentido da adoção parcial que ali é pleiteada e suas providências legais. Assim, não se faz necessário o cotejo utilizado no caso brasileiro, no qual não há lei para ser aplicada, bastando aqui a análise da interpretação do dispositivo legal, verificando se sua literalidade é adequada para a melhor solução do caso concreto.

O caso espanhol se difere dos demais na medida em que a decisão aplica tanto a lei quanto a jurisprudência: a fundamentação jurídica da decisão encontra amparo tanto na *Convención sobre los Derechos del Niño*, devidamente incorporada ao ordenamento jurídico espanhol, quanto em decisões proferidas pelo próprio Tribunal Supremo, tais como a STS 565/2009 e a STS 384/2005, que, com base no princípio do melhor interesse da criança, serviram de base para o entendimento de que a melhor

⁹³ Conforme mencionado anteriormente, o STF ainda não decidiu acerca do embate da paternidade socioafetiva e do direito à identidade biológica, não tendo sido, pela Corte, determinado qual dos dois elementos jurídicos deve prevalecer. Foi apenas reconhecida a repercussão geral da questão, em decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux. *In* STF, ARE 692186 RG, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 29 nov. 2012.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm> Acesso em 5 mar 2014

solução para o caso da menor fosse o encaminhamento da mesma para uma nova família substituta.

Assim, nota-se que, nos três casos, há ao menos alguma referência legislativa para a solução do caso, vez que a lei é considerada a principal fonte no sistema romano-germânico. No entanto, a lei aparece de modo muito mais forte nos casos espanhol e argentino, no qual, junto com a jurisprudência, fundamenta, de fato, a decisão final, enquanto no caso brasileiro foram as decisões anteriores da Corte, em conjunto com entendimentos doutrinários, que serviram de base para o convencimento da decisão final, ficando a lei em papel secundário, analisada apenas em torno das violações a ela alegadas.

Quanto à decisão final.

Conforme já elucidado, o caráter casuístico do direito de família traz como consequência o fato de que cada caso concreto é único, tendo suas próprias peculiaridades e distinguindo-se, graças a elas, dos demais. Assim, os três casos ora estudados são completamente diferentes uns dos outros e, conseqüentemente, as decisões acabam acompanhando as próprias características de cada um. Isto decorre também do fato de que o direito de família está muito ligado aos valores e à cultura de cada sociedade, levando-se em conta que cada um destes casos ocorreram em três diferentes direitos.

No entanto, a comparação que se busca fazer aqui é com relação ao conteúdo da decisão final, visando se verificar em quais direitos prevaleceu a paternidade socioafetiva e em quais prevaleceu o direito à identidade biológica.

A semelhança se dá entre os casos brasileiro e argentino, nos quais, aparentemente, as decisões finais dão prevalência ao direito à identidade biológica em detrimento ao vínculo afetivo. Em ambos os casos, não se trata de suprimir a paternidade socioafetiva, mas de se cunhar um

entendimento de que esta não pode impedir o descendente de ter acesso ao conhecimento da própria verdade biológica. No caso brasileiro, isso se verifica no sentido de que a existência do genitor socioafetivo não pode impedir o filho de conhecer quem realmente o gerou. No caso argentino, ainda que um pouco diverso, já que o menor conhece o pai biológico, entende-se que a adoção pelo padrasto significaria a perda do vínculo biológico.

Assim, ainda que de maneiras distintas, ambas as decisões acabam no mesmo sentido: de que a paternidade socioafetiva deve ter seu reconhecimento jurídico e os vínculos dela decorrentes não podem ser afastados, mas não pode ser conferida tutela suficiente que afaste a paternidade biológica ou mesmo o direito dos descendentes de terem acesso a ela.

O caso espanhol, diferentemente dos demais, dá uma solução completamente diferente: neste caso, não há a prevalência da paternidade socioafetiva em relação à biológica ou vice-versa; ao contrário, afasta a incidência de ambos, entendendo que não são favoráveis ao bem estar da menor. Neste caso, aplica-se o princípio do melhor interesse para entender que, se nenhum dos elementos jurídicos supracitados são favoráveis à criança, não devem prevalecer, buscando, neste caso, uma terceira alternativa, que se materializa pela busca de uma nova família substituta.

Neste caso, entendeu-se que tanto a família biológica da menor quanto os pais afetivos não souberam atendê-la em suas necessidades básicas. Tendo sido a primeira a ingressar com ação judicial, poder-se-ia esperar que, entendendo-se que esta não possuía as condições necessárias para o exercício da guarda, a menor retornaria para a família afetiva, com quem possuía vínculo. No entanto, entendeu-se que ambas careciam de tais condições, determinando-se que a menor deveria ir para uma terceira família, com quem, conseqüentemente, formaria novos vínculos socioafetivos, mas que, no momento da decisão, era completamente

desconhecida pela mesma – mas, ainda assim, poderia ser aquela que melhor exerceria os cuidados da menor.

Assim, nota-se que, nas três decisões, foram feitas análises casuísticas que buscaram verificar qual dos dois elementos jurídicos ora estudados eram mais adequados a serem aplicados nos casos: a paternidade socioafetiva e o direito à identidade biológica. Foi utilizado como critério o princípio do melhor interesse da criança, exceto no caso brasileiro, no qual não há interesse de menor. Em nenhum dos casos foi entendido que a paternidade socioafetiva deveria prevalecer, sendo que, no caso espanhol, somente, a incidência de ambos foi afastada. Nos casos brasileiro e argentino, diferentemente entendeu-se que a verdade biológica deveria prevalecer, buscando a tutela do interesse dos respectivos descendentes, que tinham direito não somente a conhecer a própria origem, como a ter tais laços preservados.

CONCLUSÕES

As conclusões do presente trabalho podem ser inferidas ao longo do seu desenvolvimento. Cabe aqui, porém, explicitá-las e ordená-las.

Primeiramente, a partir de uma breve análise sobre a estrutura e fontes do sistema romano-germânico, à luz da classificação de René David, verificou-se que a regra de direito nesta família possui um caráter de generalidade e justiça. Ademais, a lei é considerada como a principal fonte de direito da família romano-germânica, sendo esta, principalmente, utilizada na solução de conflitos. A jurisprudência, no entanto, vem adquirindo cada vez mais espaço. Tal análise se mostra verdadeira com base nos casos selecionados, nos quais se verifica o uso frequente de ambas as fontes nos votos dos respectivos julgadores.

Segundo, tanto o direito à identidade biológica quanto a paternidade socioafetiva carecem de previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Ambas são construções elaboradas pela doutrina e jurisprudência, uma vez que o legislador foi omissivo em ambos os pontos, restando aos doutrinadores e aos tribunais a formulação dos ditames de suas aplicações nos casos concretos. Além disso, não há uma posição única a respeito de qual destes elementos jurídicos deve prevalecer, isto deve ser estabelecido através da análise casuística de cada caso.

Terceiro, o direito à identidade biológica, tanto no ordenamento jurídico espanhol quanto no argentino, se refere especialmente ao instituto da adoção, onde é conferido ao adotado a possibilidade de ter acesso à própria origem. Ambos diferem-se, no entanto, com relação às peculiaridades da adoção.

Quarto, o termo “paternidade socioafetiva” refere-se a um elemento jurídico que, com esta nomenclatura, existe somente no direito brasileiro, oriundo especialmente da adoção “à brasileira”. O que se verifica nos direitos estrangeiros é que o tema está começando a ser discutido, tendo como base a doutrina e a jurisprudência brasileiras, abrindo-se, portanto, a

possibilidade da recepção de direitos, o que só deverá ocorrer, entretanto, se for verificado que nestes direitos há condições sociais que permitam o ingresso deste elemento jurídico.

Quinto, com relação à comparação do conteúdo dos casos selecionados, verifica-se que o caráter casuístico do direito de família se faz presente, mostrando que os casos são completamente distintos entre si. A semelhança entre eles é que, em todos, há o embate entre os vínculos afetivo e biológico. Embora os direitos ora estudados sejam um pouco diferentes, verifica-se que é essencial a análise do interesse superior da criança, tido como princípio no direito brasileiro e indiscutivelmente é, em todos os demais, orientador e liame no qual os julgadores se baseiam para fundamentar suas decisões, seja pela prevalência da paternidade socioafetiva ou do direito à identidade biológica.

Sexto, com relação à comparação quanto às fontes de direito utilizadas, verifica-se que no caso brasileiro, ao contrário dos demais, a jurisprudência é muito mais usada que a lei, embora esta seja considerada a principal fonte na família romano-germânica. Isto decorre do fato de que o direito brasileiro carece de previsão legal expressa sobre ambos os elementos jurídicos ora estudados, que, por sua vez, foram fruto de construção doutrinária-jurisprudencial.

Sétimo, com relação à comparação quanto à decisão final, verifica-se que nos casos brasileiro e argentino prevaleceu, ao fim, o direito à identidade biológica, enquanto que no caso espanhol, o interesse superior da criança serviu para que se afastasse a incidência de ambos os vínculos.

Finalmente, conclui-se, com base em todo o exposto, que ambos os elementos jurídicos são importantes nos direitos estudados, e que, embora um ou outro tenha prevalecido neste e em outros casos, não se pode dizer, em absoluto, que a paternidade socioafetiva deve prevalecer sobre o direito à identidade biológica ou vice-versa sem a detalhada e cuidadosa análise dos fatos de cada caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *O conflito entre o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador na reprodução assistida*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13199&revista_caderno=6>. Acesso em 15 mar 2014.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino – família - vol. 2*. 5 ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1973. 444 p.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. 438 p.

CHAVES, Marianna e ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Paternidad socioafectiva: la evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto*. Disponível em http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=enrique_varsi> Acesso em 27 abr. 2014

CONSALTER, Zilda Mara. *O direito à identidade genética nas filiações socioafetivas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5897>. Acesso em 15 mar. 2014.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito comparado*. 2 ed. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Editora Meridiano Limitada, 1978. 813 p

DIAS, Maria Berenice. *Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales*. Disponível em <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/711/Filiaci%C3%B3n_socioactiva.pdf?sequence=1> Acesso em 25 abr. 2014
_____. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, 346 p.

DÍEZ, Maria Cristina Inês. *El proceso de adopción y el derecho a la identidad*. Disponível em <<http://www.eldial.com/home/prudentia/pru58/05.asp>> Acesso em: 19 abr. 2014

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. *Introduction historique au droit*. Tradução de A.M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. 813 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Estudos de direito de família e pareceres de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 440 p.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 437 p.

MANKEVICIUS, Verónica S. et. al.. “*La Ley 26.618: Insuficiencia legislativa y necesidad de regulación de la fertilización asistida como método de procreación entre personas del mismo sexo*” Disponível em <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/ferrer-la-ley-26618-insuficiencia-legislativa.pdf>> Acesso em 27 abr. 2014

MARRE, Diana e SAN ROMÁN, Beatriz. *El “interés superior de la niñez” en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones*. Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Disponível em <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-395/sn-395-9.htm>> Acesso em 9 abr. 2014

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Secretaria de Estado de Asuntos Sociales, Familias y Discapacidades. “*El derecho del adoptado de conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*”. Número 1. Colección de Observatorio de la Infancia. Disponível em <<http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>> Acesso em 17 abr. 2014

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 422 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 407 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 302 p

PRADO, Carlos Vidal. *El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)*. Disponível em <http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero=RJ_22_II_6.pdf&codigoAcceso=PdfRevistaJuridica> Acesso em 10 abr. 2014
STF, ARE 692186 RG, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 29 nov. 2012.

STJ, REsp 878.941. Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 21 ago. 2007.

STJ, REsp 1.167.993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 18 dez. 2012.

STJ, REsp 1.244.957/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 07 ago. 2012.

STJ, REsp 1.259.460/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 19 jun. 2012.

STJ, REsp 1.401.719, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 08 out. 2013.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “*Muller, Jorge s/ denuncia*”. Recurso de queja por apelación. Julgado em 13/11/1990.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “*S.C s/ adopción*”. Recurso Extraordinário Federal. Julgado em 02/08/2005.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “*Torres, Alejandro Daniel s/ adopción*”. Recurso de Hecho. Julgado em 15/02/2000.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 4911/2011. Recurso Extraordinário por infracción procesual. Julgado em 13 jul. 2011.

TJRS, Apelação Cível Nº 70029363918. Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda. Porto Alegre, 07 mai. 2009.

TJRS, Apelação Cível nº 70051895886. Rel. Des. Jorge Juís Dall’Agnoll. Porto Alegre, 24 abr. 2013.

TJRS, Apelação Cível nº 70014089635, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, Porto Alegre, 16 mar. 2006.

VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 253 p.

VILLAMAYOR, Fabián. *Protección jurídica del derecho a la identidad em la adoption: incidência em la Convención de los derechos del niño*. Disponível em <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion-juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-nino.pdf>> Acesso em 16 abr. 2014