



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: UMA REALIDADE CONSOLIDADA NA
SOCIEDADE BRASILEIRA E RECONHECIDA PELO PODER JUDICIÁRIO, MAS
IGNORADA PELO PODER LEGISLATIVO

Renata Azevedo de Oliveira

Rio de Janeiro
2017

RENATA AZEVEDO DE OLIVEIRA

PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: UMA REALIDADE CONSOLIDADA NA
SOCIEDADE BRASILEIRA E RECONHECIDA PELO PODER JUDICIÁRIO, MAS
IGNORADA PELO PODER LEGISLATIVO

Monografia apresentada como exigência para
conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof^a Christiane Maria Coelho Moreira

Coorientadora:

Prof^a Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro
2017

RENATA AZEVEDO DE OLIVEIRA

PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: UMA REALIDADE CONSOLIDADA NA
SOCIEDADE BRASILEIRA E RECONHECIDA PELO PODER JUDICIÁRIO, MAS
IGNORADA PELO PODER LEGISLATIVO

Monografia apresentada como exigência para conclusão
do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2017 – grau atribuído: ____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Des. Cláudio Brandão de Oliveira
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Convidada: Prof^ª Des. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Orientadora: Prof^ª Christiane Maria Coelho Moreira
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, por possibilitar que eu me dedique aos estudos e à busca pelos meus sonhos, e por todo apoio, incentivo e paciência.

À minha mãe, à minha irmã e ao meu irmão, por todo carinho e incentivo.

Aos meus amigos e companheiros de jornada da EMERJ, com que dividi tantos momentos desafiadores e realizações.

A todos os professores da EMERJ, por todo conhecimento compartilhado.

A todos os funcionários da EMERJ, pela eficiência.

Ao José Renato Teixeira Videira, por toda sua atenção, compreensão e presteza.

À Anna Dina Vinciguerra, por sua competência e gentileza.

À professora Néli Luiza C. Fetzner, por sua ajuda indispensável à conclusão deste trabalho.

À minha orientadora, Christiane Maria Coelho Moreira, por todo seu carinho, dedicação e conhecimento, que tornaram essa pesquisa possível.

“Toda a sociedade procura acondicionar a forma da família a suas necessidades e fala-se em ‘decadência’ frequentemente para estigmatizar mudanças com as quais não concordamos.”

Michelle Perrot

“Os fatos não deixam de existir só porque são ignorados.”

Aldous Huxley

“Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito.”

Georges Ripert

“Todas as vitórias ocultam uma abdicação.”

Simone de Beauvoir

SÍNTESE

As famílias são construções sociais e culturais, que não seguem um modelo natural, exclusivo e permanente, como foi defendido durante grande parte da história da humanidade. Dessa forma, trata-se de estruturas dinâmicas, que estão em constante evolução, que assumem diversas formas, e das quais surgem vínculos que não advém apenas do matrimônio ou da genética, mas também do afeto; como ocorre na parentalidade socioafetiva. Nesse sentido, o que se pretende com este trabalho é demonstrar que a parentalidade socioafetiva é uma realidade consolidada na sociedade brasileira e reconhecida pelo poder judiciário, da qual decorrem inúmeras demandas; sobre as quais o judiciário tem que decidir, baseando-se quase que exclusivamente nos princípios constitucionais, haja vista o vácuo legal gerado pela inércia do legislador brasileiro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. FAMÍLIA E PARENTALIDADE: CONSTRUÇÕES SOCIAIS E CULTURAIS	14
1.1. Terminologias: família e parentalidade	15
1.2. Evolução das famílias: da pré-história aos dias atuais	17
1.3. Evolução dos vínculos de parentalidade: o paradigma da consanguinidade	25
2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O FIM DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO X DIREITO PRIVADO	28
2.1. Evolução do direito de família brasileiro: da Constituição do Império do Brasil de 1824 até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	28
2.2. Constitucionalização do direito civil decorrente da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	40
2.3. Democratização da família decorrente da constitucionalização do direito civil	44
2.4. Princípios constitucionais aplicados na solução das demandas resultantes das relações de parentalidade socioafetiva	50
2.4.1. Princípio da dignidade humana	50
2.4.2. Doutrina da proteção integral e princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	53
2.4.3. Princípio da solidariedade familiar	57
2.4.4. Princípio da convivência familiar	60
2.4.5. Princípio da afetividade	62
3. FILIAÇÃO: QUEBRA DO PARADIGMA DO VÍNCULO DE PARENTALIDADE EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICO E RECONHECIMENTO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO	67
3.1. Filiação biológica	70
3.2. Filiação socioafetiva	72
3.2.1. Filiação decorrente do <i>madrastio</i> e do <i>padrastio</i>	77
3.2.2. Filiação decorrente da adoção	81
3.2.3. Filiação decorrente das famílias homoafetivas	89
3.2.4. Filiação decorrente da reprodução assistida	92
3.2.4.1. Reprodução assistida homóloga	102
3.2.4.2. Reprodução assistida heteróloga	103
3.2.4.3. Gestação por substituição	106
3.2.5. Filiação decorrente da multiparentalidade	109
4. EFEITOS JURÍDICOS DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: DIREITOS E DEVERES IGUAIS AOS PROVENIENTES DA PARENTALIDADE BIOLÓGICA	118
4.1. Extensão da parentalidade socioafetiva no que tange às relações de parentesco ...	118
4.2. Alimentos entre parentes socioafetivos	119
4.3. Guarda dos filhos socioafetivos	121
4.4. Direito de visita dos filhos socioafetivos	125
4.5. Direito sucessório dos filhos socioafetivos	128
4.6. Direito previdenciário dos filhos socioafetivos	130

CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS	138

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo refletir sobre a parentalidade socioafetiva, comprovando que essa é uma realidade na sociedade brasileira, reconhecida pelo poder judiciário; mas que, entretanto, não é devidamente regulada e protegida pela legislação do país.

Demonstrar-se-á que, embora a parentalidade socioafetiva seja uma realidade consolidada, o ordenamento jurídico pátrio não a reconhece e a tutela de forma clara e efetiva, o que gera muitas dúvidas e incertezas; tanto na sociedade, quanto no judiciário. Dessa forma, resta ao poder judiciário brasileiro encontrar a solução para as inúmeras questões decorrentes da filiação socioafetiva que lhe são apresentadas, basicamente nos princípios constitucionais aplicados no direito de família.

Nesse sentido, está pesquisa esclarecerá como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi responsável por trazer uma nova visão da família, rompendo completamente com o paradigma estabelecido. Até esse momento, a família era socialmente considerada e juridicamente tratada como uma instituição praticamente intocável e indissolúvel; cuja manutenção deveria ser preservada a todo custo, ainda que em detrimento da dignidade e da felicidade de seus integrantes. Dessa forma, era reconhecida apenas a família tradicional; ou seja, aquela constituída pelo matrimônio entre uma mulher e um homem, e sua prole em comum; hierarquizada, tendo o homem como o seu chefe, a quem a esposa e os filhos deveriam se submeter; e que visava essencialmente à perpetuação genética e patrimonial.

Entretanto, a partir da CRFB/88, essa visão ultrapassada e anacrônica de família deixou de ser o único modelo familiar reconhecido e protegido. Isso porque, a CRFB/88 prevê o princípio da dignidade humana, o qual é responsável por colocar o indivíduo no centro de

todo o ordenamento jurídico brasileiro; o que, por si só, já impossibilitaria o status de exclusividade dispensado à família tradicional, já que nesse caso a instituição se sobrepõe aos próprios indivíduos que a integram. Ademais, na mesma direção, a CRFB/88 prevê os princípios da solidariedade, da convivência familiar e da afetividade, dentre outros; segue a doutrina da proteção integral, estabelecendo o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes; proíbe o tratamento discriminatório dos filhos, tendo em vista a sua origem; e prevê e protege a diversidade familiar.

Assim, com a promulgação da Carta Magna de 1988, a família brasileira deixou de seguir apenas um modelo e de ser tratada como um fim em si mesma; e passou a se originar de uma pluralidade de formas e a ser tida como um instrumento de realização e desenvolvimento pessoal de cada um seus membros.

É nesse contexto que se encontra a parentalidade socioafetiva, a qual advém das relações de afeto existentes entre mães, pais e filhos, sem que haja vínculo biológico que os una. Trata-se de uma nova conjuntura familiar, que deve ser tutelada pelo direito brasileiro, mas que encontra um poder legislativo inerte e omissivo em relação ao tema.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, comprovar-se-á que a família e a parentalidade são construções sociais e culturais; e que, portanto, não seguem um modelo natural, único e imutável. Assim, deixar-se-á claro que no decorrer da história existiram diversos modelos familiares, os quais estão em constante evolução, e nos quais surgem várias formas de estabelecimento de vínculos de parentalidade.

No segundo capítulo, será mostrado como o direito brasileiro tem se desenvolvido ao longo do tempo, de modo a acompanhar a evolução da sociedade; ainda que de forma lenta e pouco satisfatória, como ocorre hodiernamente. Serão trabalhados os fenômenos da constitucionalização do direito civil e da democratização da família; bem como os princípios constitucionais que têm sido a solução encontrada pelo poder judiciário para dirimir os litígios

decorrentes da parentalidade socioafetiva que lhe são apresentados, haja vista a inércia do legislador.

No terceiro capítulo, será esclarecido que, a partir da CRFB/88, todos os modos de estabelecimento da filiação, independentemente de se originarem de vínculos biológicos ou socioafetivos, devem ser reconhecidas e receber o mesmo tratamento do jurídico. Para tanto, serão trabalhadas as várias formas de filiação, que são: a biológica, a homoparental e a multiparental; a decorrente da adoção, do *madrastio*, do *padrastio* e da reprodução assistida.

No quarto capítulo, será demonstrado que a parentalidade socioafetiva gerará os mesmos direitos e deveres que a biológica, haja vista que ambas devem ser reconhecidas e tratadas de forma isonômica. Nesse sentido, serão trabalhados vários efeitos jurídicos da parentalidade socioafetiva, quais sejam: a extensão da parentalidade socioafetiva no que tange ao parentesco, a prestação de alimentos, a guarda dos filhos, o direito de visita, o direito sucessório e o direito previdenciário.

Ao final do estudo, buscar-se-á comprovar que não merece prosperar qualquer argumento capaz de colocar a parentalidade socioafetiva à margem da sociedade e sem o reconhecimento e a tutela claros e efetivos do ordenamento jurídico brasileiro. Demonstrar-se-á que os argumentos contrários aos novos arranjos familiares e à parentalidade socioafetiva não encontram qualquer respaldo na atual realidade social do Brasil e no ordenamento jurídico pátrio, e que se tratam apenas de ideias baseadas no preconceito, na falta de informação e na dificuldade que muitos têm de respeitar diferenças e conviver com a constante e ininterrupta evolução social.

Para tanto, a pesquisa será realizada seguindo o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que a pesquisadora identificou um conjunto de proposições que são trabalhadas como premissas na análise do problema apresentado.

A abordagem do objeto deste estudo será qualitativa, dessa forma a pesquisadora pretende utilizar a bibliografia atinente ao tema trabalhado – legislação, doutrina e jurisprudência – a fim de sustentar os argumentos que corroboram a tese defendida.

1. FAMÍLIA E PARENTALIDADE: CONSTRUÇÕES SOCIAIS E CULTURAIS

O estudo sobre a família, os papéis que seus integrantes assumem dentro dessa, e a relação entre eles; demonstra que essa forma de estruturação da sociedade evoluiu de modo bastante expressivo desde a pré-história até os dias atuais. Essa evolução se deu como consequência das inúmeras mudanças sociais, ideológicas, religiosas, políticas e econômicas, pelas quais a humanidade passa.

Observa-se que as famílias constituem estruturas dinâmicas, que surgem da construção social e cultural de uma sociedade, em determinado lugar e época; e não do mero determinismo biológico ou de paradigmas pré-estabelecidos. Assim, ao longo da história, mães, pais e filhos passaram a ocupar posições e a ter funções, obrigações e prerrogativas bastante diferentes dentro da família.

Rodrigo da Cunha Pereira¹ aponta que Jacques Lacan já defendia em seu texto *A Família*² de 1938, que a família não se tratava de uma estrutura rígida formada simplesmente por uma mulher, um homem e seus filhos; mas de uma estruturação psíquica, em que cada um de seus membros ocupa um lugar e uma função; seja de mãe, de pai ou de filho. Logo, não é necessário que exista qualquer vínculo biológico entre os membros, para que se tenha uma família; e a existência de vínculo biológico, por si só, não é capaz de garantir que cada um ocupe efetivamente seu lugar e exerça sua função. Nesse sentido, cabe ressaltar que mesmo o vínculo biológico foi mitigado até a CRFB/88, pois até então os filhos biológicos que não fossem nascidos da relação matrimonial entre uma mulher e um homem não recebiam o mesmo tratamento jurídico e social daqueles que nascessem no âmbito da família tradicional; o que felizmente não acontece mais nos dias de hoje.

¹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.13.

²Jacques Lacan escreveu o texto *A Família* para o tomo VII da *Encyclopédia Française*, o qual foi publicado no Brasil com o título “Os Complexos Familiares”.

Assim, ao longo do tempo, a família deixa de ser apenas uma instituição com viés eminentemente patrimonialista e de perpetuação genética; formada por uma mulher e um homem, unidos exclusivamente pelo matrimônio, e pela prole em comum; marcada pela inquestionável autoridade paterna, à qual esposa e filhos se subjulgam; e pelos papéis pré-definidos e inalteráveis, atribuídos a cada um de seus integrantes; e se transforma em um ambiente de afeto, no qual seus componentes se desenvolvem, e onde a dignidade, a individualidade e a busca pela felicidade de cada membro devem prevalecer.

Dentro dessa realidade de constante e ininterrupta evolução familiar, surge a parentalidade socioafetiva, responsável por romper de forma evidente e definitiva com o paradigma do determinismo biológico originado do matrimônio; como sendo o único meio de estabelecimento dos vínculos entre mães, pais e filhos, do qual decorrerão direitos e deveres plenos.

1.1. Terminologias: família e parentalidade

O termo família vem do latim *famulus* que se refere ao senhor, seus dependentes e seus servos. Danda Prado³ ensina que “entre os chamados dependentes, incluem-se a esposa e filhos. Assim, a família greco-romana compunha-se de um patriarca e seus fâmulos: esposa, filhos, servos livres e escravos”.

Nesse contexto de família hierarquizada greco-romana, na qual não havia isonomia entre a esposa e o marido, tem-se o termo *pater familias* ou pátrio poder⁴; o qual atribuía ao

³PRADO, Danda. *O que é família?* São Paulo: Brasiliense, 1995, p.56.

⁴Vale lembrar que a ideia de pátrio poder foi trazida pelo Código Civil de 1916, o qual tratou do assunto entre os artigos 379 e 395. A ideia de pátrio poder e de hierarquia entre os sexos somente foi afastada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inc. I, *in verbis*: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”; e em seu art. 226, §5º, *in verbis*: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

marido e pai, a chefia da família. A esposa, os filhos, os servos e os escravos deviam obediência ao patriarca; o qual tinha, inclusive, poder de vida e morte sobre eles⁵.

Superando o entendimento de família hierarquizada, que tinha o marido/pai como seu chefe, o que fere frontalmente o princípio da dignidade humana, dentre outros; e a fim de seguir os ditames da CRFB/88, o Código Civil de 2002 estabeleceu a isonomia entre mulheres e homens, entre esposas e maridos; e substituiu a ideia de pátrio poder, pela de poder familiar, a ser exercido igualmente pela mãe e pelo pai em relação aos seus filhos⁶.

O termo parentalidade surge da necessidade de se ter uma expressão que se refira ao papel e à posição atribuídos a mães e pais, no que tange às responsabilidades materiais e afetivas em relação aos seus filhos; sem, entretanto, fazer qualquer alusão a gênero; haja vista que o português não traz uma expressão dissociada da ideia de feminino ou de masculino, para designar mães e pais. A língua portuguesa atribui a esses a condição de “pais”, ou seja, trata ambos pela palavra que designa o plural de pai. Daí a necessidade do neologismo “parentalidade”, para que seja possível o estudo das questões sociais e jurídicas atinentes aos vínculos parentais, sem que se esteja adstrito às limitações que as especificações de gênero podem trazer.

Há idiomas que, diferente do português, têm uma expressão para tratar de mães e de pais sem fazer qualquer referencia a gênero. Como exemplo, o inglês possui o termo *parenthood*; o francês, *parentalité*; e o alemão, *elternschaft*. O que se pretende, portanto, é investigar o papel que mulheres e homens assumem na condição daqueles que garantem apoio material, afetivo e psíquico aos filhos, independente do gênero de cada um.⁷

⁵SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos*. 5.ed. Curitiba: Juruá, p.51, 2011.

⁶O Código Civil de 2002 trata do poder familiar entre os artigos 1.630 e 1.638.

⁷AMARILLA, Silmara Domingos Araújo. *O afeto como paradigma para a parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, p.23-24, 2014.

O psicanalista francês Paul-Claude Racamier⁸ foi o primeiro a sugerir os neologismos parentalidade, *parentalité*; maternidade, *maternalité*; e paternidade, *paternalité*; ao analisar os estudos sobre a experiência e o processo de se tornar mãe realizado pelos psicanalistas anglo-saxões, G.L. Bibring e Th. Benedeck⁹. Primeiramente, Racamier sugeriu o termo maternidade, para se referir ao “conjunto dos processos psicoafetivos que se desenvolvem e se integram na mulher por ocasião da maternidade”; e então, criou os outros dois termos: paternidade e parentalidade.

1.2. Evolução das famílias: da pré-história aos dias atuais

Belmiro Pedro Welter¹⁰ esclarece que não é possível afirmar ao certo qual é a origem das famílias, mas que existem duas teorias que são as mais defendidas. A primeira seria a matriarcal, que defende que a família se originou de uma realidade caracterizada pela promiscuidade sexual, em que todas as mulheres pertenciam a todos os homens e que todos os homens pertenciam a todas as mulheres.

Seguindo uma lógica oposta, há também a teoria patriarcal, a qual nega que a origem da família se deu em um contexto de libertinagem sexual, defendendo que o pai sempre foi o centro da estrutura familiar. Essa teoria é seguida por Zierler, Starck, Darwin e Westmarck, os quais entendem que o espírito exclusivista dos homens impossibilitaria a promiscuidade defendida pela teoria matriarcal¹¹; assim, a família teria sua origem no patriarcalismo e na

⁸RACAMIER, apud AMARILLA, op. cit., p.23-24.

⁹SOLIS-PONTON, Leticia (Org). *Ser pai, ser mãe: parentalidade: um desafio para o terceiro milênio*. Organização da tradução Maria Cecília Pereira da Silva. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004, p.2004.

¹⁰WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 32-33.

¹¹PEREIRA, apud AMARILLA, op. cit., p. 28.

monogamia. Rodrigo da Cunha Pereira¹² baseou-se no texto *A Família*¹³ de Lacan para defender essa teoria:

A promiscuidade presumida não pode ser afirmada em parte alguma, nem mesmo nos casos ditos de casamento grupal: desde o início existem interdições e leis. As formas primitivas da família têm os seus traços essenciais de suas formas acabadas: autoridade, se não concentrada no tipo patriarcal, ao menos representada por um conselho, por um matriarcado ou seus delegados do sexo masculino; modo de parentesco, herança, sucessão, transmitidos, às vezes distintamente (Rivers) segundo uma linguagem paterna ou materna. (...). Mas, longe de nos mostrarem a pretensa célula social, veem-se nessas, quando mais primitivas são, não apenas um agregado mais amplo de casais biológicos, mas, sobretudo, um parentesco menos conforme aos laços naturais de consanguinidade.

A teoria matriarcal, por sua vez, é defendida principalmente por Frederich Engels e parece ser a mais lógica, factível e razoável. Engels valeu-se, sobretudo, do conhecimento adquirido por Johann Jacob Bachofen, John Fergusson Mac Lennan e Lewis H. Morgan¹⁴ para explicar o surgimento da família e ensina que¹⁵:

A tolerância recíproca entre os machos e a ausência de ciúmes constituíram a primeira condição para que se pudessem formar grupos numerosos e estáveis, em cujo seio, unicamente, podia operar-se a transformação do animal em homem. E, com efeito, que encontramos como forma mais antiga e primitiva de família, cuja existência indubitável nos demonstra a história, e que ainda hoje podemos estudar em certos lugares? O matrimônio por grupos, a forma de casamento em grupos inteiros de homens e grupos inteiros de mulheres pertencem-se mutuamente, deixando bem pouca margem para os ciúmes.

Regina Navarro Lins¹⁶ esclarece que na pré-história, durante os milênios compreendidos entre o período paleolítico e início do período neolítico¹⁷, os seres humanos não faziam qualquer relação entre sexo e reprodução; e tampouco sabiam que os homens tinham alguma função na procriação. Acreditava-se que a fertilidade era uma característica exclusivamente feminina.

¹²PEREIRA, op. cit., p. 15-16.

¹³Ver notas de rodapé nº 1 e 2.

¹⁴AMARILLA, op. cit., p. 25.

¹⁵ENGELS, Friedrich. *A Origem da família, da propriedade privada e do estado*. Trad. Ruth M. Klaus. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2012. p. 35.

¹⁶LINS, Regina Navarro. *O livro do amor: da pré-história à renascença*. V.1. 4.ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2013, p.19.

¹⁷A pré-história corresponde ao período anterior à invenção da escrita. O paleolítico caracteriza-se pelo homem nômade, que se alimentava basicamente de alimentos coletados e caçados. O neolítico caracteriza-se pelo fato do homem ter se tornado sedentário, começado a domesticar os animais e a desenvolver a agricultura.

A historiadora Riana Eisler¹⁸ esclarece que nessa época, acreditava-se que o corpo da mulher era um receptáculo mágico capaz de gerar novas vidas, e de produzir leite para alimentar esses novos seres humanos que somente ela era capaz de conceber; que não havia submissão entre os sexos; que não existia a ideia de casal, e que toda mulher pertencia a todos os homens, e todo homem, a todas as mulheres; que cada criança tinha várias mães e vários pais, e que somente se conhecia a linhagem materna, já que sequer se sabia que os homens participavam da reprodução humana.

Engels¹⁹ afirmava que as famílias consanguíneas, que causam horror hoje por denotarem a promiscuidade em que viviam os antepassados dos seres humanos, foram a primeira etapa da família e desapareceu há muito, mesmo nos povos mais atrasados. Dentro dessa realidade há muito superada, Engels identifica a chamada “família punualana”, que teria sido a primeira a instituir a vedação ao incesto; excluindo pais e filhos e logo depois, também os irmãos, das relações sexuais recíprocas.

Sobre as famílias consanguíneas Engels²⁰ ensinou:

Nela, os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e as mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo. Nessa forma de família os ascendentes, os pais e os filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) dos matrimônios. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs, e *por isso mesmo* maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo irmão e irmã pressupõe, por si, nesse período, a relação carnal mútua.

O pai da psicanálise, Sigmund Freud, também tratou da questão do incesto no seu texto *Totem Tabu* de 1913-1914. Segundo Freud, o totem²¹ seria o antepassado comum de determinado clã e seu espírito guardião, e todos aqueles que fizessem parte do mesmo clã; estando, portanto, subordinadas ao mesmo totem; não poderiam manter relações sexuais entre

¹⁸LINS, op. cit., p. 19-20.

¹⁹ENGELS, op. cit., p. 37-38.

²⁰Ibid., p. 36-37.

²¹Os totens são normalmente um animal e raramente um vegetal, um fenômeno da natureza ou um objeto.

si²². Assim, acredita-se que a vedação ao incesto teria sido a primeira lei, responsável por dar origem a todas as demais.

O tabu do incesto foi criado de forma a barrar a consanguinidade que era inevitável até então, além de fazer com que o grupo se relacionasse com outras tribos, e não se restringisse apenas a um pequeno grupo de quarenta ou cinquenta pessoas.²³

Gilberto Freyre²⁴, sem fazer referência direta a Freud, mas seguindo seu entendimento; analisou as ideias de incesto e de totem na formação da família brasileira em sua obra *Casa Grande Senzala*, de 1933:

Fora da noção, embora vaga, do incesto, e da unilateral, da consanguinidade, havia mais entre os indígenas do Brasil, como restrição ao intercuro sexual, o totemismo segundo o qual o indivíduo do grupo que se supusesse descendente ou protegido de determinado animal ou planta não se podia unir a mulher de grupo da mesma descendência ou sob idêntica proteção. Sabe-se que a exogamia por efeito do totemismo estende-se a grupos mais distantes uns dos outros em relações de sangue. Esses grupos formam, entretanto, alianças místicas correspondentes às do parentesco, os supostos descendentes do javali ou da onça ou do jacaré evitando-se tanto quanto irmão e irmã ou tio e sobrinha para casamento ou união sexual.

Segundo Lewis Henry Morgan²⁵, o fim dos casamentos consanguíneos resultou em uma raça mais forte tanto física, quanto mentalmente; pois como consequência dessa mudança significativa de comportamento, os crânios e os cérebros humanos cresceram de forma a compreender a capacidade das tribos que se uniam.

Acredita-se que quando se iniciou a domesticação dos animais, os seres humanos passaram a observá-los por longos períodos de tempo; o que os fez perceber, que as fêmeas somente produziam leite e geravam novos animais, quando havia machos no grupo. É provável que tenha sido dessa forma que os seres humanos entenderam que as mulheres não eram as únicas que tinham a característica da fertilidade, e que os homens também eram indispensáveis à reprodução humana.²⁶

²²PEREIRA, op. cit., p. 16-17.

²³LINS, op. cit., p.22-23.

²⁴FREYRE, apud PEREIRA, op. cit., p. 21.

²⁵MORGAN, apud ENGELS, op. cit., p. 45.

²⁶LINS, op. cit., p.21-22.

O sedentarismo dos seres humanos, sua nova capacidade de produzir seus próprios alimentos pela agricultura e pelo pastoreio, e artefatos de metais e de tecidos; gerou um problema que a humanidade até então não tinha enfrentado: de quem seriam essas riquezas produzidas? E para quem elas deveriam ser deixadas com a morte do seu proprietário? É provável que inicialmente essas novas riquezas se tornassem propriedade de toda a tribo e que, mais tarde, passaram a ser da família do proprietário que morreu.

As riquezas produzidas pelos homens começaram então a crescer mais que as femininas, tendo em vista que eles podiam dedicar-se mais à agricultura e ao pastoreio, pois as mulheres eram limitadas pela gravidez, amamentação e criação dos filhos. Assim, o papel do homem dentro da nova estrutura familiar fortaleceu-se e eles passaram a exigir que seus filhos herdassem suas riquezas quando eles morressem, e essa nova situação levou ao fim das chamadas “famílias sindiásmicas”²⁷, fundadas no matriarcado e no direito materno. O direito hereditário materno foi então substituído pelo direito hereditário paterno,²⁸ para tanto, foi necessário impor à mulher a monogamia; caso contrário, não seria possível determinar a linhagem paterna, capaz de garantir o direito hereditário paterno. Como consequência “o homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução”.²⁹

Nesse sentido, Luiz Roberto de Assumpção³⁰ ensina:

A família era matrimonializada e patriarcal, com predomínio do homem, na qualidade de chefe da família, com férreo poder marital, e a subordinação total da mulher. O princípio da indiscutível paternidade do marido da mãe era garantido pelo domínio total sobre a mulher, que deveria ser casta e fiel a ele, podendo apenas permanecer no lar. Fundava-se a monogamia, extinguindo-se quase todos os direitos civis da mulher, equiparando-a aos filhos e alijando-a da sociedade.

²⁷Engels explica em seu livro *A Origem da família, da propriedade privada e do estado*, página 45, que as “famílias sindiásmicas” eram matriarcais, fundadas no direito materno; onde uma mulher e um homem passaram a formar um casal. Nessa família, deixa de existir o casamento por grupos; era permitida a infidelidade ocasional masculina, mas à mulher era imposta a fidelidade, e sua desobediência era cruelmente castigada; o vínculo conjugal era facilmente dissolvido por qualquer uma das partes, hipótese em que os filhos pertenciam exclusivamente à mãe.

²⁸ENGELS, op. cit., p. 52-56.

²⁹Ibid., p. 55.

³⁰ASSUMPÇÃO, apud AMARILLA, op. cit., p. 27-28.

Nessa nova conjuntura de patriarcalismo e de absoluta preponderância do homem sobre a mulher, surgiram a Legislação Mosaica, o Código de Hamurabi e o Código de Manu; que eram legislações com enfoque nitidamente religioso, e que estabeleciam a supremacia do marido sobre sua esposa, do pai sobre seus filhos e do senhor sobre seus servos.³¹

Com o advento do Cristianismo, a Igreja Católica apoderou-se das principais manifestações da vida de uma família: o nascimento, com o batismo; o casamento, determinando que o matrimônio entre uma mulher e um homem era a única forma de união entre duas pessoas capaz de formar uma família; a sexualidade das pessoas, impondo a virgindade e castidade às mulheres e estabelecendo que o sexo somente pudesse ocorrer para procriação e após o casamento – importante ressaltar que sempre foi dada maior liberdade sexual ao homem, embora de forma dissimulada e velada, como ainda ocorre –; o estabelecimento de famílias patriarcais, nas quais a esposa e os filhos deviam obediência ao marido/pai, que era o chefe da família; além de condenar veementemente a dissolução do matrimônio, o sexo para o prazer, as relações entre pessoas do mesmo sexo, e outras questões que não eram convenientes aos seus interesses.

Dessa forma, a Igreja Católica passou a regular toda a vida familiar dos indivíduos; estabelecendo regras rígidas, inquestionáveis e imutáveis, capazes de manter a estrutura familiar intacta durante muito tempo, ainda que à custa da dignidade e da felicidade de suas integrantes.

À Igreja sempre foi interessante que a família se mantivesse como uma instituição forte, sólida e intocável; capaz de manter, por sua vez, o poder da própria Igreja. Ou seja, a Igreja se presta a manter a família fundada em uma estrutura inabalável; ao passo que à família cabe manter o poder da Igreja, transmitindo de forma impositiva a fé católica aos seus descendentes.

³¹AMARILLA, op. cit., p.28.

Essa dinâmica ainda ocorre hodiernamente, sobretudo em sociedades menos desenvolvidas em termos de educação, cultura, economia e ética, como a brasileira. Nessas sociedades, a religião é responsável por estabelecer valores morais dogmáticos e inquestionáveis que lhes são convenientes, impossibilitando que as pessoas os contestem e desenvolvam seus próprios valores éticos como consequência de suas próprias experiências e pensamentos. Trata-se da eterna e incessante busca da Igreja pela manutenção e aumento de seu poder, por meio da sustentação de uma sociedade patriarcal, fundada nas chamadas famílias tradicionais; sobre a qual ensina Danda Prado³²:

Numa sociedade pré-industrial, é inconcebível dissociar família e religião. Tanto no plano social como no individual, tudo o que toca à vida orgânica da família conta com o apoio e é controlado pela religião. Em troca, a instituição religiosa é sustentada pela família, (...), colaborando de forma primordial à transmissão das crenças, ao cumprimento das práticas religiosas, à aceitação das punições impostas. Dessa forma, a Igreja que é tanto ou mais tradicional que a família, sacraliza as principais manifestações da vida familiar, como o nascimento, o casamento, a morte etc., e condena (punindo conforme o caso) a interrupção da gravidez, o divórcio, o exercício livre da sexualidade etc. (...). Os deuses, com frequência, apresentam um modelo eterno e supremo de família extensa e patriarcal.

Observa-se que a Igreja Católica, ainda hoje, insiste em ignorar todos os avanços científicos, tecnológicos e sociais; que se intensificaram, sobretudo a partir do século XX; a fim de manter a ideia anacrônica de família tradicional, tão indispensável à manutenção do poder eclesiástico. Sobre esse progresso, Wilma Vivas³³ esclarece que:

o advento da pílula anticoncepcional e outros métodos contraceptivos, a própria emergência dos movimentos feministas (...), a virgindade rejeitada enquanto tabu ou como pré-requisito para o casamento, a admissão da maternidade fora do casamento, a evolução da ciência e da pesquisa com a fecundação in vitro, a aceitação da mulher no mercado de trabalho (...), a ocorrência de mudanças quanto ao exercício da paternidade constituíram-se como elementos balizadores ao direcionamento de um novo olhar sobre a composição das famílias

Previendo as inúmeras mudanças pelas quais a família passaria, em decorrência dos muitos avanços científicos alcançados pela humanidade no século XX, o visionário jurista

³²PRADO, op. cit., p. 74.

³³VIVAS, apud JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. *A possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos*. 5.ed. Curitiba: Juruá, p.53, 2011.

João Baptista Villela³⁴ profetizou, no longínquo ano de 1979, a “desbiologização da paternidade” sobre a qual ensina que:

[...] cumpre estimar a importância do chamado *bebê de proveta*. (...). Mas como corte profundo na continuidade sexo-reprodução, (...). A possibilidade de obter gratificação sexual sem os riscos da gravidez e, já agora, a possibilidade inversa, de promover a reprodução sem atividade sexual, com a fecundação *in vitro*, tenderão a paternidade rigorosamente um ato de opção. Antes, não se podia ter o sexo sem aceitar, ao menos eventualmente, os ônus da paternidade. (...).
Chegados à plenitude desse novo estágio, os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes nos poderoso dinamismo transformacional do homem, que é o dom de si mesmo.

Pelo exposto, são notórias as modificações pelas quais as famílias têm passado no mundo e no Brasil, sobretudo nas últimas décadas. Assim, mesmo que ainda vivamos em uma sociedade eminentemente misógina e patriarcal e com índices alarmantes de violência doméstica perpetrada principalmente pelo marido/pai contra sua esposa ou companheira e seus filhos; as mulheres e os filhos não são mais subjugados ao marido e ao pai, como se fossem propriedade ou inferiores; como ocorreu praticamente por toda a história da família, desde sua gênese; como esclarece Jorge Shiguemitsu Fujita³⁵:

Na idade Pós-Moderna, a relação entre homem e mulher, no âmbito da sociedade conjugal e familiar, passou da subordinação da mulher ao conceito de coordenação com o marido sendo certo que a verticalidade cede à ideia de horizontalidade. Para a captação de recursos necessários ao seu dia a dia, o marido e a mulher demonstram a necessidade de juntar as forças dentro do campo do trabalho. Assim, não mais existe espaço para a mulher ficar, no lugar conjugal, cuidando dos afazeres domésticos dos filhos, enquanto o marido se preocupa com os ganhos necessários para enfrentar as despesas do casal e dos filhos.

Percebe-se, portanto, que os papéis de mulheres, homens, crianças e adolescentes e as relações entre eles dentro da família sofreram inúmeras mudanças ao longo da história. Especialmente nas últimas décadas, essas mudanças têm sido enormes e constantes; tornando as relações familiares cada vez mais igualitárias, pautados na dignidade humana, na solidariedade, na afetividade, na parceria, no companheirismo e no respeito; observando

³⁴VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 21, Belo Horizonte, ano XXVII, p. 400-418, maio 1979.

³⁵FUJITA, apud AMARILLA, op. cit., p.31.

sempre a individualidade de cada um; e visando à realização pessoal e à felicidade de cada pessoa.

1.3. Evolução dos vínculos de parentalidade: o paradigma da consanguinidade

A relação de parentalidade também sofreu muitas modificações, sobretudo nos últimos anos, seguindo a relevante evolução da família ao longo dos tempos. Rememora-se que parentalidade, como já esclarecido, é um neologismo que se refere à relação entre as mães, os pais e seus filhos, mas sem que se faça qualquer alusão a gênero, como ocorre com o termo “pais” utilizado tradicionalmente.

Durante quase toda a história da humanidade, considerou-se que a parentalidade adivinha essencialmente das relações de consanguinidade advindas da família tradicional; havendo por parte da sociedade e do direito a explícita distinção entre os filhos nascidos dentro desse cenário e fora dele; bem como entre os filhos biológicos e os adotivos. Nesse contexto, as relações sexuais e amorosas fora do matrimônio entre pessoas solteiras ou adúlteras, não tinham qualquer relevância jurídica e eram mal vistas pela sociedade; sobretudo as relações entre pessoas do mesmo sexo, as quais eram marginalizadas pela sociedade e pelo direito.

Essa família tradicional, ainda tão defendida como sendo a única, pela Igreja e por reacionários, originou-se no Direito Romano, o qual determinava que o culto doméstico³⁶ deveria ser transmitido apenas ao filho homem, advindo do matrimônio. Considerava-se que

³⁶Silvia Ozelame Rigo Moschetta baseando-se nos ensinamentos de Fustel de Coulanges esclarece sobre a importância do culto doméstico na família antiga, em seu livro *Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos*, página 23, que: “Antes de adorar deuses, os homens adoraram os mortos; por isso, a religião dos mortos parece ter sido a mais antiga entre os seres humanos. A adoração significava prestar culto, por meio do fogo sagrado. Foi a partir do culto aos antepassados, por meio de adorações, como o fogo, que a formação da família teve início. A religião representou o principal elemento constitutivo da família antiga; ou seja, pelo culto ao mesmo antepassado, surgiram as entidades familiares e, por meio do casamento, a mulher abandonou o culto do lar paterno, para prestar culto ao antepassado a que o marido pertencia. Os integrantes da família antiga eram unidos pela religião doméstica e pelo culto aos antepassados, que selavam a união familiar.”

tal tarefa não poderia ser transmitida às filhas e menos aos filhos ditos ilegítimos, que seriam aqueles não advindos do matrimônio. Dessa forma, a família tradicional perpetuaria o poder e a relevância da Igreja ao longo de gerações e esta, por sua vez, regularia as relações privadas e familiares, de forma a mantê-las imutáveis e inabaláveis; formando uma simbiose perfeita, que prevaleceu durante séculos e tenta sobreviver nos dias de atuais.

Sobre essa família tradicional, Luiz Roberto Assumpção³⁷ salienta ao tratar das reflexões feitas por Andrée Michel em *Modèle sociologiques de la famille dans lês sociétés contemporanies. Archives de Philosophie du Droid*, que:

A divisão de papéis familiares no modelo de família tradicional, compatível com o descrito no código de 1916, foi forjada, tendo como critérios sexo e idade. Isso deu origem a várias místicas que tinham por objetivo sensibilizar e consolidar o conjunto dos papéis existentes na família tradicional: a mística feminina, que locou a mulher num ‘papel doméstico e afetivo [...] definido de modo complementar àquele do marido’; a mística patriarcal, que atribui ao homem qualidades que o destacavam por sua inteligência, coragem e iniciativa, e que lhe gerava o respeito dos demais membros da família; e a mística familiar tradicional, decorrente da relação de ambos e articulada sobre as ideias de complementaridade dos sexos.

Assim, o que estabelecia as relações de parentalidade não era nem mesmo os vínculos biológicos na verdade, já que esses eram mitigados no caso dos filhos havidos fora do matrimônio, e das filhas, que sempre foram tratadas com menos importância e respeito que os filhos; mas sim as regras que a Igreja Católica entendia que seriam mais convenientes à manutenção de seu poder e à proteção de seus interesses. Nesse sentido, Fustel de Coulanges³⁸ esclarece que:

O laço de sangue isolado não constituía para o filho, a família: era-lhe necessário o laço do culto. Ora, o filho nascido de mulher não associada ao culto do esposo pela cerimônia de casamento não podia, por si próprio, tomar parte do culto. Não tinha o direito de oferecer o repasto fúnebre, e a família não se perpetuaria por seu intermédio.

³⁷ASSUMPÇÃO, apud AMARILLA, op. cit., p.39.

³⁸COULANGES, apud AMARILLA, op. cit., p.36.

No Brasil, o catolicismo deixou de ser a religião oficial apenas com a Constituição da República de 1891³⁹, que finalmente secularizou o Estado Brasileiro, quando passou a ser reconhecido juridicamente apenas o casamento civil e não mais a religioso. Essa importante mudança política-jurídica possibilitou o reconhecimento da filiação natural dentro da família e da sociedade no que tange a questões afetivas e patrimoniais, ainda que o Código Civil de 1916 tenha regulado as relações familiares sob a égide da religião e da discriminação.⁴⁰

Sob a vigência do Código Civil de 1916 surgiram várias leis esparsas responsáveis por regular as relações familiares e privadas; de modo que, ainda que de forma lenta, superficial e incipiente, as relações familiares passassem a ser norteadas cada vez mais pela dignidade, pela igualdade, pela liberdade de autodeterminação, pelo respeito e pelo afeto.

Entretanto, essa evolução teve seu grande marco e consolidou-se apenas no final do século XX, com a CRFB/88; quando mulheres e homens começaram a ser tratados de forma isonômica, quando crianças e adolescente passaram a ser protegidos como sujeitos de direitos e foi proibida qualquer forma de tratamento desigual entre os filhos, seja no plano afetivo, no social ou no econômico. A partir de então, os filhos advindos do matrimônio, adotivos, adulterinos, incestuosos e naturais passaram a ser simplesmente, filhos; sem qualquer adjetivação.

³⁹BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016. “Art. 72, §4º: A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

⁴⁰AMARILLA, op. cit., p.28.

2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O FIM DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO X DIREITO PRIVADO

O estudo da evolução do direito de família brasileiro comprova que a legislação tem sido modificada de forma bastante lenta e pouco satisfatória ao longo da história. Entretanto, após a promulgação da CRFB/88, tornou-se ainda mais urgente que o legislador brasileiro não apenas adapte a legislação atinente ao direito de família às necessidades sociais, mas também à própria Constituição; pois se trata de uma legislação em muitos aspectos ultrapassada e em dissonância com os princípios constitucionais, como no que se refere à parentalidade socioafetiva.

2.1. Evolução do direito de família brasileiro: da Constituição do Império do Brasil de 1824 até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A família do direito romano, como já foi esclarecido, era regida pelo princípio da autoridade paterna; segundo o qual o *pater familias* era o chefe e a ele estavam subordinados sua esposa, seus filhos e as esposas destes. O *pater* tinha direitos absolutos sobre os filhos e a esposa; ele podia, inclusive, vender, imprimir castigos corporais e até mesmo matar seus filhos; quanto à esposa, poderia até mesmo repudiá-la unilateralmente se assim o quisesse.

A família romana exercia um relevante papel nas esferas econômica, religiosa, política e jurisprudencial; cabendo ao ascendente comum vivo e mais velho a administração

do patrimônio familiar, officiar o culto dos deuses domésticos⁴¹, exercer o papel político e dirimir eventuais conflitos.

Os romanos acreditavam que era indispensável a existência de *affectio* para que o casamento fosse realizado e mantido, e que se essa desaparecesse, seria possível a dissolução da união. No entanto, o imperador Constantino no século IV, deu uma conotação cristã à entidade familiar, que passou a ter que seguir o direito canônico, para o qual o matrimônio era uma união indissolúvel. Os canonistas defendiam a ideia de que o matrimônio era um sacramento e que como tal era realizado por Deus e não poderia ser desfeito pelos homens. Nesse sentido há a expressão latina, *quod Deus conjunxit homo non separat*⁴².

Assim, como foi explicado no primeiro capítulo, na idade média a Igreja Católica passou a regular de forma exclusiva e expressa não apenas o casamento, mas quase todas as questões atinentes às relações familiares.

Nesse sentido, o direito de família brasileiro sempre foi fortemente influenciado pelos direito romano, canônico e germânico; sendo notória a preponderância do direito canônico em decorrência da colonização portuguesa, o que se percebe pelas Ordenações Filipinas e pelo Código Civil de 1916.

O processo de abandono do modelo tradicional de família, em direção ao modelo eudemonista tem sido lento, mas constante. Logo, a estrutura familiar rígida, matrimonializada, hierárquica, patrimonialista e que visa fundamentalmente à procriação está cedendo lugar à ideia de que o que deve prevalecer são as relações afetivas, ainda que essas não coincidam com os vínculos biológicos ou matrimoniais. Dessa forma, a desvinculação da parentalidade em relação à matrimonialidade e à consanguinidade, é um fenômeno recente; e ainda polêmico e controverso para os setores atrasados e reacionários da sociedade, do

⁴¹Ver nota de rodapé nº 36.

⁴²Expressão em latim que significa: “o que Deus uniu o homem não separa”.

parlamento e do judiciário; mas é uma realidade, que a cada momento ganha mais reconhecimento e proteção, como deve ser.

Essa evolução da família brasileira intensificou-se na segunda metade do século XIX, como consequência da crescente migração da população rural para as cidades, quando se passou a sofrer maior influência da cultura dos colonizadores europeus. O modelo tradicional de família predominou ainda por mais de um século; entretanto, a evolução no sentido de se dispensar tratamento isonômico entre os gêneros, e de respeitar os filhos como sujeitos e não como objetos de direitos, e independente de sua origem, nunca mais cessou.⁴³ Sobre esse avanço, Silmara Domingos Araújo Amarilla⁴⁴ ensina que:

O papel secundário, submisso e de obediência praticamente servil dos filhos ao pai, como chefe do lar e detentor dos meios de produção e sustento, também passou a sofrer os influxos do aumento do grau de instrução da prole, repercutindo igualmente nesses novos rumos a emancipação econômica dos filhos, que, dissociando-se do ambiente de produção doméstico, alcançaram novos voos, angariando outras perspectivas.

A reboque dessas ebulições sociais veio o Direito tentando, com os instrumentos dos quais dispunha e diante do plexo de interesses titularizados pelos detentores do poder à época, formatar esses movimentos renovatórios do arquétipo familiar.

Nesse contexto de constante progresso social e familiar, a legislação brasileira também se modificou e tratou a família com maior ou menor relevância e de formas distintas ao longo da história do direito brasileiro.

As duas primeiras Constituições Brasileiras, de 1824 e de 1891, tinham uma tendência individualista e liberal e por isso não tratavam muito do tema família. A primeira abordou apenas questões atinentes à família real e de forma bastante sucinta, em apenas 11 artigos. A segunda foi ainda mais concisa, tratando apenas do reconhecimento do casamento civil, dispensando ao assunto somente o art. 72, §4º; como decorrência da separação entre o Estado e a Igreja determinada pelo Decreto n. 119-A/1890.

Vale salientar, que o Decreto n. 181/1890, cujo autor foi Rui Barbosa, já determinava que apenas o casamento civil fosse reconhecido no Brasil. Esse Decreto tratou ainda de outras

⁴³AMARILLA, op. cit., p.43-44.

⁴⁴Ibid., p. 44.

questões atinentes ao casamento, tais como: formalidades, impedimentos, oposição, provas, efeitos, causas de nulidade e de anulação, posse de filhos e divórcio. Quanto ao divórcio é importante registrar que esse era responsável apenas por permitir a separação de corpos, seja por justa causa, seja por mútuo consentimento; mas não era capaz de dissolver o vínculo conjugal⁴⁵.

Sob a égide da Constituição Brasileira de 1891, editou-se o Código Civil de 1916 que vigorou até o Código Civil de 2002, o qual entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003. O CC/16 praticamente reproduziu o Decreto n. 181, tendo como diferença: o fato de substituir a expressão divórcio por desquite, já que se tratava apenas da separação de corpos e não da dissolução do vínculo conjugal; e o reconhecimento apenas da família tradicional, matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonialista e que buscava a perpetuação genética.⁴⁶

Silmara Domingues Araújo Amarilla⁴⁷ esclarece que:

[...] a sociedade sobre a qual recai o conteúdo normativo do Código de 1916 ainda era basicamente rural, desempenhando a família de então um papel ainda de produção e mecanismo garantidor dos meios de sobrevivência do grupo doméstico. (...) exercia o homem o papel de direção, administrando os bens comuns e exercendo o direito de determinar até mesmo o domicílio do casal e, portanto, da família. À mulher competia o desempenho das funções de esposa e mãe, permanecendo subserviente à figura de procriadora e cuidadora, pesando-lhe ainda sobre os ombros a castração social, jurídica e moral – garantia e salvaguarda de sua pureza e retidão.

Logo, não havia isonomia entre a esposa e o marido, e entre a mãe e o pai; os filhos eram considerados objetos e não sujeitos de direito; a família era criada exclusivamente pelo matrimônio entre uma mulher e um homem, e tinha um objetivo eminentemente patrimonial e de perpetuação genética.

Era prevista uma estrutura familiar hierarquizada, em que o homem era o chefe da família; e como tal, exercia de forma exclusiva o poder sobre seus filhos, por meio do pátrio

⁴⁵Ibid., p. 44-45.

⁴⁶Ibid., p.45.

⁴⁷Ibid., p.45.

poder; o qual lhe garantia o direito de determinar a vida dos filhos, podendo fazer inclusive escolhas por eles, como no que tange a profissão que seguiriam e com quem se casariam.

O CC/16 diferenciava os filhos concebidos na constância do casamento, os quais eram chamados de legítimos; dos adulterinos, dos naturais, dos incestuosos e dos espúrios, que eram considerados ilegítimos. Havia ainda uma diferença de tratamento entre os filhos biológicos e os adotivos.

No que concerne ao aspecto patrimonialista, a família tradicional visa à manutenção do patrimônio dentro de um mesmo núcleo familiar, dessa forma o CC/16 dispensava tratamento discriminatório aos filhos não oriundos do matrimônio. Assim, a princípio, o direito à herança cabia apenas aos filhos biológicos advindos do matrimônio; e mais tarde passou-se a dar algum direito aos filhos adotivos e aos biológicos originados fora desse cenário. Segundo Silmara Domingues Araújo Amarillha⁴⁸:

O timbre patrimonialista do modelo tradicional de família era igualmente identificado a partir do tratamento assimétrico dispensado à prole dita legítima e ilegítima (...). Os filhos concebidos no âmbito desses consórcios informais, diante da ausência da legitimidade da relação mantida por seus pais, eram penalizados não só sob o aspecto patrimonial – deixando de ser-lhes assegurada qualquer assistência material, tampouco, o direito de herança -, mas também do ponto de vista afetivo, negando-lhes frequentemente seus ascendentes a própria condição filial. Situava-se, pois, a prole reputada ilegítima em uma espécie de limbo afetivo, notadamente sob a frente paterna.

Percebe-se que o Código Civil de 1916, reconhecia e defendia apenas a família tradicional; e seu caráter patrimonialista, patriarcal e com fim reprodutivo; o que perdurou mesmo depois da CRFB/88. Foram necessários cerca de 14 anos desde a promulgação da CRFB/88, para que esse diploma legal fosse finalmente substituído pelo Código Civil de 2002.

Maria Berenice Dias⁴⁹ ensina que:

O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia estrita e discriminatória visão de família, limitando-a ao casamento. Impedia sua

⁴⁸Ibid., p. 42.

⁴⁹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p32.

dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa de preservação do casamento.

A Constituição de 1937 mais uma vez tutelou apenas a família tradicional, mas trouxe como inovação, a possibilidade de os filhos naturais serem reconhecidos e elevados ao mesmo status dos filhos ditos legítimos, como prevê o art. 126,⁵⁰ *in verbis*: “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.”

A Constituição de 1937 foi responsável ainda, por determinar os deveres parentais em relação à prole; e por configurar o abandono moral, físico ou intelectual dos filhos crianças e adolescentes como falta grave;⁵¹ nos termos do art. 127⁵².

Na esfera infraconstitucional, houve uma evolução nesse período no que tange ao tratamento dispensado à família e à parentalidade, com a edição da Lei n. 3.200 de 1941; posteriormente alterada pelo Decreto-Lei n. 5.213 de 1943, que determinou que, *in verbis*: “o filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconhecerem, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse no menor”.

O Decreto-lei n. 4.737/42⁵³, posteriormente regulado pela Lei n. 883/49⁵⁴, determinava que os filhos havidos fora do matrimônio somente poderiam ser reconhecidos,

⁵⁰AMARILLA op. cit., p.47.

⁵¹Ibid., p. 48.

⁵²BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016. “Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.”

⁵³BRASIL. Decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016. “Art. 1º: O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação.”

⁵⁴BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016. “Art. 1º: Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a

por qualquer dos cônjuges, após a dissolução da sociedade conjugal; e ainda dispensava tratamento desigual e discriminatório no que tange às questões patrimoniais, considerando a origem da relação de parentalidade entre mãe, pais e filhos⁵⁵. Dessa forma, filhos biológicos havidos fora do matrimônio, filhos adotivos e filhos adulterinos, por exemplo, não teriam os mesmos direitos à assistência material e à herança que os filhos biológicos advindos do matrimônio.

As Constituições de 1946 e de 1967 ratificaram a indissolubilidade do vínculo matrimonial, previram o matrimônio como a única forma legítima de originar a família, e reconheceram os efeitos civis do casamento religioso,⁵⁶ nos termos dos artigos 163, da CF de 1946 e 167, da CF de 1967.⁵⁷

A Lei n. 883 de 1949 determinou que todos os filhos advindos de relações extramatrimoniais poderiam ser reconhecidos, desde que houvesse a mudança de *status* da sociedade conjugal do ascendente pela morte, pelo desquite ou pela anulação do matrimônio, nos termos do art. 1º, *in verbis*: “Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer

qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se declare a filiação.”

⁵⁵BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016. “Art. 2º: O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.”

⁵⁶AMARILLA op. cit., p.48-49.

⁵⁷BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016. “Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. § 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.”

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente. § 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.”

dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e ao filho a ação para que se lhe declare a filiação”.⁵⁸

A Lei n. 4.121 de 1962, conhecido como Estatuto da Mulher Casada, foi responsável por devolver a capacidade à mulher casada; que até então tinha sua capacidade civil limitada pelo matrimônio; tendo, por exemplo, que pedir autorização ao marido para trabalhar; além de deferir-lhe bens reservados, e garantir-lhe a propriedade dos bens por ela adquiridos como fruto de seu trabalho.

A EC n. 9/77 e a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), alterando a Lei n. 883 de 1949, facilitou a dissolução da sociedade matrimonial, o que certamente mitigou seu papel absoluto e hegemônico no estabelecimento das relações parentais e de suas consequências sociais e jurídicas. Trata-se da primeira lei que permitiu que qualquer dos genitores, mesmo que casado, reconhecesse eventuais filhos extramatrimoniais; o que poderia ser feito apenas por testamento cerrado. Determinou também, o tratamento isonômico entre os filhos consanguíneos, independente de sua origem.

Em 1984, sobreveio a Lei n. 7.250, responsável por modificar a Lei n. 883/49⁵⁹ de forma a permitir que o cônjuge que estivesse separado de fato, há pelo menos cinco anos contínuos, pudesse reconhecer os filhos havidos fora do casamento.⁶⁰

No ano de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual certamente é o marco no que tange ao tratamento jurídico brasileiro dispensado à família e a parentalidade, tendo em vista principalmente o disposto em seus artigos 226, §§3º a 5º e 227, §6º⁶¹ e pelo fato de fundamentar-se no princípio da dignidade humana.

⁵⁸AMARILLA, op. cit., p.49.

⁵⁹BRASIL. Lei n. 7.250, de 14 de novembro 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7250.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1º: O art. 1º, da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, é acrescida do seguinte §2º, transformando-se em 1º o atual parágrafo único: [...] §2º Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos.”

⁶⁰AMARILLA, op. cit., p.50-51.

⁶¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 226. A família,

Pela primeira vez, todos os filhos independentes de sua origem, passaram a ter tratamento isonômico em todos os aspectos; passou-se a tratar mulheres e homens de forma igualitária; e a família tradicional matrimonializada deixou de ser a única forma de constituir uma família.⁶²

Gustavo Tepedino⁶³ pondera que a CRFB/88:

[...] consagrou, em definitivo, uma nova tábua de valores no ordenamento jurídico brasileiro. O pano de fundo dos polêmicos dispositivos em matéria de família pode ser identificado na alteração do papel atribuído às entidades familiares e, (...), na transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve na base do sistema. (...) do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (...) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Observa-se que a CRFB/88 foi inovadora ao afastar a exclusividade da família tradicional, como sendo o único modelo familiar reconhecido e tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro; ao dispensar tratamento isonômico às mulheres e aos homens; ao atribuir aos filhos a condição de sujeitos de direito, e não mais de objetos de direitos; por estabelecer igualdade de tratamento entre os filhos, independente de sua origem; além de colocar o indivíduo em uma posição preponderante em relação à família, estabelecendo que essa deixa de ser um fim em si mesma, e passa a ser um meio para o desenvolvimento de seus integrantes. Nesse sentido Maria Berenice Dias⁶⁴ ensina que a CRFB/88:

Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre homem e

base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação[...].”

⁶²AMARILLA, op. cit., p.51.

⁶³TEPEDINO, apud AMARILLA, op. cit., p.53.

⁶⁴DIAS, op. cit., p. 32.

mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derrogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.

Seguindo os novos ditames estabelecidos pela CRFB/88 foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, Lei n. 8.069/90, que determinou em seus artigos 4º, 20 e 21⁶⁵ que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir às crianças e aos adolescentes o respeito ao direito que eles têm à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à cultura; que não deve haver mais qualquer forma de tratamento discriminatório em relação aos filhos, tendo em vista sua origem; que o poder familiar, em substituição a antigo pátrio poder, deve ser exercido de forma isonômica pela mãe e pelo pai.⁶⁶

Importante apontar que a Lei n. 12.010/09 responsável por alterar o art. 25, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁷, estabelece que família não é apenas aquela originada da conjugalidade, mas também, a advinda dos laços afetivos; legitimando mais uma vez a possibilidade jurídica de reconhecimento e tutela da parentalidade socioafetiva.

Em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigor o novo Código Civil em substituição ao de 1916. Entretanto, é um código que de certa forma já nasceu velho, pois seu projeto original é de 1975, antes mesmo da Lei do Divórcio que é de 1977. Assim, acabou por sofrer inúmeras

⁶⁵BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”

⁶⁶AMARILLA, op. cit., p.52.

⁶⁷BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”

modificações para se adequar aos novos paradigmas impostos pela CRFB/88, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade humana, que deve nortear todo o sistema jurídico nacional.⁶⁸

Ressalta-se que o CC/02 reconheceu que o parentesco não se origina apenas das relações de consanguinidade e que os direitos oriundos da filiação independem de sua origem.⁶⁹

Maria Berenice⁷⁰, no que tange à família e à parentalidade no contexto pós-CRFB/88, entende que:

Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos, como as referências desiguais entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal, etc.

Em 2006, foi editada a Lei Maria da Penha, Lei 11.340⁷¹, que visa a proteger as mulheres contra a violência doméstica e familiar que lhes causa morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano físico, moral ou patrimonial; das quais tantas foram e ainda são vítimas dentro de seus próprios lares brasileiros. Trata-se de uma lei que seria impensável há algumas décadas, tendo em vista a sociedade brasileira que ainda é misógina e violenta, mas que já foi infinitamente mais.

⁶⁸ DIAS, op. cit., p.33.

⁶⁹ AMARILLA, op. cit., p.53.

⁷⁰ DIAS, op. cit., p.33.

⁷¹ A Lei Maria da Penha traz esse nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, a qual foi vítima de violência doméstica, perpetrada por seu marido por cerca de seis anos, que após mais de uma tentativa de assassiná-la, acabou por deixá-la paraplégica; e como tantas mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, que sentem medo, vergonha e até culpa pelo que sofrem; denunciou o marido que a agredia, apenas após a segunda tentativa de assassinato, por eletrocussão e afogamento. Ele então foi julgado, e condenado à pena de reclusão por 19 anos, tendo cumprido apenas dois em regime fechado. Maria da Penha, inconformada com o descaso da sociedade e do Estado, em conjunto com o Centro de Justiça pelo Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) apresentou denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. O governo brasileiro, então, apenas após sofrer muita pressão por movimentos internos e internacionais que apoiavam os protestos contra as violações dos direitos de mulheres no âmbito doméstico, constituiu o pelo Decreto nº 5.030/03, um grupo de trabalho interministerial, cujos trabalhos resultariam na Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. – (LEISTER, Margareth Anne; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; ALVIM, Márcia Cristina de Souza (Org.) *Evolução dos direitos da mulher no Brasil a Lei Maria da Penha: comentários à Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Osasco: EDIFIEO, 2014).

A Lei Maria da Penha foi também responsável por ampliar o conceito de família, levando em consideração não apenas os laços consanguíneos, mas também os de afeto, em seu art. 5º, II, *in verbis*: “no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. Conclui-se que se trata de uma lei que prestigiou a vontade como meio para a formação dos vínculos familiares, admitindo a possibilidade de uma família ser também formada por afinidade, por afeto, e não apenas por vínculos biológicos e matrimoniais.⁷²

Outra lei que também evidenciou a grande mudança de perspectiva acerca das relações familiares trazida pela CRFB/88, é a Lei n. 11.924/09, conhecida como Lei Clodovil. Trata-se da lei responsável por acrescentar o §8º ao art. 57, da Lei de Registros Públicos⁷³, de forma a permitir que enteadas e enteados adotem os nomes de suas madrastas e padrastos nos casos em que existir um motivo relevante; sem que tenham que abrir mão do próprio apelido de família. Essa possibilidade demonstra a tendência que se tem de cada vez mais respeitar, valorar e proteger as relações advindas única e exclusivamente da vontade dos indivíduos, e do afeto que existe entre eles. Nesse sentido ensina Silmara Domingues Araújo Amarilla⁷⁴:

Desempenhando o nome papel relevante no processo de edificação identitária, uma vez que situa determinado indivíduo em determinado grupo familiar, o fato de este grupo se tornar com o tempo e diante das vicissitudes da vida mais amplo, complexo e multifacetado naturalmente implica uma transformação de seu significado e de seu lugar na ordem simbólica, encontrando-se, pois, o aludido regramento em estreita sintonia com a realidade da família contemporânea.

⁷²AMARILLA, op. cit., p.53.

⁷³BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (...) § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.”

⁷⁴AMARILLA, op. cit., p.54.

Por fim, vale destacar que de modo a manter a CRFB/88 atualizada e em consonância com as constantes mudanças pelas quais o Brasil passa nas mais variadas esferas, aplica-se a chamada mutação constitucional; por meio da qual é possível fazer uma releitura do texto constitucional à luz da sociedade brasileira no momento da sua interpretação.⁷⁵

A mutação constitucional, como ensina Anna Cândido da Cunha Ferraz⁷⁶ pode ser percebida quando: há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando sua abrangência para que possa alcançar novas realidades; imprime-se sentido determinado e concreto ao texto constitucional; modifica-se interpretação anterior, imprimindo-lhe novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; há a adaptação do texto constitucional à nova realidade social, que não existia no momento da elaboração da Constituição; preenchem-se, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

O exemplo mais emblemático da aplicação da mutação constitucional dentro do direito de família brasileiro foi certamente o julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, em que se permitiu o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar; por meio da releitura do art. 226, §3º, da CRFB/88.⁷⁷

2.2. Constitucionalização do direito civil decorrente da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi responsável por transformar significativamente e como nunca antes a visão que se tinha do direito privado; e, em especial, do direito de família no Brasil com a ideia de constitucionalização do direito civil.

⁷⁵MARTINS, Flávia Bahia. *Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2011, p.68.

⁷⁶FERRAZ, apud MARTINS, op. cit., p.68-69.

⁷⁷MARTINS, op. cit., p.69.

A CRFB/88 determinou a diversidade de modelos familiares e rompeu completa e definitivamente com a exclusividade do modelo de família tradicional. Estabeleceu que a família deve ser pautada na igualdade entre gêneros, proibindo qualquer diferença de tratamento entre a esposa e o marido, entre a mãe e pai, os quais passaram a ter os mesmos direitos e os mesmos deveres; o que levou à substituição do pátrio poder pelo poder familiar, que deve ser exercido igualmente pela mãe e pelo pai. Modificou também sobremaneira o tratamento dispensado aos filhos, os quais passaram a ser tratados como sujeitos de direitos e não mais como meros objetos de direitos; além de afastar qualquer classificação ou tratamento discriminatório entre eles, levando em consideração a sua origem. Nesse sentido, esclarece Silmara Domingos Araújo Amarilla⁷⁸:

O pendor humanista externado pela Constituição Federal de 1988 implicou o fenômeno de “constitucionalização do direito civil” (...), o que se pretendeu foi alocar o indivíduo como centro e cerne do sistema jurídico-positivo, sobrevalorizando o sujeito de direitos em relação ao objeto.

[...].

O impacto dessa matriz constitucional conferida à família e à experiência, vivência e exercício da parentalidade dialoga com a desvinculação das figuras paterna, materna e filial de uma estrutura rígida e preconcebida, ordenada pelos elos biológicos ou concebida artificialmente pelo emprego das presunções legais, partindo a identificação dos vínculos parentais daquilo que os qualifica em sua essência.

Assim, a CRFB/88 atribuiu à família uma função social diversa da que tinha a família tradicional de outrora, tutelada pelo CC/16, a qual visava eminentemente à perpetuação do patrimônio e dos genes. A partir de então, passou-se a reconhecer a família como um instrumento, um meio pautado no afeto; onde seus integrantes poderão se desenvolver, tendo sua dignidade e sua individualidade respeitadas; e não mais uma instituição tida como um fim em si mesma, que deveria se sobrepor aos seus integrantes.

Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza⁷⁹ ensinam que:

⁷⁸ AMARILLA, op. cit., p.66-67.

⁷⁹ BARBOZA, MORAES e TEPEDINO, apud AMARILLA, op. cit., p.63-64.

[...] reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil. Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida de que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através dos princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando consequentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando o sistema.

Necessário apontar que o CC/16 foi editado de modo a atender aos interesses da classe burguesa que visava afirmar e consolidar o regime capitalista; o qual, nos moldes da época, tinha como figura central o homem de negócios burguês, proprietário dos meios de produção, que era o elemento fundamental do capitalismo e que, era também o marido/pai, “proprietário” da família tradicional, a qual era a base de toda essa sociedade burguesa da época. A família tradicional, por sua vez, tinha a função de manter o poder da Igreja Católica; ao impor a religião católica e o modelo familiar tradicional a todo custo a todos os seus membros, de modo que esse sistema capitalista-burguês-católico nunca cessasse e se mantivesse sempre forte e intacto.

Nesse sentido, o CC/16 tornou-se uma espécie de “Estatuto da Vida Privada”, que pretendia regular e solucionar todas as questões decorrentes da vida particular das pessoas. Assim, a função do direito civil nesse contexto era garantir a estabilidade das relações econômico-privadas, e impedir a interferência do Estado na vida particular dos indivíduos, especialmente dentro de suas famílias.⁸⁰

Entretanto, com a promulgação da CRFB/88 e a colocação do ser humano no centro de todo o ordenamento jurídico brasileiro, por meio do princípio da dignidade humana; e a ideia da unidade do ordenamento jurídico, da hierarquia das fontes normativas e da supremacia da Constituição; tornou-se necessário que todo o ordenamento jurídico, incluindo

⁸⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.24.

o direito civil, passasse a ser interpretado e aplicado à luz da CRFB/88;⁸¹ como esclarece, Maria Celina de Bodin⁸²:

Daí cada dispositivo de legislação ordinária deve ser conforme aos princípios e às regras constitucionais, podendo, se os contraria, ser declarado ilegítimo (inconstitucional) e perder, assim, sua eficácia. Pelo princípio da supremacia constitucional, aos princípios constitucionais vincula-se o legislador ordinário, a quem incumbe a obrigação de proceder à formulação das normas atuantes daqueles princípios. Estão vinculados, também, evidentemente, o juiz, o interprete, os órgãos administrativos, o cidadão; enfim, todos os operadores e destinatários do direito.

Importante ressaltar que após as atrocidades com as quais a humanidade se deparou durante a Segunda Guerra Mundial e o Regime Nazista, percebeu-se que esse tipo de situação inadmissível pode ocorrer “legalmente”, como decorrência da aplicação do sistema positivista. Dessa forma, passou-se a defender que o sistema jurídico deve se basear em valores, como ocorre no sistema pós-positivismo.

Assim, mostrou-se necessário que a Constituição apresentasse não apenas procedimentos, formalidades que validem a edição das normas infraconstitucionais, mas também valores, princípios que norteiem todo o ordenamento jurídico.⁸³ Nesse sentido, Maria Celina de Bodin⁸⁴ esclarece, baseando-se nos ensinamentos de Paula Bonavides que:

A criação de um sistema que funciona não apenas mediante operações lógicas e procedimentais (e como tal tendencialmente imutáveis, a-históricas e neutras), próprias de um contexto fechado em si mesmo e formalista, mas, dizia, a criação de um sistema aberto que postula como eixo normativo central o Texto Maior, cujos princípios consubstanciam valores não passíveis de interpretação puramente lógico-formal, exigindo, mais além, permanente interação entre o sistema jurídico e o ambiente social.

Dessa forma, é necessário que todo o ordenamento jurídico brasileiro seja criado, interpretado e aplicado seguindo os princípios constitucionais. Nesse cenário surge o chamado direito civil-constitucional, no qual não há mais espaço para que se considere um direito civil

⁸¹Ibid., p. 26.

⁸²Ibid., p. 26.

⁸³Ibid., p. 27-28.

⁸⁴Ibid., p. 27.

isolado, decorrente da contraposição: direito público x direito privado, como ocorria antes da CRFB/88.⁸⁵

Essa substancial mudança de paradigma, em que o eixo central do direito privado, saiu do Código Civil e mudou-se para a CRFB/88, alterou por completo todo o direito civil brasileiro e, em especial, o direito de família. Logo, a constitucionalização do direito de civil é responsável por colocar a pessoa humana no centro de todo ordenamento jurídico; e com muito mais razão, no centro da família, fazendo com que essa perdesse definitivamente seu status de fim em si mesma.

2.3. Democratização da família decorrente da constitucionalização do direito civil

A CRFB/88 rompe completamente com a desigualdade familiar ao estabelecer a absoluta isonomia entre os cônjuges, em seu art. 226, §5º⁸⁶; ao determinar que crianças e adolescente são sujeitos de direito, que ocupam a posição central dentro da família e que devem ser tratadas com absoluta prioridade, e ao proibir qualquer forma de discriminação entre os filhos, nos termos do art. 227, *caput*, §§4º e 6º⁸⁷; e ao ampliar a forma de organização familiar, possibilitando, por exemplo, a união entre homossexuais, conforme art. 226, *caputl*, §§3º e 4º⁸⁸.

⁸⁵Ibid., p. 28-29.

⁸⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017. “Art. 226, § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

⁸⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

⁸⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017. “Art. 226, § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar,

Nesse novo cenário, ocorre o fenômeno da democratização da família, que rompe com a desigualdade inerente à família tradicional; em que se considerava que os homens eram melhores que as mulheres, que a mãe e o pai tinham mais importância que os filhos, e que os heterossexuais tinham mais valor que os homossexuais.

A democratização da família implica, ao contrário do que prega a família tradicional, que haja igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão por meio da comunicação, proteção contra a violência. Trata-se de uma família em que há igualdade emocional e sexual, direitos e deveres mútuos, guarda compartilhada, co-parentalidade, autoridade negociada sobre os filhos, obrigações das mães e dos pais para com os filhos, e desses para com suas mães e pais, e integração social.⁸⁹ Logo, a família democrática é uma família em que a dignidade de seus integrantes é respeitada, incentivada e tutelada⁹⁰.

Além de promover a igualdade dentro da família, a CRFB/88 também trouxe a liberdade para a esfera familiar ao possibilitar a dissolução do casamento pelo divórcio direto e sem culpa, conforme art. 226, §6º⁹¹; e a solidariedade, ao garantir a assistência mútua entre os membros da família, prevista no art. 229⁹², bem como a assistência a cada membro, conforme art. 226, §8º⁹³.⁹⁴

devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

⁸⁹GIDDENS, apud MORAES, op. cit., p. 213.

⁹⁰MORAES, op. cit., p.214.

⁹¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017. “Art. 226, § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

⁹²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017. “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

⁹³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017. “Art. 226, § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

⁹⁴MORAES, op. cit., p.215.

Tutelando a igualdade, o CC/02 trouxe os artigos 1.511, 1.565, 1.567 e 1.631⁹⁵, que tratam da isonomia entre os cônjuges; e o artigo 1.596⁹⁶, que trata da igualdade de tratamento em relação aos filhos.⁹⁷

Nesse sentido, a liberdade no âmbito da família pós-CRFB/88 é indispensável à individualização, à autonomia, à autenticidade e à independência de cada membro; sendo a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio, a mais relevante expressão dessa liberdade; que durante longo período da história foi negada, ou bastante dificultada aos cônjuges; seja pela sociedade, seja pelo próprio ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Maria Celina de Bodin⁹⁸ ensina que:

A superação da visão institucional de família, já referida, e a crescente valorização os direitos fundamentais da pessoa humana ensejam a proteção cada vez mais ampla na esfera individual, em detrimento de ultrapassadas “razões de família”. Visa-se agora à satisfação de exigências pessoais capazes de proporcionar o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da família, encarada, assim, como uma formação social de natureza instrumental, aberta e democrática.

Nessa realidade de democratização da família, é editado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90; que é responsável por garantir também a liberdade das crianças e dos adolescentes; especialmente em seus artigos 15, 16, 17, e 142, § único⁹⁹, determinando

⁹⁵BRASIL. Código Civil de 2.002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017. “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses. Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.”

⁹⁶BRASIL. Código Civil de 2.002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017. “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

⁹⁷MORAES, op. cit., p.217.

⁹⁸Ibid., p. 218.

⁹⁹BRASIL. Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017. “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e

que o poder familiar deve ser exercido respeitando a autonomia individual característica da condição de pessoas humanas em desenvolvimento.¹⁰⁰

Também no que se refere ao direito de crianças e adolescente na esfera familiar, há de se ressaltar que o poder familiar é um poder-dever que deve ser exercido de modo a atender aos interesses e necessidades dos filhos e não mais dos pais, ou mais especificamente do pai, como acontecia com o pátrio poder estabelecido pelo CC/16; o que é garantido pela doutrina da proteção integral e pelo princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, preconizados pela CRFB/88, os quais serão tratados com mais cuidado no próximo capítulo.

A solidariedade é tratada pelo CC/02 em seus artigos 1.566, 1.567, 1.698, 1.700, 1.707, 1.724¹⁰¹, os quais tratam dos alimentos entre os cônjuges e em relação aos filhos, da direção conjunta da sociedade conjugal e dos deveres dos cônjuges.¹⁰²

Uma questão relevante decorrente do princípio da solidariedade é o direito de visita a ser exercido não apenas pela mãe e pelo pai; mas também por outras pessoas com que a

expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação. Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual. Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.”

¹⁰⁰MORAES, op. cit., p.219.

¹⁰¹BRASIL. Código Civil de 2.002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017. “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses. Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694. Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

¹⁰²MORAES, op. cit., p.219.

criança e o adolescente têm relação afetiva, como avós, ex-madrastas, ex-padrastos, irmãos unilaterais e irmãos ditos “políticos”, que são os filhos da madrasta ou do padrasto com quem a criança ou o adolescente morou.¹⁰³

A constitucionalização do direito civil e a conseqüente democratização da família também trouxe o reconhecimento da diversidade familiar, ou seja, possibilitou o rompimento com a ideia preconceituosa e anacrônica de que existe apenas um modelo de família, qual seja o modelo tradicional criado pelo matrimônio entre uma mulher e um homem.

Nesse sentido, a CRFB/88 apresenta um rol exemplificativo de estruturas familiares, possibilitando assim; que diversas configurações sejam capazes de constituir uma família, e não apenas o matrimônio entre uma mulher e um homem. Logo, não apenas as famílias tradicionais, mas também as uniões estáveis, as famílias recompostas, as monoparentais, as concubinas, as homoafetivas, as provenientes da adoção de adultos, dentre outras devem ser reconhecidas e tuteladas pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹⁰⁴

Cabe reafirmar que com a CRFB/88, a família perdeu seu valor intrínseco e se transformou em um meio onde seus membros se desenvolvem, e que deve ser reconhecida pelo seu conteúdo e não mais pela sua forma, como esclarece Maria Celina Bodin¹⁰⁵:

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à “estrutura” familiar – pense-se no ato formal do casamento – foi substituída, em consequência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao “conteúdo” ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela forma, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo e convivência afetiva entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer de sexos diferentes.

Assim, há de se reconhecer uma pluralidade de estruturas familiares, em que nenhuma deve prevalecer ou ser julgada mais legítima que a outra; pois o que importa é que se trate de um ambiente de afeto e solidariedade, onde as crianças e os adolescentes crescem e

¹⁰³Ibid., p. 219-220.

¹⁰⁴Ibid., p. 221.

¹⁰⁵Ibid., p. 223.

se desenvolvem recebendo apoio material e emocional, e em que todos os membros progridem, respeitam-se e se apoiam mutuamente.

No que tange à parentalidade, o raciocínio deve se dar no mesmo sentido; assim, se há uma diversidade de estruturas familiares, e o centro da família é a pessoa humana, e não mais a instituição em si; lógico poder afirmar que as relações de parentalidade também podem originar-se das mais variadas formas, e não apenas dos vínculos biológicos advindos do matrimônio. Assim, se as relações familiares podem originar-se de uma pluralidade de estruturas familiares, as relações de parentalidade, por conseguinte, também seguirão essa diversidade. Ideia que encontra respaldo em todo o arcabouço de princípios constitucionais, notadamente o da dignidade humana, que baliza e norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro; e o do afeto que tem preponderância dentro do direito de família.

Seguindo esse entendimento, merece destaque dentro do direito de família constitucional e da família democrática, a ideia de que não apenas o ser humano é o centro do ordenamento jurídico e da família; mas a de que dentre essas pessoas centrais, as que têm prevalência, e ocupam a posição de absoluta prioridade são as crianças e os adolescentes, tanto no ordenamento jurídico como um todo, e com ainda mais razão dentro da família e do direito de família.

Assim, se os membros de uma família inserida nessa pluralidade de estruturas possíveis são aqueles que merecem todo o reconhecimento e tutela, independente da estrutura familiar em que se inserem; no centro dessas pessoas protegidas, com maior importância e com absoluta preponderância, estão as crianças e os adolescentes, na condição de filhos. Portanto, não importa qual a origem dessa condição de filho, e da correspondente relação de parentalidade; o que se deve considerar sempre, pura e simplesmente, é a existência da relação de afeto que une mães, pais e filhos, dentro dessa diversidade de estruturas familiares; sendo completamente irrelevante a origem desse vínculo.

2.4. Princípios constitucionais aplicados na solução das demandas resultantes das relações de parentalidade socioafetiva

A CRFB/88 foi responsável por prever princípios que devem ser observados na edição, na interpretação e na aplicação de todo o ordenamento jurídico brasileiro; e esses princípios foram responsáveis por mudar completamente a visão que se tinha de família e das relações de parentalidade.

Entretanto, o legislador brasileiro até hoje não se ocupou de criar leis que reconheçam e tutelem a parentalidade socioafetiva de forma clara e efetiva; embora se trate de uma realidade familiar já consolidada na sociedade brasileira, que decorre da pluralidade de arranjos familiares que surgem da evolução social; e que deve ser salvaguardada pela legislação infraconstitucional, tendo em vista que é protegida pela CRFB/88, como esclarecido nos primeiros itens deste capítulo.

Nesse sentido, a solução encontrada pelo poder judiciário brasileiro para dirimir as questões decorrentes da parentalidade socioafetiva que lhe são apresentadas e que carecem de legislação é se valer das ideias já tratadas de constitucionalização do direito de família e de democratização da família; aplicando os princípios constitucionais que protegem essas relações, os quais serão tratados a seguir, em consonância com o que determina o art. 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁰⁶, *in verbis*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”.

2.4.1. Princípio da dignidade humana

¹⁰⁶BRASIL. Decreto-Lei n.4.657, de 04 de Setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

O princípio da dignidade humana é especialmente relevante no que tange ao direito de família; pois ele determina que, seguindo a filosofia kantiana, o ser humano seja sempre tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio ou um instrumento. Dessa forma, todos os membros de uma família devem ser respeitados como pessoas humanas que são, e nunca subjugados em prol da instituição familiar, como ocorria antes da CRFB/88, com a família tradicional. Assim, esse princípio afasta completamente qualquer possibilidade de que a família seja tida como um fim e que seus integrantes sejam tratados como um meio para que ela se mantenha intocável e imutável.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁷ qualifica a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o fez merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos de sua própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Esse princípio deve ser visto sob dois aspectos complementares: o endógeno ao organismo familiar, que visa proteger os mais frágeis da relação, que são em regra, as crianças, os adolescentes, os idosos e muitas vezes as mulheres, como dispõem os artigos 227 e 230, da CRFB/88¹⁰⁸; e o exógeno ao organismo familiar, que se refere ao dever do Estado e da sociedade de reconhecer que o princípio da dignidade humana é inerente à simples condição de ser humano; e que, dessa forma, não é possível que haja qualquer tipo de discriminação dentro do ambiente familiar; sendo necessário que sejam atendidas as

¹⁰⁷SARLET, apud AMARILLA, op. cit., p. 79-80.

¹⁰⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

necessidades daqueles que se mostram mais vulneráveis, de modo que lhes sejam garantido o direito de terem uma vida digna e plena.¹⁰⁹

A partir da previsão constitucional do princípio da dignidade humana a família e o indivíduo trocaram de papéis, e como consequência dessa fundamental mudança de paradigma quanto à função social da família; aquela que outrora era tida como fim, passa a ser o meio; e aquele que antes era tratado como meio, assume o lugar de fim; sobre o que Rolf Madaleno¹¹⁰ reflete:

Na verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade humana da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.

Trata-se de um princípio responsável por garantir que tanto o Estado, quanto a própria sociedade, respeitem cada integrante de cada família; independente de serem os laços que os unem, matrimoniais, biológicos ou de afeto; e da posição ou função que cada um ocupa dentro naquele núcleo familiar; como conclui Silmara Domingues Araújo Amarilla¹¹¹:

[...]o prestígio constitucional à dignidade humana repercute no campo da parentalidade de duas maneiras distintas, traduzindo tanto um compromisso familiar quanto um compromisso social e estatal, mas sobretudo, realça a preponderância da vocação social da família (funcionalização do instituto) sobre qualquer moldura que poderia lhe servir de referência, sobrevalorizando cada integrante do núcleo familiar como protagonista de sua própria história e todos em conjunto, como partícipes da história da família contemporânea.

Assim, o princípio da dignidade humano mudou de forma profunda e definitiva o direito de família brasileiro, pois retirou o foco da família por si só, e passou a olhar e a priorizar os indivíduos que a integram. Logo, o que se pretende hoje é que a família seja o meio, o ambiente em que os indivíduos ligados não apenas por vínculos matrimônios ou

¹⁰⁹AMARILLA, op. cit., p. 81-82.

¹¹⁰MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 50.

¹¹¹AMARILLA, op. cit., p. 82.

biológicos; mas também, e principalmente, por laços afetivos; possam se desenvolver, a fim de atingir todo o seu potencial e sua felicidade, tendo sempre respeitada a sua dignidade.

É dentro dessa realidade que a parentalidade socioafetiva se insere, merecendo o reconhecimento e o mesmo tratamento da parentalidade biológica, pois o foco deve ser a pessoa humana; e, em especial, a criança ou adolescente que integra essa relação de afeto; e não a forma pela qual esses laços se constituem.

2.4.2. Doutrina da proteção integral e princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

A CRFB/88, como já esclarecido, foi responsável por romper completamente com a visão que se tinha das crianças e dos adolescentes, os quais eram tratados como objeto de direito até então. Essa mudança se deu por meio da adoção da chamada doutrina da proteção integral de crianças e adolescente, a qual é expressamente prevista no art. 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹².

A Doutrina da proteção integral certamente representa um enorme avanço no que tange à proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Ela é baseada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; e tem ainda como referência, outros documentos internacionais, tais como: Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing - Res. 40/33 de 29 de novembro de 1985; as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil - Diretrizes de Riad, de 1º de março de 1988; e a Convenção sobre o Direito da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas,

¹¹²Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017. “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

realizada em 20 de novembro de 1989 e aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990.¹¹³

Assim, a CRFB/88 passou a proteger e a atribuir direitos a todas crianças e adolescentes, que devem ser respeitados por sua família, pela sociedade e pelo Estado; e a prever deveres desses para com aqueles, como determina o seu art. 227¹¹⁴, bem como o art. 4º do ECA¹¹⁵.

Nesse novo contexto, está o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual visa à proteção dessas pessoas que se encontram em uma posição especial de certa vulnerabilidade dentro do ambiente familiar e da sociedade em geral; tendo em vista sua condição de indivíduos em desenvolvimento, e a relação de dependência material e emocional que têm em relação aos adultos.

Nesse sentido, Silmara Domingues Araújo Amarilla¹¹⁶ esclarece que:

[...] a envergadura constitucional conferida à primazia dos direitos e interesses de crianças e adolescentes reconhece, de maneira indelével, a personalidade jurídica do ser humano, desde seus mais tenros anos, independente de sua capacidade jurídica para exercer seus direitos e fazer valer seus interesses por si mesmo, em manifestação eloquente dos avanços do Direito de Família rumo à sua própria e particular humanização.

O princípio do melhor interesse, mais uma vez rompe profundamente com o modelo de família tradicional em que havia a inquestionável hierarquia paterna e a subjugação dos

¹¹³A Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas (Comentários ao art. 143, do ECA). Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1222>>. Acesso em: 27 de abr. de 2017.

¹¹⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

¹¹⁵Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017. “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

¹¹⁶AMARILLA, op. cit., p. 99.

filhos menores de idade à condição de objetos de direito, que deviam obediência ao “seu chefe familiar”, como pondera Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹¹⁷:

Assim, e porque as relações interparentais têm sido moldadas muito mais sobre um patamar igualitário do que sob uma torre de poder, exclusivamente, convivem mais produtivamente os mais velhos e os mais jovens, cada um deles tendo muito o que ensinar ao outro reciprocamente, fazendo com que as relações hierárquicas, antes baseadas na obediência cega aos modelos de repetição tradicional, cedam espaço para os novos paradigmas norteadores das relações parentais no seio da família contemporânea, como o afeto, o amor, a cooperação, a mútua proteção e a sadia cumplicidade entre seus membros.

A CRFB/88 traz o princípio do melhor interesse de crianças e adolescente em seus art. 6º e 227¹¹⁸, os quais determinam que compete ao Estado garantir que os direitos das crianças e dos adolescente sejam observados com absoluta prioridade.

Silmara Domingues Araújo Amarilla¹¹⁹ esclarece que:

A proteção assegurada pela Carta Federal de 1988 à criança e ao adolescente, absorvendo garantias já consagradas por instrumentos internacionais com a Declaração sobre Direitos da Criança (1959), mira o pleno desenvolvimento da personalidade de seres humanos que se encontram em processo de formação, tutelando-lhes a integral fruição de seus direitos e salvaguarda de seus interesses. Implica, igualmente, o dever do Estado de prover a família dos meios necessários para o desempenho de uma de suas mais relevantes atribuições: de núcleo primário de proteção dos infantes e agente facilitador de seu desenvolvimento.

Trata-se de um princípio extraído do direito anglo-saxão, o qual prevê o *the best interest of child*; segundo o qual, para que o juiz decida sobre uma questão que envolva uma criança ou um adolescente ele deverá sempre, obrigatoriamente, analisar a situação fática em que o menor de idade está inserido; o que será feito por meio de estudo psicossocial realizado por integrantes do corpo técnico do juízo; e decidir de modo que seus interesses prevaleçam sobre quaisquer outros, inclusive sobre os de sua mãe e de seu pai.¹²⁰

¹¹⁷HIRONAKA, apud AMARILLA, op. cit., p. 97.

¹¹⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

¹¹⁹AMARILLA, op. cit., p. 95.

¹²⁰TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas Relações Homoafetivas*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 98.

Dessa forma, o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes deverá sempre nortear as decisões judiciais atinentes a eventuais conflitos entre parentalidade biológica e parentalidade socioafetiva. Nesses casos, o melhor interesse da criança ou do adolescente envolvido deverá sempre prevalecer, ainda que isso signifique a prevalência da parentalidade socioafetiva em detrimento da biológica; ou mesmo a concomitância de ambas, no caso de multiparentalidade, que será tratada mais a frente.

Observa-se, portanto, que a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse de crianças e adolescente foram responsáveis por colocar as crianças e os adolescentes na posição de protagonistas absolutos no cenário familiar.

Assim, o modelo tradicional de família, caracterizado pelo patriarcalismo e pela estrutura hierarquizada na qual os filhos encontravam-se na base; devendo se submeter aos interesses e às vontades do patriarca, que exercia a chefia da família pelo pátrio poder; foi substituído por um modelo circular, em que os filhos passaram para a posição central e as mães e os pais foram transferidos para uma posição periférica; de forma a poderem conter e proteger, de forma isonômica, a sua prole. Como consequência dessa importante mudança, ocorreu uma relevante reestruturação do ambiente jurídico-familiar, de forma a garantir às crianças e aos adolescentes a proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado,¹²¹

Dessa forma, a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse de crianças e adolescente modificaram mais um fundamento da família tradicional, ao atribuir aos filhos menores de idade a condição de sujeitos de direito, e ao colocá-los em posição central e prevalente dentro da família e do ordenamento jurídico; o que indica que no caso de existência de parentalidade socioafetiva, essa deverá ser reconhecida, a fim de proteger os interesses das crianças e adolescente envolvidos; sendo possível, inclusive, que essa prevaleça

¹²¹Ibid., p. 95-96.

sobre a biológica; ou ainda, que ambas coexistam, configurando a multiparentalidade; caso assim se atenda de forma mais efetiva e satisfatória ao interesse do menor de idade em questão.

2.4.3. Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade é um dos mais importantes no que tange especificamente ao direito de família, por ser, como coloca Silmara Domingos Araújo Amarilla “[...] uma verdadeira rede arterial por onde energia afetiva fluirá”. A solidariedade é um pressuposto para que haja relações interpessoais no ambiente familiar; pois é por meio dela, que os integrantes de uma família exercem e demonstram a afetividade que os une.¹²²

A CRFB/88 prevê o princípio da solidariedade em seu artigo 3º, inciso I,¹²³ determinando que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade solidária. No que tange especificamente ao direito de família, trata-se de um princípio previsto expressamente nos artigos 1.511 e 1.566, inciso III, ambos do Código Civil Brasileiro¹²⁴, os quais determinam que o casamento é uma comunhão plena de vida e que há dever de mútua assistência entre os cônjuges, dever este que se estende aos companheiros em uma união estável.¹²⁵

A solidariedade, no que concerne à parentalidade, manifesta-se no dever de mútua e recíproca assistência material, moral e emocional entre mães, pais e filhos. Quanto ao fato da

¹²²Ibid., p. 84.

¹²³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

¹²⁴BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.”

¹²⁵MADALENO, op. cit., p. 98-99.

solidariedade não ser apenas material, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos Santos¹²⁶ esclarece:

a recíproca prestação de cuidados, atenção, colaboração e apoio de ordem física e moral nas fases críticas, ocasionadas por enfermidades, pela idade avançada, por questões de caráter familiar, profissional, financeiro, como também, nos momentos felizes do cotidiano, ligados, por exemplo, ao trabalho, à educação dos filhos e à vida social.

Trata-se, portanto, de um dever de cuidado recíproco visando ao desenvolvimento pessoal de mães, pais e filhos; considerando as vulnerabilidades e as potencialidades de cada um; pela mitigação do individualismo e pelo respeito à função social das relações parentais.¹²⁷

No mesmo sentido são os ensinamentos de Flávio Tartuce¹²⁸:

Destaca-se que a solidariedade não é somente patrimonial, mas também moral, sexual, social, afetiva, espiritual e psicológica. O princípio da solidariedade familiar implica respeito e consideração mútuos nos relacionamentos entre os membros da família. Como decorrência lógica desse espírito de solidariedade, surge o afeto, apontando atualmente como o principal fundamento das relações familiares.

A solidariedade traz a ideia de alteridade, tendo em vista que implica reconhecer o outro como um sujeito de direitos e merecedor do dever de cuidado¹²⁹. Nesse contexto, é importante lembrar que a CRFB/88 passou a considerar as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos e não mais como objeto de direitos como ocorria antes.

O art. 227, da CRFB/88¹³⁰ determina que o dever de solidariedade em relação às crianças e aos adolescentes é primeiramente da família, depois da sociedade; e, por fim, do Estado.

Sobre esse novo tratamento dispensado a crianças e adolescentes Silmara Domingos Araújo Amarilla¹³¹ ensina que:

¹²⁶SANTOS, apud MADALENO, op. cit., p. 99.

¹²⁷AMARILLA, op. cit., p. 85.

¹²⁸TARTUCE, apud AMARILLA, op. cit., p. 86.

¹²⁹AMARILLA, op. cit., p. 86.

¹³⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

A inserção da criança e do adolescente como sujeitos sociais titulares de direitos e credores de cuidados, transcende a noção de pertencimento (ser propriedade de) e adjacência do mundo adulto, repercutiu no reposicionamento desses indivíduos em formação (e seus particulares interesses) no centro e no cerne de qualquer discussão jurídica no âmbito da parentalidade, assegurando – antes e acima dos interesses dos genitores – os interesses da criança e sua plena realização afetiva.

Observa-se que a CRFB/88 não apenas atribuiu às crianças e aos adolescentes a inédita condição de sujeitos de direito, mas também os colocou em posição prevalecente sobre a de seus genitores; ou seja, caso haja divergência de interesses entre os filhos menores de idade e seus genitores, os interesses daqueles deverá sobrepor-se ao que for conveniente a suas mães e a seus pais; o que representa o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes já tratado.

Luiz Netto Lôbo¹³² explica a relevância que os princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade têm nas esferas social, política, cultural e jurídica:

A Constituição e o direito de família brasileiros são integrados pela onipresença dos dois princípios fundamentais e estruturais: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são os dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irredutível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, o valor pessoa humana, enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais na construção harmônica de suas dignidades.

Trata-se, portanto, de princípios bases; pois eles representam a tutela dos direitos de cada sujeito, como ser individual e particular, e as relações desse com seu meio; haja vista que cada indivíduo esta inserido em um meio social, em que se relaciona com outros indivíduos. Assim, o princípio da dignidade humana preocupa-se com cada indivíduo isoladamente; e o da solidariedade mitiga de certa forma esse individualismo, a fim de garantir o desenvolvimento harmônico da sociedade, da coletividade, e da família.

Dessa forma, o princípio da solidariedade é relevante para o reconhecimento e para a proteção da parentalidade socioafetiva, pois se trata de mais um princípio que foca nas pessoas que integram a família e que constituem os vínculos de parentalidade; e não na forma

¹³¹ AMARILLA, op. cit., p. 86-87.

¹³² LÔBO, apud AMARILLA, op. cit., p. 87.

como esses laços são estabelecidos; bem como na relação de reciprocidade e de mútua assistência que existe entre mães, pais e filhos, a qual independe de qualquer vínculo biológico para existir.

2.4.4. Princípio da convivência familiar

Toda criança e todo adolescente tem o direito de conviver com sua família, de forma que suas necessidades especiais de pessoas em desenvolvimento sejam devidamente atendidas. Assim, crianças e adolescentes devem ter respeitadas não apenas as suas necessidades materiais, mas também as emocionais, as psíquicas e as sociais.

O art. 227, da CRFB/88¹³³ prevê expressamente que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir com absoluta prioridade o respeito ao direito à convivência familiar de crianças e de adolescente.

Trata-se de um princípio que traz tanto uma carga positiva, de cunho prestacional; como uma carga negativa, de caráter abstencionista. A carga positiva é dirigida não apenas à família, mas também à sociedade e ao Estado; sendo que a este caberá a implementação de políticas públicas que visem a preservar o núcleo familiar, fortalecer a cidadania dos integrantes de cada família e emancipar economicamente o grupo e seus membros individualmente. A carga negativa diz respeito à vedação de interferência estatal no ambiente familiar, salvo nos casos excepcionais em que esta se faça necessária para a proteção de seus integrantes, como nos casos de violência doméstica.¹³⁴

¹³³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

¹³⁴AMARILLA, op. cit., p. 88-89.

É um princípio que não se dirige apenas ao núcleo restrito formado pelas mães, pelos pais e por seus filhos, pois como ensina Paulo Lôbo a “convivência familiar é a relação diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”¹³⁵.

Sobre esse fato, Silmara Domingues Araújo Amarilla¹³⁶ esclarece:

[...] o viés plural e inclusivo da família contemporânea, o afeto enquanto núcleo irradiador de efeitos jurídicos e a própria função social desempenhada pelo ambiente familiar, dela podendo se valer avós e avôs no afã de assegurar o exercício do direito de visita aos netos, (...) madrastas e padrastos que almejam preservar a convivência afetiva estabelecida com seus enteados, mesmo após a ruptura da família recomposta. (...) no campo da convivência familiar e para fins de vivificação do princípio constitucional que lhe serve de suporte, não há espaço para *standards* genéricos de convívio ou referências apriorísticas de quem poderá invocá-lo e sob quais particulares condições.

O princípio da convivência familiar é extremamente relevante e importante ao efetivo exercício da parentalidade e à proteção da família e de seus membros individualmente. Entretanto, não se trata de um princípio absoluto, pois poderá ser mitigado ou mesmo afastado nas hipóteses em que o ambiente familiar encontrar-se instável ou nocivo; desrespeitando os interesses daqueles que deveria proteger.

Nesse sentido, a convivência familiar é uma forma de garantir que os indivíduos desenvolvam suas personalidades e suas potencialidades; e para que as necessidades especiais de crianças e adolescentes, que são indivíduos em desenvolvimento, sejam respeitadas.¹³⁷

Dessa forma, o princípio da convivência familiar, como os demais trabalhados; corrobora a necessidade de tutela da parentalidade socioafetiva; pois se existe um vínculo de parentalidade socioafetiva estabelecido, este deverá ser reconhecido e protegido, e dele decorrerá o direito que as crianças e os adolescentes têm de conviver com todos os seus parentes socioafetivos.

¹³⁵Ibid., p. 91.

¹³⁶Ibid., p. 91.

¹³⁷Ibid., p. 90.

Afinal, como já foi esclarecido, existe uma pluralidade de modelos familiares, que não necessitam seguir qualquer formalidade específica para originarem uma família; e não há qualquer óbice para que uma família e, por conseguinte, uma relação de parentalidade advinha única exclusivamente do afeto. Logo, de uma família socioafetiva poderá surgir mães, pais e filhos socioafetivos; e esses filhos deverão ter respeitado o seu direito de conviver com todos os seus parentes socioafetivos.

2.4.5. Princípio da afetividade

O princípio da afetividade é um princípio fundamental do direito de família, extraído de uma análise sistêmica da Constituição e da legislação infraconstitucional, o que é indispensável que se faça na realidade atual de direito civil-constitucional. Nesse sentido, partir da CRFB/88 a parentalidade passou a poder ser reconhecida com fundamento na afetividade, sem que haja vínculo de consanguinidade; o que fez com que as questões de cunho biológico ou patrimoniais perdessem seu caráter absoluto¹³⁸.

É um sentimento que não está adstrito às relações consanguíneas ou às advindas do casamento, pois surge da liberdade que os indivíduos têm de se relacionar e de se afeiçoar a determinadas pessoas.¹³⁹

Sérgio Gisckow Pereira¹⁴⁰ esclarece que:

O direito de família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade e realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais.

Não se trata de um sentimento que historicamente sempre esteve presente nas estruturas familiares, e tão pouco era tido como um princípio com muita relevância dentro do

¹³⁸AMARILLA, op. cit., p. 100.

¹³⁹MADALENO, op. cit., p. 104.

¹⁴⁰PEREIRA, apud AMARILLA, op. cit., p. 101-102.

direito de família, como ensina Fustel de Coulanges¹⁴¹: “a base da família não era encontrada no afeto natural. Tanto o direito grego quanto o romano não levavam em conta esse sentimento”.

No mesmo sentido, Diogo Leite de Campos¹⁴² esclarece que:

A afetividade assumiu paulatinamente importância crescente nas relações familiares, eis que mesmo na família tradicional (biológica, e matrimonial) acabou por ser considerada como digna de atenção e exercício efetivo. Em outros relacionamentos figurou como único elo a sustentá-los. É possível afirmar que os relacionamentos interpessoais, de modo geral, restaram a partir de então, de alguma forma, influenciados pela indelével marca da afetividade.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior¹⁴³ ponderam que: “a afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada, e assim, geradora de certos efeitos jurídicos na órbita do Direito”.

Essa mudança de paradigma resulta da reestruturação das relações interpessoais no âmbito familiar, e do conseqüente abandono da exclusividade do modelo tradicional de família, o qual é eminentemente patrimonialista; em direção à pluralidade de modelos familiares eudemonistas, nos quais há um maior reconhecimento e uma maior valorização das pessoas; ou seja, ocorreu a despatrimonialização e a conseqüente humanização da família, como Rodrigo da Cunha Pereira¹⁴⁴ avalia:

Na era da despatrimonialização do Direito Civil, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, toda a ordem jurídica focou-se na pessoa, em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas interprivadas. Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais.

¹⁴¹COULANGES, apud CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 193.

¹⁴²CAMPOS, apud CALDERÓN, op. cit., p. 204.

¹⁴³ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 64.

¹⁴⁴PEREIRA, apud AMARILLA, op. cit., p. 101.

No mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁴⁵ esclarece que a realização pessoal da afetividade no ambiente familiar é a função precípua da família nos dias atuais, tomando o lugar antes ocupado por sua função econômica, política, religiosa e reprodutiva, as quais são secundárias atualmente.

Assim, hoje as relações entre mães, pais e filhos deixaram de ser fundadas apenas em vínculos biológicos e questões patrimoniais, como pondera Silmara Domingues Araújo Amarilla¹⁴⁶:

[...] a elevação do afeto à condição de valor e princípio jurídico repercutiu significativamente para o reconhecimento do vínculo paterno/materno-filial socioafetivo, tomando-se então por premissas o que não é o compartilhamento de dados genéticos o que assegura e legitima a parentalidade e a filiação, mas, sim, o cuidado, o amparo e o carinho dedicados por pais e mães em proveito do desenvolvimento corporal, psíquico e emocional dos filhos sejam eles biológicos ou não.

(...) a experiência, o exercício e a vivência da parentalidade, por pais, mães e filhos, não encontram condicionamento na origem, estrutura ou dinâmica familiar, sendo de pouca relevância sua conformação externa.

São exemplos do princípio da afetividade na CRFB/88: o princípio que assegura a crianças e a adolescentes o direito à convivência familiar, independente de qualquer vínculo biológico¹⁴⁷; o tratamento isonômico dispensado à prole, independentemente de sua origem¹⁴⁸; a tutela da adoção, como escolha afetiva, da qual decorrem direitos, deveres e garantias iguais aos de qualquer outra filiação¹⁴⁹; a proteção à família monoparental^{150 151}.

¹⁴⁵LÔBO, apud CALDERÓN, op. cit., p. 208.

¹⁴⁶AMARILLA, op. cit., p. 101.

¹⁴⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

¹⁴⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

¹⁴⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 227, § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.”

¹⁵⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016 “Art. 226. A família,

No CC/02 também há exemplos que comprovam a relevância do afeto nas relações familiares: previsão de igualdade da filiação¹⁵²; reconhecimento da filiação advinda da inseminação artificial heteróloga¹⁵³;¹⁵⁴ o estabelecimento da comunhão de vida no casamento¹⁵⁵; o reconhecimento da filiação originada não apenas pelo parentesco natural e civil¹⁵⁶; a irrevogabilidade da perfilhação¹⁵⁷; a maior referência às questões pessoais que às patrimoniais, quando trata do casamento e de sua dissolução.¹⁵⁸

Dessa forma, trata-se de mais um princípio constitucional que legitima a parentalidade socioafetiva, pois coloca as relações afetivas em posição de relevância na esfera familiar, afastando a indispensabilidade da consanguinidade para constituir uma relação entre mães, pais e filhos; como Luis Edson Fachin¹⁵⁹ esclarece:

A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade. Assim, para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, a completa integração pai-mãe-filho agrega-se um elemento a mais. Esse outro elemento se revela na afirmação de que a *paternidade se constrói*; não é apenas um dado: ela se faz. O pai já não pode ser apenas aquele que emprestou sua colaboração na geração genética da criança; também não pode ser a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade. Ao dizer que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto na relação paterno-filial, uma verdade sócio-afetiva, que, no plano jurídico, recupera a noção de posse de estado de filho.

base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

¹⁵¹AMARILLA, op. cit., p. 100.

¹⁵²BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

¹⁵³BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

¹⁵⁴MADALENO, op. cit., p. 105.

¹⁵⁵BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

¹⁵⁶BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

¹⁵⁷BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

¹⁵⁸WELTER, apud DIAS, op. cit., p. 53.

¹⁵⁹FACHIN, apud CALDERÓN, op. cit., p. 220-221.

Concluí-se, portanto, que a CRFB/88 reconhece a família e a parentalidade não mais como um modelo hermético, imutável e pré-definido; proveniente apenas do matrimônio e dos vínculos biológicos, mas um fenômeno social e cultural, em que o afeto é elemento imanente.

Depreende-se dessa nova visão que a família deixou de ser uma unidade econômica e reprodutiva, e passou a ser compreendida como um meio fundado na afetividade, propício ao desenvolvimento da personalidade de seus membros; respeitando as peculiaridades, a individualidade e a dignidade de cada um¹⁶⁰. Assim, é uma incoerência e uma ofensa à CRFB/88; que um vínculo de parentalidade criado justamente a partir do afeto, que é um princípio constitucional fundamental das relações familiares, não seja reconhecido e protegido de forma clara, efetiva e satisfatória pela legislação brasileira.

¹⁶⁰FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 62.

3. FILIAÇÃO: QUEBRA DO PARADIGMA DO VÍNCULO DE PARENTALIDADE EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICO E RECONHECIMENTO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO

O ser humano é incapaz de sobreviver de forma autônoma desde o seu nascimento, por isso foi estabelecido um elo de dependência entre ele e seus genitores ou algum adulto que possa cuidar dele, bem como uma estrutura capaz de permitir que ele cresça e se desenvolva plenamente; daí a importância da família e dos vínculos de parentalidade.¹⁶¹

A CRFB/88, como já foi demonstrado, foi responsável por ampliar o conceito de família; deixando de admitir apenas a família tradicional, além de atribuir à afetividade o status de princípio constitucional imanente à família e às relações de parentalidade. Nesse sentido, deixou de reconhecer e atribuir todos os efeitos jurídicos apenas à filiação biológica advinda do matrimônio; proibiu qualquer forma de discriminação em relação aos filhos, desvinculando a filiação da conduta materno e paterna que lhe deu origem; e atribuiu às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos, colocando-os no centro da família e do ordenamento jurídico.

Sobre o tratamento igualitário que a CRFB/88 passou a atribuir pela primeira vez a todos os filhos, Gustavo Tepedino¹⁶² esclarece que essa mudança substancial “traduz nova tábua axiológica, com eficácia imediata para todo o ordenamento, cuja compreensão faz-se indispensável para a correta exegese da normativa aplicável às relações”.

Seguindo o entendimento preconizado pela CRFB/88 e a atual realidade social e familiar brasileira deve-se considerar que existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental, quais sejam: o critério biológico, que seria o principal, tendo em vista a popularização do exame de DNA; o critério jurídico, que estabelece a presunção de

¹⁶¹DIAS, op. cit., p. 388.

¹⁶²TEPEDINO, apud FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 566.

paternidade, nos termos do art. 1.597, do CC¹⁶³; e o critério socioafetivo, que se baseia no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e no da dignidade humana, e que determina a maternidade e a paternidade a quem de fato a exerce independente da existência ou não de vínculo de sangue.¹⁶⁴

Seguindo mesmo entendimento, Paulo Lôbo¹⁶⁵ esclarece que os filhos podem advir de origem genética conhecida ou não, de escolha afetiva do casamento, de união estável, de família monoparental, ou de qualquer outra forma de família protegida pela CRFB/88. Thais Silveira Stein¹⁶⁶ acrescenta que o filho se torna filho com o seu nascimento em uma família originada do matrimônio; com a adoção; com o reconhecimento da paternidade, seja ela voluntária ou não. Logo, não é necessário que o vínculo de parentalidade tenha se originado da consanguinidade.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁶⁷ ensinam sobre a relação de filiação após a CRFB/88:

com a normatividade isonômica constitucional, encartada na sua própria tábua axiológica (...), infere-se, com tranquilidade, que o direito filiatório infraconstitucional esta submetido necessariamente a algumas características fundamentais: i) a filiação tem que servir à realização pessoal e ao desenvolvimento da pessoa humana (...); ii) despatrimonialização das relações paterno-filiais (ou seja, a transmissão de patrimônio é mero efeito da filiação, não marcando a sua essência); iii) a ruptura entre a proteção dos filhos e o tipo de relacionamento vivenciado pelos pais. (...) o exemplo dos filhos socioafetivos que, embora não mencionados em qualquer texto legal, merecem a mesma proteção e não podem ser discriminados em relação aos filhos biológicos.

Assim, o fim do tratamento discriminatório entre os filhos, possibilita que hoje eles tenham acesso à verdadeira parentalidade, pois não sofrerão nenhuma sanção em razão de sua

¹⁶³BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

¹⁶⁴BARBOZA, apud DIAS, op. cit., p. 390.

¹⁶⁵LOBÔ, apud DIAS, op. cit., p. 391.

¹⁶⁶STEIN, apud DIAS, op. cit., p. 391.

¹⁶⁷FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 568-569.

condição de filhos adulterinos, espúrios, incestuosos, fora do casamento, etc; uma vez que se desatrelou o estado de filiação à conduta materna/paterna que lhe origem¹⁶⁸.

Considerando o paradigma determinado pela CRFB/88, Maria Berenice Dias¹⁶⁹ critica o fato de que o Código Civil não suprimiu a presunção da paternidade; já que a paternidade não está mais adstrita a vínculos biológicos e matrimoniais, e que o que deve prevalecer é a existência de vínculo afetivo, independente de haver ou não consanguinidade. Esse também é o entendimento de Leonardo Barreto Moreira Alves¹⁷⁰, para quem o objetivo da presunção da paternidade era preservar o casamento e ignorar outros relacionamentos afetivos; ideia que não mais se admite hoje.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, no mesmo sentido, defendem que “de modo inexplicável, o legislador – codificador manteve uma presunção de paternidade (art. 1.597) somente para os filhos nascidos de pessoas casadas, ignorando a existência de pluralidade de núcleos familiares, protegida, de forma expressa, pela Constituição Federal.”¹⁷¹

Assim, não faz mais sentido que o Código Civil preveja a presunção de paternidade, pois essa desrespeita frontalmente a CRFB/88 e o próprio Código Civil, que reconhecem a diversidade de modelos familiares; e, conseqüentemente, de vínculos de parentalidade; e não mais apenas os biológicos provenientes do matrimônio, contexto em que a ultrapassada disposição tinha razão de existir.

Conclui-se, assim, que todas as mudanças pelas quais a família, a sociedade e o ordenamento jurídico têm passado; sobretudo após a promulgação da CRFB/88, levaram a uma evolução e a uma ampliação da identificação dos vínculos de parentalidade, os quais devem hoje ser identificados pela presença de vínculo afetivo; e dissociados da necessária existência de vínculo biológico originado de uma relação matrimonial.

¹⁶⁸SÁ; TEIXEIRA, apud FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 567.

¹⁶⁹DIAS, op. cit., p. 391.

¹⁷⁰ALVES, apud DIAS, op. cit., p. 391.

¹⁷¹FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 567-568.

3.1. Filiação biológica

A filiação, o vínculo entre mães, pais e filhos sempre esteve intrinsecamente ligada à consanguinidade, que passou a ser determinada com maior facilidade e certeza desde o advento do exame de DNA. O critério biológico, entretanto, perdeu sua hegemonia absoluta; e é hoje apenas mais uma forma de estabelecimento dos vínculos de parentalidade.

Dois fenômenos foram responsáveis por modificar completamente o quadro de supremacia biológica, que prevaleceu por grande parte da história: o fato de se passar a reconhecer a afetividade como elemento capaz de originar uma família, desvinculando-a do matrimônio, como outrora; e os avanços científicos que possibilitam a identificação segura da origem genética pelo exame de DNA; sobre o que Maria Berenice Dias ¹⁷² explica:

Esses dois episódios provocaram consequências paradoxais: nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade passou a ter pouca valia frente a verdade afetiva. Tanto é assim que foi construída a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera. Se, durante muito tempo – por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos –, confundiam-se essas duas figuras, hoje é possível identificá-las em pessoas distintas.

Assim, no contexto social, tecnológico e constitucional atual, quando surgem questões atinentes à parentalidade; deve-se sempre analisar não apenas a origem genética, mas também a realidade fática e os laços afetivos existentes entre os envolvidos. É indispensável que seja verificada a eventual existência de parentalidade socioafetiva que divirja dos laços de consanguinidade, a qual poderá prevalecer ao final de cuidadosa análise. Logo, a identificação de uma relação de parentalidade é uma equação complexa, que não pode ser solucionada por um simples exame laboratorial de DNA.

É importante considerar sempre que a filiação refere-se não apenas aos laços de sangue; mas que, como Rolf Madaleno ¹⁷³ esclarece, trata de uma relação que não é

¹⁷²DIAS, op. cit., p. 397.

¹⁷³MADALENO, apud DIAS, op. cit., p. 396.

determinada pelo nascimento; mas por um ato de vontade, que se insere na esfera da afetividade, e que pode se sobrepor tanto à verdade biológica, quanto à verdade jurídica.

Maria Berenice Dias¹⁷⁴ esclarece sobre a desnecessidade de coincidência entre os vínculos de parentalidade e os laços de consanguinidade, que:

O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, trata-se de preceito fundamental, um direito da personalidade: (...). Seu exercício não significa inserção em uma relação de família. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra é investigar paternidade. (...) Essa distinção começou a ser feita principalmente a partir da descoberta dos indicadores genéticos e do acesso ao exame que permite identificar, de forma segura e nada invasiva, a verdade biológica.

No mesmo sentido, Farias e Rosenthal¹⁷⁵, entendem que o direito de se conhecer a origem genética e o de ter reconhecida uma paternidade, não se confundem; pois é possível que haja uma relação de filiação socioafetiva, diversa da relação biológica:

Não pense, de qualquer modo, que a comprovação da origem genética, pela realização do DNA, é bastante para afirmar a existência de uma relação paterno-filial. É que, apesar da determinação da origem genética, o vínculo de filiação pode ser determinado através do tratamento dispensado no cotidiano, enfim, da afetividade. É o que se convencionou chamar de *dessacralização do DNA*, deixando claro não ser um meio de prova absoluto, embora importante e recomendável. Apenas não é vinculatório.

Leila Donizeti¹⁷⁶ pondera que não é razoável defender que “o critério biológico seja suficiente para determinar a paternidade. A certeza dos dados genéticos não se equipara à identidade de filiação tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”.

Dessa forma, considerando a CRFB/88, os avanços científicos aos quais temos acesso e o atual contexto social, familiar e jurídico brasileiros, não é mais razoável vincular a parentalidade, de forma absoluta e exclusiva, à verdade biológica. É inadmissível que uma questão tão relevante na vida de qualquer ser humano, seja diminuída a uma simples questão genética, a um mero exame laboratorial. Ao contrário, é necessário que se analise com todo o cuidado cada caso concreto, a fim de verificar a eventual existência de vínculo afetivo não

¹⁷⁴DIAS, op. cit., p. 396.

¹⁷⁵FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 574.

¹⁷⁶DONIZETTI, apud FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 615.

coincidente com o vínculo biológico; capaz de determinar a parentalidade socioafetiva em detrimento da biológica, ou mesmo a coexistência de ambas, configurando hipótese de multiparentalidade, sobre a qual trataremos mais adiante.

3.2. Filiação socioafetiva

A possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva decorre das mudanças de tratamento que a CRFB/88 trouxe, no que tange à família e à parentalidade, tais como: a diversidade familiar; a proibição de dispensar tratamento discriminatório aos filhos, tendo em vista sua origem; a atribuição da condição de sujeito de direito e não mais de objeto de direito às crianças e aos adolescentes; a previsão do princípio da dignidade humana, como norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, conferindo aos membros de cada família a prevalência absoluta sobre essa instituição; o reconhecimento do princípio da afetividade como imanente à família. Dessa forma, a origem biológica não pode mais ser considerada como absoluta e determinante para a constituição dos vínculos de parentalidade, como no passado.

O art. 1.593, do Código Civil¹⁷⁷ também possibilita o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, pois determina que o parentesco será natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem. Dessa forma, todas as regras atinentes ao parentesco advindo de laços de sangue devem ser aplicadas ao socioafetivo.¹⁷⁸

Assim, os vínculos de parentalidade podem ser estabelecidos não apenas pelos laços de consanguinidade ou jurídicos, mas também pelos laços de afeto; como nas situações em que mulheres e homens tratam alguém como seu filho, como consequência de uma

¹⁷⁷BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

¹⁷⁸CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114.

convivência afetiva que se estabeleceu por um tempo razoável, e que deve ser analisada em cada caso concreto de forma bastante cuidadosa e criteriosa. Sobre a questão Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁷⁹ ensinam que:

Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar de pai (a função). É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor ... ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ao verificar o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam [...].

Corroborando essa nova visão jurídica, a psicanálise entende que as figuras materna e paterna referem-se a uma função que decorre de um papel construído na convivência cotidiana e não da mera transmissão de carga genética. Mãe e pai socioafetivos são aqueles que ocupam a função de mãe e de pai, mesmo não sendo os genitores. Assim, é possível que uma pessoa exerça a função de mãe ou de pai, em relação a alguém a quem não transmitiu qualquer carga genética, caracterizando a existência de filiação socioafetiva; da mesma forma, como não é raro, que quem transmitiu a carga genética não exerça o papel de mãe ou pai do filho biológico.

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁸⁰ explica que:

constitui, segunda a Psicanálise, uma função. É a função paterna exercida por um pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção..., enfim, aquele que exerce uma função de pai.

Nesse sentido, a CRFB/88 determina que não existe qualquer classificação distinta e tratamento discriminatório para qualquer tipo de filiação; logo, conclui-se que a filiação socioafetiva merece a mesma proteção e deve gozar dos mesmos direitos e deveres das filiações biológicas e registrais.¹⁸¹

¹⁷⁹FARIAS; ROSENVALD, apud DIAS, op. cit., p. 406.

¹⁸⁰PEREIRA, apud FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 616.

¹⁸¹FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 616.

Trata-se do fenômeno da *desbiologização* da filiação,¹⁸² sobre o qual João Batista Villela¹⁸³ esclarece que “a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmem”. Pode-se então concluir que é possível que os genitores e a mãe e o pai não sejam as mesmas pessoas.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁸⁴ esclarecem que:

[...] não é preciso que o afeto esteja presente no instante em que é discutida a filiação em juízo. (...). O importante é provar que o afeto esteve presente durante a convivência, que o afeto foi elo que entrelaçou aquelas pessoas ao longo de suas existências. Equivale a dizer: que a personalidade do filho foi formada sobre aquele vínculo afetivo, mesmo que naquele exato instante, não exista mais. Aqui calha, com precisão, o exemplo da “adoção a brasileira”, em que uma pessoa registra como seu filho um estranho e, depois de anos de afeto e de cotidiano como pai e filho, quer negar a relação filiatória por algum motivo. Mesmo cessado o afeto em determinado momento, nesse caso, a filiação se estabeleceu pelo critério afetivo, que deve ser reconhecido pelo juiz.

Na mesma direção, o STJ já se manifestou no sentido de ser perfeitamente possível o reconhecimento da filiação socioafetiva, baseando-se no art. 227, §6º, da CRFB/88 e no CC/02, os quais permitem expressamente que seja estabelecido o vínculo de parentalidade diverso da consanguinidade; e que a simples divergência entre a paternidade biológica comprovada pelo exame de DNA não autoriza, por si só, a anulação do registro de nascimento.¹⁸⁵

¹⁸²FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 616-619.

¹⁸³VILLELA, apud FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 617.

¹⁸⁴FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 619.

¹⁸⁵RECURSO ESPECIAL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA - FILIAÇÃO CONTESTADA PELOS IRMÃOS - EXAME DE DNA - RESULTADO NEGATIVO - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR. REGISTRO DE NASCIMENTO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE PELOS CO-HERDEIROS - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA FUNDADA EM ERRO OU FRAUDE (ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL) - AFETO COMO PARADIGMA DAS RELAÇÕES FAMILIARES - FILIAÇÃO RECONHECIDA - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO. Trata-se de medida cautelar inominada, proposta com o intuito de se determinar a indisponibilidade dos bens imóveis objeto do inventário de Francisco Reinaldo de Moura, tendo em vista a omissão na indicação do autor, como herdeiro, nos autos do procedimento de arrolamento. Processo extinto, sem o julgamento do mérito, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa. Provimento mantido em sede de apelação. 1. A alegada ofensa ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal não merece ser discutida em sede de recurso especial, porquanto o exame de ofensa a dispositivo constitucional é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, inciso III, "a", da Constituição. 2. Nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, "A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil." Assim, o estado de filiação se comprova por meio da certidão de nascimento devidamente registrada no Registro Civil, a qual, na hipótese em tela, evidencia a legitimidade ativa do recorrente, enquanto herdeiro do pai

O TJRJ tem julgados no mesmo sentido, entendendo que ainda que a parentalidade biológica seja afastada, caso o vínculo socioafetivo já tenha se estabelecido, esse último subsistirá e prevalecerá; sendo, portanto, reconhecida a parentalidade socioafetiva.¹⁸⁶

O critério socioafetivo pode ser utilizado nas demandas que versem sobre estado de filiação, tais como: ação investigatória de parentalidade, promovida pelo filho, a fim do reconhecimento da mãe ou do pai; ação negatória de filiação, ajuizada pela mãe, pelo pai ou pelo próprio filho, visando a negar a existência de vínculo materno/paterno-filial; ação de impugnação de filiação, ajuizada pela mãe, pelo pai, pelo filho ou mesmo por um terceiro interessado, para que se demonstre a inexistência de uma relação materno/paterno-filial já reconhecida.¹⁸⁷

registral, para o ajuizamento da ação anulatória de partilha, assim como da medida cautelar inominada - que visa à determinação de indisponibilidade dos bens imóveis. 2.1 A simples divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a anulação do registro, o qual só poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, em ação própria - destinada à desconstituição do registro. 2.2 Jurisprudência e doutrina consagram a possibilidade de reconhecimento da socioafetividade como relação de parentesco, tendo a Constituição e o Código Civil previsto outras hipóteses de estabelecimento do vínculo parental distintas da vinculação genética. Ademais, a filiação socioafetiva, a qual encontra respaldo no artigo 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, mas também "parentescos de outra origem", de modo a contemplar a socioafetividade. 2.3 As decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, ao desconstituírem o registro de nascimento com base, exclusivamente, no exame de DNA, desconsideraram a nova principiologia, bem assim as regras decorrentes da eleição da afetividade como paradigma a nortear as relações familiares. 3. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, a fim de reconhecer a legitimidade ativa do recorrente e em consequência, determinar o prosseguimento do feito na origem. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.128.539-RN. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1128539&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 mai. 2017.).

¹⁸⁶Apelação. Ação negatória de paternidade. Pedido de realização de exame de DNA e posterior retificação dos registros de nascimento. Sentença de improcedência. Razões de apelo que reafirmam a inexistência de vínculo sócio afetivo. 1 - Realizado exame de DNA, foi constatado que o autor é pai biológico de apenas um dos menores, qual seja, de Iago Loredó Lopes; 2 - Não pode o demandante pretender a anulação do registro de nascimento em questão sem apresentar prova cabal e irrefutável da ocorrência de vício de vontade, fraude, coação, erro ou dolo na realização do registro; 3 - É firme a jurisprudência no sentido de que o registro voluntário de filho é perfeitamente válido, diante do estabelecimento de vínculo afetivo entre as partes; 4 - Embora o exame de DNA tenha afirmado que o apelante não é o pai biológico do menor Matheus, inegável que a paternidade sócio-afetiva prevalece sobre a paternidade biológica; 5 - A atitude de registrar o menor, trouxe para o apelante uma especial responsabilidade pelo seu ato; 6 - A pretensão do autor vai de encontro ao Princípio da Paternidade Responsável, que começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se assim, o mandamento constitucional do art. 227, que nada mais é do que uma garantia fundamental; 7 - A Paternidade Responsável deve ser exercida desde a concepção do filho, a fim de que o pai, seja ele biológico ou afetivo, responsabilize-se pelas obrigações e direitos daí advindos. Nego provimento ao recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC 0008168-73.2012.8.19.003, Relatora: Desembargadora Helda Lima Meireles. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em 06 mai. 2017.).

¹⁸⁷FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 620-621.

Seguindo esse posicionamento, o STJ já decidiu que é possível que o filho cujo registro de nascimento se originou de uma adoção à brasileira pode, ao contrário daquele que realizou o registro sabendo não ser mãe ou pai da criança registrada, pleitear a anulação desse registro; restabelecendo todos os vínculos e efeitos da parentalidade biológica.¹⁸⁸

Cabe ressaltar que uma vez fixada a existência e a prevalência da filiação socioafetiva, será afastado definitivamente qualquer vínculo biológico diverso, caso não se decida que a melhor solução para o caso é a multiparentalidade; e, por conseguinte, os direitos e deveres decorrentes da filiação; tais como: alimentos e herança serão aplicados apenas sobre a parentalidade socioafetiva, sobre o que Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁸⁹ ponderam:

Esta é a única solução, confirmando, (...), o fenômeno de *despatrimonialização* do Direito Civil e do Direito de Família. (...) não faz sentido que se determine a paternidade ou a maternidade com base em interesses econômicos, devendo ressaltar e ser prestigiado o *ser* e a proteção da personalidade. Com isso, determinada a filiação com base na afetividade, o filho terá direito a alimentos e à herança (bem como todos os demais efeitos, como guarda, visitas, ...) do seu pai – que é o afetivo. Ou seja, embora a filiação não deva ser determinada por finalidade econômica, uma vez reconhecida a filiação com base no critério socioafetivo, decorrem, também, efeitos patrimoniais.

¹⁸⁸DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA REQUERIDA PELO FILHO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. É possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado conforme prática conhecida como "adoção à brasileira". A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como "adoção à brasileira", ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a "adoção à brasileira" e a adoção regular. Ademais, embora a "adoção à brasileira", muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor. Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.167.993-RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1167993&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.).

¹⁸⁹FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 621.

Nesse sentido, o Enunciado 6 do IBDFAM¹⁹⁰ prevê que o reconhecimento da maternidade e da paternidade socioafetivas é capaz de gerar todos os efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes dessas relações.

Logo, a filiação socioafetiva não se baseia nos laços de consanguinidade, mas em um ato de vontade, caracterizado pela convivência contínua capaz de criar um vínculo de afeto que liga mães, pais e filhos. Dessa forma, trata-se de uma relação que deve ser reconhecida e tutelada, e que poderá prevalecer ou coexistir com o vínculo biológico, quando esses não coincidirem, e assim for melhor para a criança ou para o adolescente que integra a relação.

3.2.1. Filiação decorrente do *madrastio* e do *padrastio*

Diante da atual realidade, em que a família tradicional deixou de imperar absoluta; surgiram diversos novos arranjos familiares, dentre os quais se destacam as famílias recompostas. As famílias recompostas, que também são chamadas de famílias mosaicas ou pluriparentais, referem-se àquelas que se originam do casamento ou da união estável, em que uma das pessoas ou ambas, já possui filhos provenientes de uma relação anterior¹⁹¹.

Trata-se de uma nova, mas bastante comum, forma de constituição de família; haja vista o crescente número de dissoluções de casamentos e uniões estáveis, consequência da evolução da sociedade, do direito e do comportamento dos casais; que não se veem mais obrigados a permanecerem em relacionamentos que não os fazem felizes, por mera pressão familiar, social, religiosa ou mesmo pelas dificuldades que o direito costumava impor.

Tem-se hoje, nesse sentido, um incremento no número de filiações advindas das relações de *madrastio* e de *padrastio*; ou seja, cresce a quantidade de pessoas que ocupam os

¹⁹⁰“Enunciado 6 do IBDFAM: Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.” Site do IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 28 jun. 2016.

¹⁹¹ALCORTA; GROSMAN, apud MADALENO, op. cit., p. 11.

papéis de madrasta ou de padrasto, dos filhos de seu novo companheiro ou companheira; os quais passam a ser suas enteadas e enteados; além de meio-irmãos dos eventuais filhos de sua madrasta ou de seu padrasto.

O artigo 1.595, §1º, do CC¹⁹², estabelece a existência jurídica de parentesco entre madrastas e padrastos, e suas enteadas e enteados; bem como destes, com seus meio-irmãos. Da mesma forma, a Lei n. 11.924/09 altera o artigo 57, da Lei n. 6.015/73, determinando que enteadas e enteados possam adotar o nome de sua madrasta ou de seu padrasto.

Entretanto, mesmo com o reconhecimento legal dos vínculos que advém das famílias reconstituídas, essas são as únicas referências legislativas ao assunto; possivelmente resultado do preconceito que ainda há quanto a essas relações, talvez por existir no imaginário popular a ideia de que madrastas e padrastos são pessoas más, como ocorre em muitas estórias infantis; por se acreditar que eles estariam ‘tomando’ os lugares da mãe ou do pai que faleceu, separou-se ou divorciou-se.¹⁹³

Um exemplo dessa falta de regulamentação é o fato de não haver distinção legal entre titularidade e exercício da responsabilidade parental. Essa omissão legislativa acaba por dificultar o entendimento de que é possível que mais de uma pessoa exerça a responsabilidade parental, como ocorre nessas relações, tendo em vista que a madrasta e o padrasto têm o dever de cuidar de suas enteadas e enteados que estejam sob sua vigilância, de forma a garantir que esses se desenvolvam física, intelectual e emocionalmente; como pondera Silvia Tamoyo Haya¹⁹⁴:

um fenômeno que vem a reforçar o modelo matrimonial; e assim, junto com o reconhecimento do matrimônio homossexual, a reconstituição ou recomposição familiar põe em relevo a poligamia ou poliandria sucessiva da nossa cultura, na qual é habitual a conformação de várias famílias durante a vida de uma pessoa.

¹⁹²BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017. “Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.”

¹⁹³MADALENO, op. cit., p. 12.

¹⁹⁴HAYA, apud MADALENO, op. cit., p. 12.

O legislador também permanece inerte quanto: à possibilidade de que a madrasta ou o padrasto adote sua enteada ou seu enteado, por haver relevante afinidade e afetividade entre eles, sem que seja necessária a destituição do poder-familiar da mãe ou do pai biológicos; à autoridade parental da madrasta ou do padrasto; ao eventual dever de prestar alimentos caso a relação com a mãe ou o pai da enteada ou enteado se desfaça; ao direito sucessório dentro dessas relações.¹⁹⁵

Dessa forma, os tribunais precisam resolver as questões nessa seara que lhe são apresentadas, mesmo sem legislação específica atinente; como fez o STJ em um caso no qual decidiu que o padrasto tem legitimidade ativa para propor ação de adoção com pedido preparatório de destituição do poder familiar em relação ao pai biológico.

O Tribunal ressaltou que no caso em comento, o padrasto apresentava relação de convivência familiar em que assumiu a função de pai socioafetivo da criança, sem a concorrência da participação do pai biológico; e que tais hipóteses devem ser analisadas com cuidado, com vasta instrução probatória e amplo contraditório, com a realização de estudo social específico feito por equipe interprofissional; e que, ao final, a decisão deverá sempre ser no sentido de atender ao melhor interesse da criança ou do adolescente envolvido.¹⁹⁶

¹⁹⁵MADALENO, op. cit., p. 13.

¹⁹⁶ADOÇÃO. PADRASTO. Cuida-se de ação de adoção com pedido preparatório de destituição do poder familiar ajuizada por padrasto de filha menor de sua esposa, com quem tem outra filha. A questão posta no REsp consiste em definir se o padrasto detém legitimidade ativa e interesse de agir para propor a destituição do poder familiar do pai biológico em caráter preparatório à adoção de menor. É cediço que o art. 155 do ECA dispõe que o procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do MP ou de pessoa dotada de legítimo interesse. Por outro lado, o pedido de adoção formulado nos autos funda-se no art. 41, § 1º, do ECA, o qual corresponde ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/2002: um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico devido à convivência familiar, ligada essencialmente à paternidade social ou socioafetividade, que, segundo a doutrina, seria o convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança sem a concorrência do vínculo biológico. Para a Min. Relatora, o padrasto tem legítimo interesse amparado na socioafetividade, o que confere a ele legitimidade ativa e interesse de agir para postular destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto ressalta que todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, também, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1º, do ECA. Observa ser importante dar ao padrasto a oportunidade de discutir a questão em juízo, em procedimento contraditório (arts. 24 e 169 do ECA), sem se descuidar, também, de que sempre deverá prevalecer o melhor interesse da criança e as hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar, comprovadas conforme dispõe o art. 1.638 do CC/2002 c/c art. 24 do ECA, em que seja demonstrado o risco social e pessoal ou de ameaça de lesão aos direitos a que esteja sujeita a criança. Entre outros argumentos e doutrinas colacionados, somadas às

O TJRJ em um caso de adoção consensual proposta pelo padrasto em relação aos filhos biológicos de sua esposa, em que todos os envolvidos, inclusive o pai biológico concordam com a pretensão; acolheu a multiparentalidade, e o conseqüente registro da dupla paternidade. Dessa forma, não apenas foi reconhecida a paternidade socioafetiva do padrasto, como também foi mantida a paternidade biológica; corroborando o entendimento de que não há hierarquia entre a paternidade biológica e a socioafetiva, e tampouco há qualquer óbice para que essas coexistam, se assim for a melhor opção no caso concreto.¹⁹⁷

Nesse cenário, a jurisprudência considerara também, por exemplo, a possibilidade de atribuição de alimentos de madrastas e padrastos em favor de suas enteadas e de seus enteados, como esclarece, Maria Berenice Dias¹⁹⁸:

Começou a jurisprudência a atribuir encargos ao – na ausência de melhor nome – padrasto. Sob o nome de paternidade alimentar é reconhecido ao filho do cônjuge ou companheiro direito a alimentos, comprovada a existência de vínculo afetivo entre ambos, e que tenha ele assegurado sua manutenção durante o período em que conviveu com seu genitor. Em nome do princípio da solidariedade é reconhecido também o direito de convivência.

Assim, percebe-se que os vínculos socioafetivos estabelecidos pelas relações de *madrastio* e de *padrastio* são mais um assunto dentro do direito de família e da parentalidade

peculiaridades do processo, a Min. Relatora, acompanhada pela Turma, reconheceu a legitimidade ativa do padrasto para o pleito de destituição em procedimento contraditório, confirmando a decisão exarada no acórdão recorrido. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.106.637-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1106637&operador=&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.).

¹⁹⁷DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE ADOÇÃO CONSENSUAL PROPOSTA POR PADRASTO DE FILHOS CAPAZES DE SUA MULHER- PATENTE A LIGAÇÃO AFETIVA DOS INTERESSADOS - AÇÃO CONSENSUAL QUE CONTA COM A CONCORDÂNCIA DE TODOS OS INTERESSADOS, INCLUSIVE DO PAI BIOLÓGICO, QUE CONTINUARÁ COM SUA POSIÇÃO PARENTAL - SENTENÇA QUE REJEITOU O PEDIDO POR CONSIDERAR INADEQUADA A VIA PROCESSUAL ELEITA - DESCONSIDERAÇÃO DESSE ÓBICE PROCESSUAL POR SE TRATAR DE MATÉRIA NÃO CONTENCIOSA - ACOLHIMENTO DO INSTITUTO DA MULTIPARENTALIDADE - DETERMINAÇÃO DE AVERBAÇÃO DA DUPLA PATERNIDADE NO FÓLIO REGISTRAL. Requerimento consensual de adoção de duas pessoas maiores e capazes para inclusão no registro civil de pessoas naturais dos dados qualificativos do padrasto. Concordância de todos os interessados a afastar o óbice processual da pretensão de adoção, que pressupõe o afastamento da paternidade anterior. Fungibilidade do pedido, que será considerado como de averbação de dados no registro civil. Prevalência do princípio da efetividade da prestação jurisdicional. Concomitância entre os laços oriundos da relação sócioafetiva e da biológica, com o reconhecimento da dupla paternidade. O tema já não constitui novidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo admitido pela jurisprudência. Retificação do registro civil para incluir os dados qualificativos do padrasto, sem exclusão das informações relativas ao pai biológico. Provitamento ao recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC 0022714-79.2015.8.19.0209, Relator: Des. Edson Aguiar Vasconcelos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em 05 mai. 2017.).

¹⁹⁸DIAS, op. cit., p. 141.

socioafetiva, sobre o qual o legislador permanece inerte, causando incerteza; mas que o judiciário está atuando em consonância com a conjuntura social atual e com a CRFB/88, de modo a preencher o abismo que existe entre a atuação do poder legislativo e as necessidades da sociedade brasileira.

3.2.2. Filiação decorrente de adoção

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 227, foi responsável por determinar o tratamento isonômico entre todos os filhos, os quais passaram a ter os mesmos direitos e deveres, independentemente de sua origem. Assim, a adoção passou a atribuir aos filhos adotivos exatamente os mesmo direitos e deveres que até então eram dispensados apenas aos filhos biológicos advindos do matrimônio.

Nesse sentido, ao longo do tempo, a adoção foi deixando de ser apenas uma solução para aqueles que não podem ter filhos biológicos, para se tornar um mecanismo de colocação do adotando em uma família substituta; de forma a respeitar o seu direito à convivência familiar e seu melhor interesse, seguindo a doutrina da proteção integral.

Assim, hoje a adoção é mecanismo jurídico fundado na afetividade, que visa a dar oportunidade a uma criança ou a um adolescente de ser inserido em um núcleo familiar, de forma que suas necessidades materiais e emocionais, peculiares de um ser humano em desenvolvimento possam ser atendidas¹⁹⁹. Logo, a adoção mudou seu foco, daqueles que não podem ter filhos biológicos; para as criança ou os adolescente em situação de ser adotados; sobre o que Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁰⁰ esclarecem:

Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário.

¹⁹⁹FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 932-933.

²⁰⁰Ibid., p. 934.

[...]

É a filiação em sua mais pura essência, pois estabelece um parentesco eletivo, decorrente de um ato de afeto e solidariedade. Evidencia, sem dúvida, os aspectos mais caros e relevantes de uma família, como a solidariedade recíproca, o afeto, a ética e a dignidade das pessoas envolvidas.

Ressalta-se que a adoção é irrevogável e irretroatável, além de ser impossível a extinção do vínculo materno/paterno-filial em decorrência da superveniente morte do adotante como ensina Galdino Augusto Coelho Bordallo²⁰¹: “o filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda a vida e até depois dela; não poderia ser diferente com a adoção”.

O STJ tem, inclusive, admitido o reconhecimento da paternidade socioafetiva por adoção *post mortem*. Em um julgado, o Tribunal entendeu que não há qualquer óbice jurídico à adoção póstuma, nos casos em que o falecido tiver expressado de forma inequívoca a vontade de adotar; ainda que não tenha sequer iniciado o processo de adoção, mas as provas do vínculo socioafetivo se mostrem robustas e o caso concreto justifique a excepcionalidade da medida. O Tribunal Superior esclareceu que para a comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* devem ser consideradas as mesmas regras que demonstram a existência de filiação socioafetiva, quais sejam: o fato de o adotante tratar o adotando como filho e que essa relação seja publicamente conhecida.

Ressaltou ainda a necessidade de que ordenamento jurídico aproxime-se da realidade da sociedade brasileira, tutelando as relações socioafetivas que faticamente já existem; e que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva atende ao princípio da dignidade humana, pois permite que a história da vida familiar de uma pessoa seja reconhecida e protegida, considerando a verdade real dos fatos e não apenas os aspectos formais que poderão ou não estar presentes.²⁰²

²⁰¹BORDALLO, apud FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 932-933.

²⁰²DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. Será possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva após a morte de quem se pretende reconhecer como pai. De fato, a adoção póstuma é prevista no ordenamento pátrio no art. 42, § 6º, do ECA, nos seguintes termos:

Dentro do instituto da adoção, cabe fazer algumas considerações acerca da chamada adoção à brasileira e da adoção de fato. A adoção por casais homossexuais será trata no próximo tópico separadamente.

A adoção à brasileira trata-se da hipótese em que alguém registra o filho de outrem como se fosse seu, sobre o que Christiano Cassettari²⁰³ ensina:

A “adoção à brasileira” é uma prática muito antiga e consiste em: alguém registra o filho que não é seu. Essa conduta milenar tem origem na época em que era mal visto pela sociedade uma mulher dar à luz uma criança de pai desconhecido. Essas mulheres eram consideradas desonradas e representavam uma séria ameaça aos lares conjugais, pois, segundo as esposas da época, poderiam tentar conquistar os seus maridos. Por esse motivo fútil, elas eram alijadas da sociedade e tinham que viver à míngua, sem oportunidade de trabalho e tampouco de amizades, motivo pelo qual muitas acabavam indo para o caminho da prostituição.

Embora seja uma conduta bastante comum, trata-se de um ilícito penal previsto no art. 242, do Código Penal²⁰⁴; e além das questões penais decorrentes desse crime, existem

"A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença." O STJ já emprestou exegese ao citado dispositivo para permitir como meio de comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público daquela condição. Portanto, em situações excepcionais em que fica amplamente demonstrada a inequívoca vontade de adotar, diante da sólida relação de afetividade, é possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto (REsp 1.326.728-RS, Terceira Turma, DJe 27/2/2014). Tal entendimento consagra a ideia de que o parentesco civil não advém exclusivamente da origem consanguínea, podendo florescer da socioafetividade, o que não é vedado pela legislação pátria, e, portanto, plenamente possível no ordenamento (REsp 1.217.415-RS, Terceira Turma, DJe 28/6/2012; e REsp 457.635-PB, Quarta Turma, DJ 17/3/2003). Aliás, a socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do CC, no sentido de que "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem". Válido mencionar ainda o teor do Enunciado n. 256 da III Jornada de Direito Civil do CJF, que prevê: "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil." Ademais, a posse de estado de filho, segundo doutrina especializada, "liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade. Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco". E salienta que "a notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, [...] deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade". Por fim, registre-se que a paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana, por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.500.999-RJ. Relatora: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1500999&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.).

²⁰³CASSETARI, op. cit., p. 44.

²⁰⁴BRASIL. Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848_compilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.”

ainda as consequências dentro do direito das famílias, como esclarecem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁰⁵:

É que estabelecido o vínculo afetivo, depois de uma pessoa ter registrado como seu um filho que sabia não ser, será possível vislumbrar uma relação jurídica paterno-filial decorrente do vínculo socioafetivo, não se recomendando, às vezes, a sua extinção, sob pena de comprometimento da própria integridade física e psíquica do reconhecido.

Uma prática que acontece bastante nos casos de adoção à brasileira é o fato de que após o reconhecimento de filho que sabia não ser seu, o pai ajuíza uma ação com o objetivo de negar a paternidade, utilizando-se do exame de DNA.

Nesses casos, que normalmente acontecem após o fim do relacionamento amoroso com a mãe do menor de idade; a jurisprudência tem mantido o vínculo afetivo estabelecido entre pai e filho, considerando para tanto, a relação paterno-filial socioafetiva estabelecida entre eles, em detrimento do critério biológico.

Ademais, trata-se de conduta caracterizada como *venire contra factum proprium*; já que aquele que reconheceu o menor de idade como seu filho, mesmo sabendo que esse não o era, mais tarde decide propor uma ação para negar a paternidade por ele espontaneamente reconhecida.²⁰⁶ Nesse sentido, ensina Maria Berenice Dias²⁰⁷:

[...] A jurisprudência, reconhecendo a voluntariedade do ato, praticado de modo espontâneo, não admite a anulação do registro de nascimento, considerando-o irreversível. Não tendo havido vício de vontade, não cabe anulação, sob o fundamento de que a lei não autoriza a ninguém vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento (CC 1.604). Ainda que dito dispositivo legal excepcione a possibilidade de anulação por erro ou falsidade, não se pode aceitar a alegação de falsidade do registro levada a efeito pela própria pessoa. Assim, registrar filho alheio como próprio, sabendo não ser verdadeira filiação, impede posterior pedido de anulação. [...]

Maria Berenice Dias²⁰⁸ esclarece ainda que a impossibilidade de anular o registro restringe-se ao pai, já que este o fez espontaneamente. No entanto, não existe qualquer óbice

²⁰⁵FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 949.

²⁰⁶Ibid., p. 949-950.

²⁰⁷DIAS, op. cit., p. 495.

²⁰⁸Ibid., p. 495.

ao ajuizamento da ação anulatória pelo filho, cujo registro de nascimento foi feito de forma ilegal e com seu desconhecimento:

A intenção de formar um núcleo familiar deveria ensejar a adoção do filho da companheira, e não o seu indevido registro. E, como a adoção é irrevogável (ECA 39, §1º), não se pode conceder tratamento diferenciado a que faz uso de expediente ilegal. Inquestionável a vontade de quem assim age em assumir a paternidade, não podendo ser aceito o seu arrependimento posterior. Imperativo prestigiar a posse de estado de filho de que desfruta o registrado, na medida em que se constitui uma filiação socioafetiva. Ainda que seja obstaculizado ao pai a desconstituição, igual impedimento não existe com relação ao filho, que pode fazer uso da ação anulatória do registro, pois está a vindicar seu estado de filiação.

O STJ julgou um caso em que entendeu, conforme explicado, que quem realiza a adoção à brasileira não está agindo em erro ou por engano; logo não pode pleitear a anulação do registro por arrependimento posterior, quando o vínculo afetivo paterno-filial já tiver se estabelecido; e que, entretanto, o entendimento é diverso no que tange ao filho adotado por meio da adoção à brasileira; a quem é permitido vindicar judicialmente a nulidade do registro.²⁰⁹

²⁰⁹ADOÇÃO À BRASILEIRA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Na espécie, o *de cujus*, sem ser o pai biológico da recorrida, registrou-a como se filha sua fosse. A recorrente pretende obter a declaração de nulidade desse registro civil de nascimento, articulando em seu recurso as seguintes teses: seu ex-marido, em vida, manifestou de forma evidente seu arrependimento em ter declarado a recorrida como sua filha e o decurso de tempo não tem o condão de convalidar a adoção feita sem a observância dos requisitos legais. Inicialmente, esclareceu o Min. Relator que tal hipótese configura aquilo que doutrinariamente se chama de adoção à brasileira, ocasião em que alguém, sem observar o regular procedimento de adoção imposto pela Lei Civil e, eventualmente assumindo o risco de responder criminalmente pelo ato (art. 242 do CP), apenas registra o infante como filho. No caso, a recorrida foi registrada em 1965 e, passados 38 anos, a segunda esposa e viúva do *de cujus* pretende tal desconstituição, o que, em última análise, significa o próprio desfazimento de um vínculo de afeto que foi criado e cultivado entre a registrada e seu pai com o passar do tempo. Se nem mesmo aquele que procedeu ao registro e tomou como sua filha aquela que sabidamente não é teve a iniciativa de anulá-lo, não se pode admitir que um terceiro (a viúva) assim o faça. Quem adota à moda brasileira não labora em equívoco. Tem pleno conhecimento das circunstâncias que gravitam em torno de seu gesto e, ainda assim, ultima o ato. Nessas circunstâncias, nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode valer-se de eventual ação anulatória, postulando desconstituir o registro. Da mesma forma, a reflexão sobre a possibilidade de o pai adotante pleitear a nulidade do registro de nascimento deve levar em conta esses dois valores em rota de colisão (ilegalidade da adoção à moda brasileira, de um lado, e, de outro, repercussão dessa prática na formação e desenvolvimento do adotado). Com essas ponderações, em se tratando de adoção à brasileira a melhor solução consiste em só permitir que o pai adotante busque a nulidade do registro de nascimento quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado. Após formado o liame socioafetivo, não poderá o pai adotante desconstituir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade socioafetiva. Ressaltou o Min. Relator que tal entendimento, todavia, é válido apenas na hipótese de o pai adotante pretender a nulidade do registro. Não se estende, pois, ao filho adotado, a que, segundo entendimento deste Superior Tribunal, assiste o direito de, a qualquer tempo, vindicar judicialmente a nulidade do registro em vista da obtenção do estabelecimento da verdade real, ou seja, da paternidade biológica. Por fim, ressaltou o Min. Relator que a legitimidade *ad causam* da viúva do adotante para iniciar uma ação anulatória de registro de nascimento não é objeto do presente recurso especial. Por isso, a questão está sendo apreciada em seu mérito, sem abordar a eventual natureza personalíssima da presente ação. Precedente citado:REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. (BRASIL.

No mesmo sentido, o STJ afirma que a ausência de vício de consentimento na manifestação de vontade, quanto à declaração que reconhece alguém como filho em decorrência de vínculos de afeto; impossibilita a posterior anulação do registro de nascimento; que a divergência entre o registro de nascimento e a origem biológica, por si só, não é capaz de gerar a anulação do registro; e que a filiação socioafetiva encontra respaldo no art. 227, §6º, da CRFB/88 e no art. 1.593, do CC/02.²¹⁰

Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.088.157-PB. Relator: Ministro Massumi Uyeda. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1088157&operador = e &b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.).

²¹⁰Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. - A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido ? considerada a sua imutabilidade nesta via recursal ?, registrou filha recém-nascida de outrem como sua. - A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa ? a da existência da socioafetividade ?, é que a lide deve ser solucionada. - Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta ? de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. - O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha. - Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto. - Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também ?parentescos de outra origem?, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. - Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. - Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança ? hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo ? preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. - Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em

Os casos citados acima não se confundem com as hipóteses em que o pai registral foi induzido a erro de forma a acreditar que era pai biológico da criança, e descobre que não o é, sem que se tenha estabelecido um vínculo de afetividade com a criança. Nessas hipóteses o STJ entende ser cabível a anulação do registro de nascimento.²¹¹

que se identificou a configuração de verdadeira ?adoção à brasileira?, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança. - Conquanto a ?adoção à brasileira? não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada ? consideradas as especificidades de cada caso ? a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida. - A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade. - Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.000.356-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200702526975.REG.>> Acesso em: 04 mai. 2017.).

²¹¹RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PAI REGISTRAL INTERDITADO. DEMANDA AJUIZADA POR CURADOR. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO PATER IS EST, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETO ESTABELECIDO ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. GENITORA QUE SE RECUSA A REALIZAR O EXAME DE DNA NA FILHA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES E DAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O curador atua como representante processual do titular do direito material, não podendo ser confundido com o substituto processual. O fundamento de que o curador não possui legitimidade para ajuizar a ação de impugnação de registro não prospera, pois não é parte da demanda, mas atua em juízo para suprir a incapacidade processual do pai registral interditado. 2. É possível a desconstituição do registro quando a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), sem estabelecer vínculo de afetividade com a infante. Não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. A filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. A socioafetividade se consolidaria caso o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico da requerida, mantivesse com esta, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava. 3. Nas situações em que a genitora é quem se recusa a realizar o exame de DNA na filha, não é aplicável o enunciado n. 301 da Súmula de Jurisprudência do STJ. Controvérsia que deve ser solucionada a partir da ponderação dos melhores interesses da descendente, levando-se em consideração a eficácia probatória da negativa da mãe, de acordo com as demais provas dos autos, já que inadmissível a produção compulsória do exame. Diante das peculiaridades do caso, notadamente em face da comprovação da inexistência da afetividade paterno-filial e da ausência de interesse em construí-la, impositiva a desconstituição do registro. 4. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.508.671-MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze.

A adoção de fato, da qual decorre o chamado filho de criação ocorre nos casos em que, mesmo não havendo qualquer vínculo biológico ou jurídico, a mãe, o pai ou ambos decidem criar uma criança ou um adolescente como filho.

Trata-se de uma hipótese controversa, sobre a qual não há entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência, havendo entendimento tanto no sentido de merecer seu reconhecimento, quanto no sentido contrário.

O argumento contrário ao reconhecimento da adoção de fato é no sentido de que esta não está tutelada pelo sistema jurídico brasileiro. Entretanto, merece prevalecer o entendimento que defende o reconhecimento da relação materno/paterno-filial socioafetiva decorrente da adoção de fato. Isso porque, embora não haja previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se analisar o caso concreto à luz dos princípios constitucionais da dignidade humana, da proteção integral, do melhor interesse de crianças e adolescentes, da convivência familiar e da afetividade²¹². Ademais, a CRFB/88 não permite tratamento discriminatório em relação aos filhos.

Nesse sentido, Christiano Cassettari²¹³ pondera que:

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

Observa-se ainda, que muitas vezes, a adoção de fato é um passo preparatório para a adoção jurídica; como ocorre nos casos em que madrastas e padrastos são muito mais presentes, que as mães e os pais biológicos, assumindo as funções maternas ou as paternas; e

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1508671&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 mai. 2017.).

²¹²WELTER, op. cit., p. 149.

²¹³CASSETARI, op. cit., p. 44.

criando laços socioafetivos com sua enteada ou enteado,²¹⁴ como esclarece Maria Berenice Dias²¹⁵:

A partir do momento em que foi instituído o princípio da proteção integral, a filiação não pode ser alvo de designação discriminatória. A palavra filho não admite qualquer adjetivação. (...) A identidade dos vínculos de filiação divorciou-se das verdades biológica, registral e jurídica. (...) Ainda resiste a jurisprudência em admitir a quem foi criado como filho – daí filho “de criação” – que proponha ação declaratória de paternidade afetiva, o que nada mais é do que uma forma de buscar a adoção.

Esse também é o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo²¹⁶: “por isso, como sempre entendemos, o Estado não deve preocupar-se, somente, com a família de direito, pois sua base, seu sustentáculo, é a família, em geral, sem adjetivação”.

Christiano Cassettari²¹⁷ esclarece que: “[...] a adoção de fato é uma das formas de formação da socioafetividade, pois a pessoa é criada por um homem, uma mulher, ou por ambos, como se filho fosse, em decorrência da existência de uma posse de estado de filho, por estar presente o nome, o *tractatus* e a fama”.

Observa-se que embora a adoção seja um instituto jurídico que sempre existiu, o tratamento a ela dispensado sofreu uma enorme mudança com promulgação da CRFB/88, que impossibilitou qualquer forma de tratamento discriminatório entre os filhos; logo, os filhos adotivos passaram então a ostentar de forma plena, todos os direitos e os deveres inerentes a condição de filho.

Importante ressaltar também, que é necessário reconhecer e tutelar de forma isonômica, não apenas a adoção juridicamente formalizada, que atende a todos os requisitos legais; mas também aquelas que não são formalizadas, ou mesmo, as que constituem ilícito penal, como no caso da adoção a brasileira.

3.2.3. Filiação decorrente das famílias homoafetivas

²¹⁴Ibid., p. 44.

²¹⁵DIAS, op. cit., p. 503-504.

²¹⁶AZEVEDO, apud CASSETTARI, op. cit., p. 40.

²¹⁷CASSETTARI, op. cit., p. 44.

Diante das várias transformações pelas quais têm passado nas últimas décadas a sociedade, a família e o direito; sobretudo após os paradigmas determinados pela CRFB/88; não é mais possível restringir a ideia de família ao superado e anacrônico modelo tradicional baseado no matrimônio entre uma mulher e um homem. É impossível desvincular a família hoje do princípio da afetividade que estabelece laços entre seus integrantes; e, nesse contexto, a diversidade de sexos entre o casal torna-se absolutamente irrelevante.

No mesmo sentido, importante ressaltar que o art. 43, do ECA estabelece como únicas exigências para a adoção, que esta represente real vantagem para o adotado e que se fundamente em motivos legítimos. Não existe, portanto, qualquer imposição quanto à necessidade de o casal ser formado por gêneros distintos.

Ademais, antes do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, era comum que os homossexuais se habilitassem individualmente para a adoção. Dessa forma, o estudo social era incompleto e deficiente já que não incluía a parceira ou o parceiro; o que prejudicava o próprio adotando.

O adotado era prejudicado também por apresentar vínculo jurídico apenas com um membro do casal, estando completamente desamparado em relação ao outro.²¹⁸ Assim, apenas um dos integrantes do par teria os deveres e direitos decorrentes da relação materno/paterno-filial; logo, o adotado não teria, por exemplo, direito a alimentos e à sucessão em relação à parceira ou ao parceiro que não o adotou. Portanto, tratava-se de uma situação em que o principal prejudicado era o próprio adotado, e que desrespeitava flagrantemente o princípio constitucional do melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

Essa questão não traz mais tanta polêmica hoje, pois as uniões homoafetivas são reconhecidas como entidades familiares e se constituem da mesma forma que as uniões heterossexuais desde o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal

²¹⁸DIAS, op. cit., p. 502.

Federal em 5 de maio de 2011. Nesse julgamento, conforme foi esclarecido no segundo capítulo, ocorreu o fenômeno da mutação constitucional, por meio do qual foi feita a releitura do art. 226, §3º, da CRFB/88; de modo a estender às uniões homoafetivas a condição de entidade familiar e os efeitos decorrentes dessa.

Assim, não há mais qualquer razão para afastar a possibilidade do reconhecimento da filiação homoparental. Sendo certo que essa deve ter os mesmo efeitos legais que qualquer outra filiação; já que o art. 226, §6º da CRFB/88 equipara todos os filhos, independentemente de sua origem, e rechaça qualquer tipo de tratamento discriminatório entre eles. Nesse sentido, esclarecem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²¹⁹:

[...] não há como negar o caráter familiar das uniões homoafetivas, (...). Sedimentada no afeto e na solidariedade recíproca, a união homoafetiva é entidade familiar e conta com especial proteção do Estado, a partir da compreensão do *caput* do art. 226, da Carta Constitucional. Em sendo assim, a entidade familiar homoafetiva produzirá efeitos comuns do Direito das Famílias, como o direito a alimentos, o direito à herança e acréscimo de sobrenome e, por igual, a possibilidade de adoção, formalizando uma relação filiatória.

No mesmo sentido é o posicionamento do STJ que entende não haver qualquer óbice à adoção por casais homoafetivos, haja vista o reconhecimento dessas uniões como unidade familiar e a ausência de vedação legal.²²⁰

²¹⁹FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 946.

²²⁰DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO DE CRIANÇA POR PESSOA HOMOAFETIVA. É possível a inscrição de pessoa homoafetiva no registro de pessoas interessadas na adoção (art. 50 do ECA), independentemente da idade da criança a ser adotada. A legislação não veda a adoção de crianças por solteiros ou casais homoafetivos, tampouco impõe, nessas hipóteses, qualquer restrição etária. Ademais, sendo a união entre pessoas do mesmo sexo reconhecida como uma unidade familiar, digna de proteção do Estado, não se vislumbra, no contexto do "pluralismo familiar" (REsp 1.183.378-RS, DJe 1º/2/2012), pautado nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a possibilidade de haver qualquer distinção de direitos ou exigências legais entre as parcelas homoafetiva (ou demais minorias) e heteroafetiva da população brasileira. Além disso, mesmo se se analisar sob o enfoque do menor, não há, em princípio, restrição de qualquer tipo à adoção de crianças por pessoas homoafetivas. Isso porque, segundo a legislação vigente, caberá ao prudente arbítrio do magistrado, sempre sob a ótica do melhor interesse do menor, observar todas as circunstâncias presentes no caso concreto e as perícias e laudos produzidos no decorrer do processo de adoção. Nesse contexto, o bom desempenho e bem-estar da criança estão ligados ao aspecto afetivo e ao vínculo existente na unidade familiar, e não à opção sexual do adotante. Há, inclusive, julgado da Terceira Turma do STJ no qual se acolheu entendimento doutrinário no sentido de que "Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas [...] têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo" (REsp 1.281.093-SP, DJe 4/2/2013). No mesmo sentido, em precedente da Quarta Turma do STJ (REsp 889.852, DJe 10/8/2010), afirmou-se que "os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na

Dentro do contexto de famílias homoafetivas é importante apontar que muitas dessas famílias são formadas pela genitora ou pelo genitor, com suas filhas e filhos trazidos de uma relação heterossexual anterior, e sua nova companheira ou companheiro. Nessa nova estrutura familiar que surge, é comum que a companheira ou o companheiro do genitor e este, passem a exercer conjuntamente a função parental dos filhos, e que surja uma convivência familiar capaz de gerar vínculos de afinidade e afetividade entre todos.

É impossível não reconhecer uma família nesse cenário, e é inaceitável privar da proteção jurídica todos os envolvidos; sobretudo, os filhos crianças e adolescentes, de todos os efeitos inerentes às relações familiares e parentais.²²¹ Esse é um exemplo em que surge a ainda mais nova questão, que é a hipótese de multiparentalidade, a qual será tratada posteriormente.

Outra questão relevante, também bastante comum nas relações homoparentais, é a atinente à reprodução assistida, a qual também será tratada à parte, a seguir.

Dessa forma, o reconhecimento da filiação homoparental já é uma realidade, entretanto, é necessário que o legislador atue no sentido de editar leis que tratem das questões peculiares relativas à parentalidade socioafetiva decorrente das famílias homoafetivas.

3.2.4. Filiação decorrente da reprodução assistida

Os avanços na área de reprodução humana foram responsáveis por quebrar inúmeros paradigmas que sempre existiram sobre reprodução e vínculos de parentalidade. Até algumas

Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), 'não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores'". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.540.814-PR. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1540814&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.).

²²¹DIAS, op. cit., p. 408.

décadas atrás, a humanidade conhecia apenas a reprodução proveniente de um ato sexual entre uma mulher e um homem.

Na década de 1940, entretanto, as técnicas de reprodução assistida passaram por um importante avanço com a possibilidade de congelamento do sêmen. Até então, para que fosse possível a inseminação artificial, a introdução do sêmen no colo uterino deveria ser feita imediatamente após a coleta do esperma do doador; e apenas em 1978, na Inglaterra, nasceu a primeira bebê de proveta, Louise Brown.²²²

Silvia da Cunha Fernandes²²³ explica que a inseminação artificial como forma de fecundação assexual:

representa a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula, objetivando a gestação diante da deficiência pelo processo reprodutivo normal. É a introdução do esperma masculino diretamente no útero da mulher, ausente o ato sexual. A inseminação ou a introdução do sêmen no útero feminino em procedimento laboratorial não garante a fecundação, porque o óvulo e o espermatozoide podem não se fundir. É dos procedimentos mais simples, com poucos recursos tecnológicos, onde os espermatozoides do marido (inseminação homóloga) ou de um banco de esperma (inseminação heteróloga) são colocados, selecionados, preparados e transferidos para o colo do útero.

Utiliza-se para designar as várias técnicas de reprodução medicamente assistida expressões como “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”. A reprodução assistida poderá ser homóloga ou heteróloga.

A reprodução homóloga é aquela em que os gametas feminino e masculino do casal que pretende ter filhos são manipulados. A heteróloga ocorre quando se utiliza material genético de doador anônimo, e nesse caso o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente; sendo que nos casos em que essa for casada e que o marido tenha consentido com a inseminação heteróloga, aplicar-se-á a presunção de paternidade.²²⁴

Rofl Madaleno²²⁵ esclarece que:

²²²MADALENO, op. cit., p. 561-562.

²²³FERNANDES, apud MADALENO, op. cit., p. 563.

²²⁴DIAS, op. cit., p. 400.

²²⁵MADALENO, op. cit., p. 575-576.

Diante das técnicas de procriação assistida, pai e mãe serão aqueles que expressaram sua vontade de procriar e que tomaram as medidas necessárias para que sua vontade parental fosse concebida e gestada com ajuda altruísta e desinteressada de uma mãe gestacional, podendo ocorrer ou não, a doação anônima do óvulo (Resolução n. 2.013/2013 do CFM, seção IV, 2)

A maior parte das questões atinentes à reprodução assistida é regulada por leis especiais e não pelo Código Civil, o qual trata a matéria de forma incompleta e superficial em seu artigo 1.597²²⁶.

Importante ressaltar que o Conselho Federal de Medicina em sua Resolução n. 2.013/13, regulamenta o uso das técnicas de reprodução assistida por casais homossexuais.²²⁷

Logo, os casais homoafetivos também podem recorrer à reprodução assistida para realizarem o desejo de se tornarem mães e pais; e sobre a parentalidade socioafetiva que surge, Maria Berenice Dias²²⁸ pondera que:

Não reconhecer que o filho que tem dois pais ou duas mães é se deixar levar pelo preconceito. Não cabe tentar encontrar justificativas para afastar a criança de seu lar e da companhia de quem considera seus pais. Tais posturas, além de infirmarem o princípio do melhor interesse da criança, que tem direito à convivência familiar, afronta cânones consagrados constitucionalmente: o direito à liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana. De outro lado, permitir que exclusivamente o pai biológico tenha um vínculo jurídico com os filhos assim gestado e olvidar tudo que vem a justiça construindo através de uma visão mais ampliada da estrutura familiar.

Trata-se da situação de bimaternidade e de bipaternidade, que não se confundem com a multiparentalidade, a qual pressupõe que haja três ou mais pessoas figurando como mães e pais no registro de nascimento. A bimaternidade e a bipaternidade ocorre nos casos em que

²²⁶BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

²²⁷DIAS, op. cit., p. 400.

²²⁸Ibid., p. 408.

constam apenas duas mães ou dois pais no registro de nascimento, nas hipóteses de filiação homoparental decorrente de adoção ou reprodução assistida.²²⁹

Cabe esclarecer que os casos de reprodução assistida não deveriam ser tratados como hipótese de adoção pela companheira ou companheiro do genitor, mas como filiação. Deve-se aplicar nesses casos as presunções legais de filiação e o direito de que os casais homossexuais têm de registrar seus filhos;²³⁰ sobre o que Maria Berenice Dias²³¹ esclarece:

Reconhecidos os casais homoafetivos como entidade familiar, constituindo união estável e estando assegurado acesso ao casamento, nada justifica não incidirem as presunções legais de filiação. Desse modo comprovada a união ou o casamento, é o que basta para proceder-se ao registro, sem a necessidade da propositura de ação de reconhecimento e muito menos de adoção.

Nesses casos, a justiça tem admitido o duplo registro; mas, sem qualquer motivo, requer seja aguardado o nascimento da criança para deferimento do pedido. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso, entretanto, expediu o Provimento n. 54/2014 no qual autoriza o registro de nascimentos no Registro Civil nesses casos, independente de qualquer procedimento judicial prévio.²³²

A crítica que Maria Berenice Dias faz no sentido de que nas hipóteses de bimaternidade e bipaternidade advindas da reprodução assistida heteróloga deve-se aplicar a presunção de filiação não é unânime. Nesse sentido, o STJ em uma decisão de dezembro de 2012 entendeu se tratar de hipótese de adoção pela companheira ou companheiro do genitor.²³³

²²⁹ CASSETARI, op. cit., p.159-160.

²³⁰ DIAS, op. cit., p. 408.

²³¹ Ibid., p. 409.

²³² Ibid., p. 408-409.

²³³ DIREITO CIVIL. ADOÇÃO. CONCESSÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL DE MENOR FRUTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA À COMPANHEIRA DA MÃE BIOLÓGICA DA ADOTANDA. A adoção unilateral prevista no art. 41, § 1º, do ECA pode ser concedida à companheira da mãe biológica da adotanda, para que ambas as companheiras passem a ostentar a condição de mães, na hipótese em que a menor tenha sido fruto de inseminação artificial heteróloga, com doador desconhecido, previamente planejada pelo casal no âmbito de união estável homoafetiva, presente, ademais, a anuência da mãe biológica, desde que inexista prejuízo para a adotanda. O STF decidiu ser plena a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, o que trouxe, como consequência, a extensão automática das prerrogativas já outorgadas aos companheiros da união estável tradicional àqueles que vivenciem uma união estável homoafetiva. Assim, se a adoção unilateral de menor é possível ao extrato heterossexual da população,

Em resposta à falta de legislação atinente à reprodução assistida e à crescente demanda da sociedade; em julho de 2015, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 2.121/15, a qual estabelece normas éticas que devem ser observadas nas hipóteses de reprodução assistida; tais como: limite de idade para se submeter ao procedimento, disciplina a transferência embrionária e a gestação por substituição, permite a utilização da reprodução assistida por pessoas solteiras, permite a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não existe infertilidade.²³⁴

Nesse mesmo sentido e seguindo o entendimento do Provimento n. 54/2014 do TJMT, foram editados o Enunciado n. 608/15, da VII Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e o Enunciado 12/15, do X Congresso Brasileiro de Direito de Família, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); os quais tornaram possível o registro de nascimento de filhos de casais homoafetivos advindos da reprodução assistida diretamente no cartório de Registro Civil, sem que seja necessária prévia autorização judicial, sempre que houver regulamentação da Corregedoria local.²³⁵

Nesse contexto, em outubro de 2015 a Corregedoria-Geral de Justiça de Pernambuco editou o primeiro ato normativo em consonância com a referida Resolução 2.121/15, do CFM, qual seja o Provimento 21/15. Esse provimento é mais um ato no sentido de regulamentar e ‘desjudicializar’ a reprodução assistida e a gestação por substituição realizada por casais

também o é à fração homossexual da sociedade. Deve-se advertir, contudo, que o pedido de adoção se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". Nesse contexto, estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. Dessa forma, a referida adoção somente se mostra possível no caso de inexistir prejuízo para a adotanda. Além do mais, a possibilidade jurídica e a conveniência do deferimento do pedido de adoção unilateral devem considerar a evidente necessidade de aumentar, e não de restringir, a base daqueles que desejem adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que, longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.281.093-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1281093&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.).

²³⁴ ALVES. Jones Figueirêdo. *Reprodução humana assistida começa a se desjudicializar*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-21/jones-alves-reproducao-humana-assistida-comeca-desjudicializar>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

²³⁵ Ibid.

hetero ou homossexuais, ao permitir o registro civil dos filhos nascidos desses procedimentos, independentemente de intervenção judicial; além de prever expressamente a possibilidade do registro de casos de multiparentalidade.²³⁶

Em 14 de março de 2016 a Corregedoria Nacional de Justiça editou finalmente o Provimento nº 52/16, o qual regula e facilita o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão de nascimento dos filhos havidos por reprodução assistida. Esse provimento estabelece que o assento de nascimento dos filhos havidos por técnica de reprodução assistida não depende de prévia autorização judicial²³⁷; veda expressamente que os cartórios se recusem a registrar e a emitir as respectivas certidões de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida²³⁸; determina que nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado de modo a constar os nomes dos ascendentes, sem que haja qualquer distinção de gênero, quanto à ascendência materna ou paterna²³⁹.

Outra questão também bastante relevante dentro deste assunto é a concernente aos embriões excedentários, que são aqueles que foram concebidos por manipulação genética, mas que não foram implantados; e sobre eles giram muitas controvérsias e pouca regulamentação, como explica Maria Berenice Dias²⁴⁰:

As questões referentes aos embriões excedentários podem gerar delicados problemas sobre direito de personalidade, havendo o risco de serem reconhecidos como nascituros e sujeitos de direitos. Persiste acirrada a polêmica no âmbito da bioética e

²³⁶ Ibid.

²³⁷ BRASIL. Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109>>. Acesso em: 10 jul. 2017. “Art. 1º. O assento de nascimento dos filhos havidos por assistida, será inscrito no livro "A", independentemente de prévia observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo. munidos da documentação exigida por este provimento.”

²³⁸ BRASIL. Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109>>. Acesso em: 10 jul. 2017. “Art. 3º. É vedada aos Oficiais Registradores a recusa ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, nos termos deste Provimento.”

²³⁹ BRASIL. Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109>>. Acesso em: 10 jul. 2017. “Art. 1º, § 2º. Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna.”

²⁴⁰ DIAS, op. cit., p. 401.

do direito. A questão continua gerando inúmeras controvérsias, mesmo com a aprovação da Lei de Biossegurança (L 11.105/05). Ainda que seja permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias produzidas por fertilização *in vitro* e não utilizadas no prazo de três anos depois do congelamento, é necessário o consentimento dos genitores, que nem sempre é colhida.

O STF decidiu acertadamente acerca das pesquisas com célula-tronco, contrariando toda a pressão contrária ao assunto, sobretudo a eclesiástica; que as pesquisas com células-tronco não violam o direito à vida, nem a dignidade humana; e por isso rejeitou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510²⁴¹, que pretendia impedir esses estudos. Neste julgado o STF entendeu que as pesquisas com células-tronco não representam um desrespeito aos embriões congelados; e sim a reverência às pessoas humanas que sofrem de enfermidades que podem encontrar cura nesses estudos, e que essa possibilidade decorre da solidariedade e da dignidade humana, celebrando a vida. Esclareceu ainda que embrião não é uma vida humana, mas um bem, e que deve ser tratado como tal.²⁴²

²⁴¹MADALENO, op. cit., p. 568.

²⁴²CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O

que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermenêuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o

É certo que toda essa evolução familiar, social, biotecnológica e jurídica, essa última ainda que de modo muito incipiente, não cessará. Essas mudanças de paradigmas que não podem ser negadas ou ignoradas são responsáveis por ampliar cada vez mais o conceito de família e, dessa forma, integrar à sua esfera de proteção cada vez mais indivíduos e relações humanas, o que é louvável e salutar. Nesse sentido, Rolf Madaleno²⁴³ esclarece que:

Vive a sociedade mundial as transformações sociais, técnicas e científicas que desenham novas conformações familiares e a construção internacional de estandartes éticos e morais de respeito aos direitos humanos, exteriorizam a necessidade de

gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os mistérios da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatividade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%2E%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zxf6ocx>>. Acesso em: 04 mai. 2017.).

²⁴³MADALENO, op. cit., p. 575.

ampliar e amoldar a visão jurídica conferida pela Constituição Federal brasileira, para permitir que cada indivíduo tenha liberdade e o direito de planejar, planificar e executar seu projeto pessoal de família.

No entanto, na contramão de todo esse progresso, está a Igreja Católica que condena a reprodução assistida. Essa instituição prefere afastar a possibilidade de tantos casais com problemas de esterilidade ou de infertilidade de terem filhos, sob o argumento de que pretende preservar a unidade do matrimônio e a fidelidade conjugal²⁴⁴; como se esses procedimentos representassem qualquer forma de ofensa ao matrimônio ou a fidelidade. Ao contrário, trata-se de uma maneira encontrada pela ciência para possibilitar que muitos casais possam realizar o desejo de serem mães e pais, formando uma família não só mais, entre os dois, mas com a inclusão dos desejados filhos.

É certo também que a reprodução assistida não apenas não implica qualquer forma de infidelidade; mas que, ao contrário, pode preservar o relacionamento de casais infelizes pela impossibilidade de terem filhos. Permite ainda afastar a eventual culpa que o parceiro que não pode ter filhos pode sentir; e a responsabilização que o outro pode lhe atribuir, ainda que de forma velada; comportamentos que embora injustos, são humanos e comuns; e essas sim são condutas que podem destruir o relacionamento que a Igreja tem tanto interesse em preservar.

Ademais, na tentativa de defender e fortalecer seu poder, por meio de argumentos discriminatórios, inconsistentes e falaciosos a Igreja acaba por interferir nas atividades políticas; prática que certamente não é de sua alçada, e que acaba por prejudicar toda uma sociedade, que não pode ser desrespeitada por uma política baseada em interesses de uma religião; sobretudo pelo fato de o Estado Brasileiro ser laico e da sociedade brasileira seguir as mais diversas religiões e ter o direito à liberdade religiosa protegido constitucionalmente.

²⁴⁴Ibid., p. 562.

3.2.4.1. Reprodução assistida homóloga

A reprodução homóloga é aquela em que se utiliza material genético do próprio casal heterossexual que pretende ter filhos pela reprodução medicamente assistida. Caso o casal seja casado, não será necessária a prévia autorização do marido; entretanto, há certa controvérsia quando à expressão: mesmo que falecido o marido, do artigo 1.597, inciso III, do CC²⁴⁵. Entende-se majoritariamente que nessa hipótese, a permissão tem que ser expressa, no sentido do material genético poder ser usado pela viúva; de forma a respeitar a autonomia da vontade, já que não é razoável presumir que alguém pretende ser pai ainda que depois de morto. Caso não haja a autorização expressa do marido falecido nesse sentido, o material deverá ser eliminado²⁴⁶.

Logo, a viúva não possui o direito de exigir que a clínica lhe entregue o material genético de seu falecido marido, por não se tratar de um bem objeto de herança²⁴⁷. Assim, o art. 1.597, inciso III, do CC não significa que o sistema jurídico brasileiro autoriza de antemão e estimula a fertilização *in vitro post mortem*²⁴⁸.

Cumprido esclarecer que no caso de fertilização *in vitro post mortem*, não será cabível qualquer tratamento discriminatório em relação ao filho dela advindo, inclusive no que tange ao direito sucessório; pois não reconhecer os direitos das crianças geradas por fecundação artificial *post mortem* puniria o afeto e a intenção do pai de ter um filho, ainda que depois de falecido.²⁴⁹

Nada impede que seja possível que o filho gerado por reprodução assistida homóloga ou heteróloga, ainda que não concebido no momento do falecimento do doador do sêmen, seja

²⁴⁵BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.597: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; [...]”.

²⁴⁶CHINELATO, apud DIAS, op. cit., p. 401.

²⁴⁷LOBÔ, apud DIAS, op. cit., p. 401.

²⁴⁸GAMA, apud DIAS, op. cit., p. 401.

²⁴⁹ALBUQUERQUE FILHO, apud DIAS, op. cit., p. 402.

contemplado por testamento, desde que nasça até dois anos após a abertura da sucessão, nos termos do art. 1.799, I, e 1.800, §4º, do CC²⁵⁰.²⁵¹

O filho já concebido tem direito a suceder, nos termos do art. 1.798, do CC²⁵², fato que traz certa controvérsia quando estamos tratando de reprodução assistida homóloga; isso porque a lei assegura o direito sucessório ao nascituro, a partir da concepção, e é aqui que está a controvérsia. A partir de quanto se deve proteger o direito sucessório do embrião fecundado em laboratório? Desde a fecundação, ainda na fase pré-implantatória, ou apenas após a sua implantação do útero materno?²⁵³

Há quem defenda que deveria ser desde a fecundação em laboratório, já na fase pré-implantatória, pois a lei se refere apenas ao fato de ser após a concepção sem fazer qualquer referência ao local dessa concepção²⁵⁴. Há ainda aqueles que entendem que a proteção legal deve se dar apenas após a sua implantação no útero de sua mãe²⁵⁵. Esse último entendimento parece ser o mais acertado e razoável, tendo em vista que nascituro significa “o que há de nascer”, o que ocorre apenas quando o embrião fecundado em laboratório é implantado no útero materno. Antes desse momento, é possível que ele nunca seja implantado; e que, logo, não tenha a menor expectativa de nascer; tornando-se apenas um embrião excentário, que poderá ser descartado²⁵⁶.

3.2.4.2. Reprodução assistida heteróloga

²⁵⁰BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; (...) Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. (...) § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.”

²⁵¹DIAS, op. cit., p. 402.

²⁵²BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

²⁵³DIAS, op. cit., p. 401.

²⁵⁴CHINELATO, apud DIAS, op. cit., p. 402.

²⁵⁵LOBÔ, apud DIAS, op. cit., p. 402.

²⁵⁶MEIRELLES, apud DIAS, op. cit., p. 402.

A reprodução assistida heteróloga é aquela em que o parceiro ou a parceira manifesta expressamente sua concordância com o fato de que sua esposa ou sua companheira submeta-se ao procedimento no qual será utilizado material genético de outro homem. Trata-se de uma manifestação que corresponde a uma adoção antenatal, pois o marido ou o companheiro exterioriza o desejo de ser pai, de forma irretroatável²⁵⁷. Nesse caso, a criança gerada será filha do casal e não manterá qualquer vínculo de parentalidade com o doador do sêmen e seus familiares, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais.

A Resolução n. 2.013 do Conselho Federal de Medicina determina que tanto a identidade do doador, quanto da receptora devem ser mantidas em sigilo; e que a autorização paterna poderá ser revogada nos casos de divórcio, fim da união estável ou a qualquer tempo, desde que antes da implantação do embrião no útero materno.²⁵⁸

Na reprodução heteróloga, os vínculos de filiação não coincidem com a verdade biológica, assim como ocorre na adoção; pois nela privilegia-se a vontade procriacional.²⁵⁹ María Victoria Famá²⁶⁰ esclarece que se assim não fosse, a fecundação heteróloga seria inviável, pois ninguém doaria seu material genético; se a qualquer momento, pudessem atribuir-lhe a maternidade ou a paternidade; e nenhum casal recorreria a essa técnica, pois a qualquer momento o doador poderia reclamar o vínculo de filiação. Nesse caso, haveria uma enorme insegurança não apenas jurídica, mas também social e emocional em relação a todos os envolvidos. Sobre a questão Juliana Frozel de Camargo²⁶¹ ensina que:

[...] não se estabelece vínculo de filiação entre o terceiro doador, estranho ao casal e a criança nascida pela técnica reprodutiva, já que não houve a intenção de paternidade e maternidade, portanto, não há qualquer responsabilidade sobre a criança. A verdade afetiva deve bastar para a filiação, ou seja, os fundamentos sociológicos e psicológicos da parentalidade devem prevalecer, (...) Ainda que não exista lei específica, a analogia ao instituto da adoção, o estudo dos princípios que orientam, além da legislação estrangeira, não deixam dúvidas de que pai e mãe são aqueles que lutaram e realmente desejaram a criança. Daí a importância do

²⁵⁷ GAMA, apud DIAS, op. cit., p. 403.

²⁵⁸ DIAS, op. cit., p. 402-403.

²⁵⁹ MADALENO, op. cit., p. 576.

²⁶⁰ FAMÁ, apud MADALENO, op. cit., p. 576.

²⁶¹ CAMARGO, apud MADALENO, op. cit., p. 576.

consentimento livre e esclarecido, que deve constar dos contatos entre clínica e o paciente.

Nesse sentido, o Provimento 52/16 da Corregedoria Nacional de Justiça esclarece que o reconhecimento da ascendência biológica não implica o reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida²⁶².

A fecundação heteróloga é responsável por gerar presunção *juris et de jure*, pois não permite a hipótese da filiação ser impugnada. Trata-se, portanto, de uma presunção absoluta de paternidade socioafetiva²⁶³. Isso porque, caso se admitisse a impugnação, ocorreria a hipótese de paternidade incerta; tendo em vista o sigilo do doador determinado pelo Conselho Federal de Medicina e o segredo profissional do médico²⁶⁴.

Entretanto, o sigilo do doador é um assunto que ainda gera controvérsia, pois nesse caso se estaria negando ao indivíduo que nasceu desse procedimento conhecer sua origem genética. Assim, há quem defenda que ele teria o direito perquirir sua origem genética, por ação de investigação de paternidade; mas que essa não seria hábil a gerar qualquer efeito registral²⁶⁵; sobre o que esclarece Belmiro Pedro Welter²⁶⁶:

Quem autorizou a reprodução humana científica não tem direito de negar a paternidade e/ou maternidade, porque emitiu sua vontade no nascimento do filho.

[...]

Quem não autorizou o nascimento do filho medicamente assistido deverá, de imediato, ingressar com a ação negatória de paternidade e/ou maternidade biológica e/ou afetiva, porque, se for edificado o estado de filiação afetivo, não será mais possível a revogação da filiação sociológica, com aplicação analógica do art. 48, do ECA, porque se canonizou a filiação sociológica, que é irrevogável, salvo se provar algum vício jurídico.

²⁶²BRASIL. Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109>>. Acesso em: 10 jul. 2017. “Art. 2º, §4º. O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.”

²⁶³CHINELATO, apud DIAS, op. cit., p. 403.

²⁶⁴GAMA, apud DIAS, op. cit., p. 403.

²⁶⁵CAMPOS, apud DIAS, op. cit., p. 403.

²⁶⁶WELTER, op. cit., p. 32-33.

A presunção de paternidade após o falecimento do marido, nos termos do art. 1.597, III, do CC²⁶⁷, é um tema ainda controverso na doutrina. Há até quem entenda que para que se admita a presunção da paternidade nessa hipótese, seria necessário que a mulher se mantivesse na condição de viúva. No entanto, não existe qualquer justificativa para essa absurda exigência, já que o fato de ser viúva não significa que ela não tenha relações sexuais e que há muito existe o exame de DNA para dirimir qualquer dúvida acerca da origem genética de qualquer pessoa.²⁶⁸

Dessa forma, observa-se que a estrutura familiar tem sofrido mudanças extremas decorrentes da evolução biotecnológica, sobretudo nas últimas décadas; e que não há mais qualquer espaço para políticas e comportamentos discriminatórios, conservadores ou reacionários no sentido de abrir mão dos direitos de terceiros, até porque esses setores da sociedade nunca lutam para abrir mão dos seus próprios direitos.

Hoje, é social e juridicamente inadmissível que se pretenda não reconhecer e proteger essas entidades familiares e as relações de parentalidade delas decorrentes. Portanto, é necessário que o legislador edite leis que tratem dos vínculos de parentalidade provenientes de reprodução assistida, de modo a tutelá-los e a regular suas peculiaridades, afastando assim as polêmicas e a insegurança social e jurídica.

3.2.4.3. Gestação por substituição

A gestação por substituição é também conhecida como gestação por conta de outrem, maternidade por substituição, maternidade por sub-rogação ou barriga de aluguel. Entretanto,

²⁶⁷BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; [...]”.

²⁶⁸DIAS, op. cit., p. 403.

esse último, e mais conhecido nome, não corresponde tão bem à realidade em razão das inúmeras vedações que cercam o assunto.

Apesar do popular nome barriga de aluguel, o art. 199, §4º, da CRFB/88²⁶⁹ veda a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância. Assim, é proibida a gestação de filho de outrem, em troca de pagamento. A gestação por substituição trata-se de um negócio jurídico de comportamento, que gera para a “mãe de aluguel”, uma obrigação de fazer e de não fazer; e, por fim, a obrigação de dar, com a entrega do filho²⁷⁰.

No mesmo sentido, considerando o art. 104, II, do CC²⁷¹, uma criança não pode ser objeto de contrato; logo uma avença nesse sentido seria nula, tendo em vista a ilicitude do objeto; seria ainda hipótese de ilícito penal configurado no art. 242, do CP²⁷², que tipifica a conduta de dar parto alheio como próprio e registrar como seu, filho de outrem²⁷³.

Acerca das muitas vedações referentes à gestação por substituição, Maria Berenice Dias²⁷⁴ pondera:

Apesar deste verdadeiro arsenal de vedações, nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta limitações de toda ordem. E como lembra Rodrigo da Cunha Pereira, se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado²⁷⁵. De qualquer forma, nunca se questionou o fato de o procedimento de inseminação artificial ser pago, e bem pago.

²⁶⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...) § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

²⁷⁰VILLELA, apud DIAS, op. cit., p. 404.

²⁷¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:(...) II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; [...]”

²⁷²BRASIL. Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848_compilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.”

²⁷³DIAS, op. cit., p. 404.

²⁷⁴Ibid., p. 404.

²⁷⁵PEREIRA, apud DIAS, op. cit., p. 404.

A Resolução n. 2.013 do Conselho Federal de Medicina traz como restrições à gestação por substituição, o fato de ser necessário que o útero seja emprestado, sem fins lucrativos; e que a cedente seja parente de até quarto grau da mãe genética, ou seja, prima. A norma não faz qualquer referência a parentes por afinidade, mas se entende que seria possível no caso de sogra ou cunhada.²⁷⁶

Outra questão também bastante relevante, é que o uso de útero alheio afasta a presunção de *mater semper certa est*; segundo a qual, sempre se saberia com certeza quem é a mãe. Nesses casos não se pode determinar a mãe por quem gesta e pari o bebê. E tão pouco é possível considerar a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido ou o companheiro da mãe. Assim, tudo que se pode afirmar é que a gestatriz é sempre certa.²⁷⁷

É possível que haja o empréstimo do útero para a gestação, e que se doem também os próprios óvulos, para que sejam inseminados com o esperma do marido ou companheiro da mulher infértil; assumindo o compromisso de ao dar a luz, entregar a criança ao casal que assumirá a filiação. Logo, nesse caso, tanto a mãe genética, quanto a gestante estarão renunciando aos direitos maternos.²⁷⁸ María Carcaba Fernández esclarece que neste caso tratar-se-á de hipótese de inseminação heteróloga com doador conhecido.

Nora Lloveras e Marcelo Salomón²⁷⁹ esclarecem que a filiação materna advinda de fecundação extracorpórea não pode ser determinada da mesma forma que a reprodução natural, pois nesses casos, a maternidade deve ser atribuída a quem teve o desejo de ter o filho; e assumiu a condição de mãe, ainda que tenha utilizado óvulo alheio para a fecundação.

²⁷⁶DIAS, op. cit., p. 404.

²⁷⁷VILLELA, apud DIAS, op. cit., p. 404.

²⁷⁸FERNÁNDEZ, apud MADALENO, op. cit., p. 573.

²⁷⁹LLOVERAS; SALOMÓN, apud MADALENO, op. cit., p. 576.

Vale esclarecer que no caso de um casal de mulheres homossexuais, em que uma das companheiras gesta o óvulo da outra, fecundado em laboratório, não se trata de gravidez por substituição; mas de dupla maternidade, a qual já foi trabalhada.²⁸⁰

3.2.5. Filiação decorrente da multiparentalidade

Multiparentalidade refere-se à hipótese em que uma pessoa possui três ou mais pessoas figurando como mães ou pais em seu registro de nascimento. É diferente, portanto, da bimaternidade ou da bipaternidade, já tratadas; que acontecem quando uma pessoa possui apenas duas mães ou dois pais em seu registro de nascimento, como ocorre nos casos de filhos de casais homoafetivos.²⁸¹

Trata-se de uma relação de parentalidade que faz parte da realidade brasileira, em que uma criança ou um adolescente têm mais de uma pessoa exercendo simultaneamente o papel de mãe ou de pai, ou seja, tem múltiplas figuras parentais e não apenas duas.

É uma situação frequente, por exemplo, nos casos de famílias recompostas²⁸²; em que o menor de idade tem uma mãe ou um pai biológico com quem não moram; e que moram e convivem diariamente com sua madrasta ou com seu padrasto, que exerce rotineiramente todas as tarefas inerentes ao poder parental, tais como levar à escola, ao médico, ajudar no dever de casa, etc; participando e cuidando ativamente do bem estar físico e emocional de sua enteada ou de seu enteado. Nesses casos, não há que se falar em afastar a parentalidade biológica da mãe ou do pai com quem o menor de idade não mora e não divide as trivialidades do dia a dia; mas também não parece justo com a mãe ou com o pai afetivos e

²⁸⁰DIAS, op. cit., p. 405.

²⁸¹CASSETARI, op. cit., p. 159-160.

²⁸²RODRIGUES; TEIXEIRA, apud PÓVOAS, Maurício Cavallazi. *Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p.85-86.

com a própria criança ou adolescente, que esse vínculo afetivo não seja reconhecido e protegido.

Outro exemplo em que é possível o reconhecimento da multiparentalidade, é o caso em que a mãe ou o pai biológicos morre quando seus filhos ainda são crianças, e esses passam a ser cuidados como filhos por uma terceira pessoa. Nesse caso, não há motivo para que se perca a parentalidade biológica com a mãe ou o pai falecidos; e tampouco esse vínculo biológico deve ser considerado como óbice para o estabelecimento da parentalidade socioafetiva entre esses filhos menores de idade e uma tia ou um tio, por exemplo, que cuidou deles como filhos desde crianças.

Também é possível a multiparentalidade nos casos de reprodução assistida heteróloga em que o doador ou a doadora do esperma ou do óvulo também configura como mãe ou pai da criança, além do casal homoafetivo.

Belmiro Pedro Welter²⁸³ formulou a teoria tridimensional do Direito de Família, que corrobora a possibilidade jurídica de se admitir a multiparentalidade:

a compreensão do ser humano não é efetivada somente pelo comportamento com o mundo das coisas (mundo genético), como até agora tem sido sustentado na cultura jurídica do mundo ocidental, mas também pelo modo de ser-em-família e em sociedade (mundo afetivo) e pelo próprio modo de relacionar consigo mesmo (mundo ontológico). No século XXI é preciso reconhecer que a família não é formada como outrora, com a finalidade de procriação, mas, essencialmente, com a liberdade de constituição democrática, afastando-se conceitos prévios, principalmente religiosos, na medida em que família é linguagem, diálogo, conversação infinita e modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

Assim, as famílias da atualidade não se limitam à ideia da família tradicional; ao contrário, abrangem uma diversidade de modelos, em que o que deve ser observado não é a forma de estabelecimento do vínculo de parentalidade; mas a substância do relacionamento, o fato da relação se basear no afeto e resultar da liberdade e da escolha de seus integrantes.

²⁸³WELTER, apud FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 623.

Seguindo o mesmo entendimento que defende a possibilidade da existência da multiparentalidade, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues²⁸⁴, entendem que:

Em face de uma realidade social que se compõe de todos os tipos de famílias e de um ordenamento jurídico que autoriza a livre (des)constituição familiar, não há como negar que a existência de famílias reconstituídas representa a possibilidade de uma múltipla vinculação parental de crianças que convivem nesses novos arranjos familiares, porque assimilam a figura do pai e da mãe afim como novas figuras parentais, ao lado de seus pais biológicos. Não reconhecer esses vínculos, construídos sobre as bases de uma relação socioafetiva, pode igualmente representar ausência de tutela a esses menores em formação.

Dessa forma, a multiparentalidade é possível tendo em vista a igualdade de tratamento que a filiação biológica e afetiva merecem, bem como todos os demais princípios constitucionais já trabalhados. Trata-se de uma espécie de parentalidade em que há vínculos parentais de origens distintas, cuja coexistência não é impossível faticamente, tampouco vedada juridicamente²⁸⁵.

O IBDFAM manifestou-se quanto ao assunto ao editar o Enunciado nº 9, segundo o qual, *in verbis*: “A multiparentalidade gera efeitos jurídicos”.²⁸⁶

A jurisprudência é no sentido de que a parentalidade socioafetiva pode sobrepor-se à biológica, nas hipóteses em que forem confrontadas; ou com ela coexistir, quando ocorrerá a multiparentalidade.²⁸⁷

Nesse sentido, o STF decidiu pela possibilidade da multiparentalidade no RE 898060, em que o Relator. Ministro Luiz Fux teve seu voto seguido pela maioria dos Ministros, sendo que apenas Edson Fachin e Teori Zavascki divergiram.

Nessa decisão emblemática o Min. Luiz Fux aponta vários aspectos que devem ser considerados de modo a permitir a multiparentalidade, dentre os quais se destacam: a constitucionalização do direito civil; a pluralidade familiar prevista constitucionalmente; a

²⁸⁴RODRIGUES; TEIXEIRA, apud CASSETARI, op. cit., p. 170-171.

²⁸⁵Ibid., p. 214-215.

²⁸⁶CASSETARI, op. cit., p. 171.

²⁸⁷CASSETARI, op. cit., p. 169.

igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem; a relevância dos princípios constitucionais no contexto atual do direito de família; e a posição central que a pessoa humana ocupa dentro da família e do ordenamento jurídico brasileiro.²⁸⁸

²⁸⁸EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SÃO PAULO RELATOR : MIN. LUIZ FUX RECTE.(S) :A. N. ADV.(A/S) :RODRIGO FERNANDES PEREIRA RECDO.(A/S) :F. G. 2 invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinarse e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, 3 autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou 4 (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério

Em consonância com essa decisão do STF, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também reconhece a multiparentalidade, ressaltando o referido julgado e o fato de que a parentalidade socioafetiva ocupa o mesmo grau de hierarquia jurídica da biológica; não havendo, portanto, qualquer óbice para que ambas coexistam.²⁸⁹

É importante, entretanto, sempre analisar o caso concreto com cuidado e de forma criteriosa; de modo a evitar que a possibilidade de se aceitar a multiparentalidade, seja usada com objetivos meramente econômicos; como na hipótese em que alguém que é criado por uma mãe ou um pai socioafetivos durante toda a vida, que é ciente dessa condição, e nunca se interessa por buscar sua mãe ou seu pai biológico; e que depois de décadas, ao saber que sua

biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que 5 merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 898.060. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2017.).

²⁸⁹APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO PARCIAL DE REGISTRO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO AO RCPN PARA ACRESCENTAR A PATERNIDADE DO AUTOR SEM EXCLUSÃO DA DO RÉU. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. 1. À luz de recente julgado do STF, consolidou-se o entendimento de que o vínculo socioafetivo está em igual grau de hierarquia jurídica com o biológico, além de se admitir a multiparentalidade. 2. Decisão do STF em que foi reconhecida a possibilidade da dupla parentalidade, isto é, o registro em documento de identificação tanto do pai biológico como do pai socioafetivo, aprovando a tese estabelecida na Repercussão Geral 622 de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. 3. No caso dos autos, ficou evidenciada a paternidade socioafetiva do segundo apelado, que registrou a menor acreditando ser sua filha e, posteriormente, ao saber que o pai biológico era o apelante, continuou a exercer a função de pai. Ademais, há que se considerar que, pelos estudos psicológicos realizados pela equipe técnica do juízo na Ação de Guarda em apenso, a menor afirma ter dois pais e se relaciona bem com cada um deles. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC-0013384-2013.8.19.0203, Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 05 mai. 2017.).

genitora ou seu genitor faleceu deixando uma grande fortuna de herança; interessa-se por buscar o reconhecimento dessa parentalidade biológica.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues²⁹⁰ esclarecem que:

[...] os efeitos da múltipla vinculação parental operam da mesma forma e extensão como ocorre nas tradicionais famílias biparentais. Por força do princípio da isonomia, não há hierarquia entre os tipos de parentesco. Portanto, com o estabelecimento de múltiplo vínculo parental, serão emanados todos os efeitos de filiação e de parentesco com a família estendida, pois, independente da forma como esse vínculo é estabelecido, sua eficácia é exatamente igual, principalmente porque irradia do princípio da solidariedade, modo que instrumentaliza a impossibilidade de diferença entre suas consequências.

Cumpre apontar que a primeira decisão permitindo a multiparentalidade foi expedida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no início de 2015²⁹¹, e nela foi permitido o registro civil de dupla maternidade e paternidade. Nesse julgado histórico o Tribunal esclareceu que a ausência de lei acerca do assunto não é um indicativo de necessária impossibilidade jurídica do pedido, e que nesses casos a solução será a aplicação do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil que determina que nas hipóteses de omissão legal, caberá ao juiz decidir a demanda aplicando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Explicou também que os princípios da legalidade, da tipicidade e da especialidade que norteiam os registros públicos devem ser relativizados naquilo que não forem compatíveis com os princípios da CRFB/88, mesmo porque, trata-se de uma lei anterior a promulgação da Constituição vigente. Assim, não cabe uma interpretação da lei infraconstitucional de Registros Públicos no sentido de: discriminar as pessoas, tendo em vista sua orientação sexual e os filhos, tendo em vista a sua origem; desrespeitar os princípios constitucionais da dignidade humana, da afetividade e do melhor interesse de crianças e adolescentes.²⁹²

²⁹⁰RODRIGUES; TEIXEIRA, apud PÓVOAS, op. cit., p. 92.

²⁹¹DIAS. Maria Berenice. *Proibição das famílias multiparentais só prejudica os filhos*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-01/processo-familiar-proibicao-multiparentalidade-prejudica-filhos>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

²⁹²Apelação cível. declaratória de multiparentalidade. registro civil. dupla maternidade e paternidade. impossibilidade jurídica do pedido. incoerência. julgamento desde logo do mérito. aplicação artigo 515, § 3º do CPC. A ausência de lei para regência de novos - e cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de *impossibilidade jurídica do pedido*. É que “quando a lei for

Uma hipótese ainda mais polêmica de multiparentalidade é a decorrente das chamadas famílias poliafetivas. Trata-se da hipótese em que três ou mais pessoas estabelecem uma relação amorosa, muitas vezes vivendo sobre o mesmo teto. O maior problema do reconhecimento da multiparentalidade nesse caso é a impossibilidade jurídica de se reconhecer a poligamia no Brasil. Por outro lado, trata-se de uma realidade, de uma escolha feita espontaneamente por pessoas capazes; não cabendo à sociedade e ao ordenamento jurídico marginalizá-las e negar-lhes tutela; sobre o que Maria Berenice Dias²⁹³ esclarece:

Eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à dupla conjugalidade não pode gerar proveito indevido ou enriquecimento injustificável de um ou de mais de um frente aos outros participantes da união. Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessórios. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Nem seria sequer possível, invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial.

Sobre o reconhecimento da multiparentalidade nas hipóteses de famílias poliafetivas, Cassettari pondera que as crianças que vivem nesses lares devem ter seus direitos resguardados; e caso essas estruturas familiares não sejam reconhecidas e protegidas e, por conseguinte, os vínculos de parentalidade delas oriundos; os maiores prejudicados serão

omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da “legalidade”, “tipicidade” e “especialidade”, que norteiam os “Registros Públicos”, com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a *promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação* (artigo 3, IV da CF/88), bem como a *proibição de designações discriminatórias relativas à filiação* (artigo 227, § 6º, CF), “objetivos e princípios fundamentais” decorrentes do princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana*. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infra-constitucionais, tal como a doutrina da *proteção integral* o do princípio do *melhor interesse do menor*, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da *afetividade*, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da “multiparentalidade”, com a publicidade decorrente do registro público de nascimento. DERAM PROVIMENTO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APC-0461850-92.2014.8.21.7000, Relelator: Des. José Pedro de Oliveira Eckert. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?NumeroProcesso=70062692876&code=0142&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%208.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 08 mai. 2017.).

²⁹³DIAS, op. cit., p. 139.

certamente os filhos²⁹⁴; situação que irá afrontar todas as disposições constitucionais tratadas neste trabalho, e em especial o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes e a proibição constitucional de tratamento discriminatório dos filhos.

Seguindo esse entendimento, em 2012 foi realizada a primeira escritura pública do país declarando a existência de união poliafetiva entre duas mulheres e um homem, em Tupã, no interior do estado de São Paulo;²⁹⁵ e em 2013 o TJRJ reconheceu a concepção poliamorista.²⁹⁶

No mesmo sentido, em abril de 2016, o 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro realizou o primeiro registro no estado, de uma união estável poliafetiva formada por duas mulheres e um homem que já viviam juntos há dois anos e meio.²⁹⁷

Assim, ainda são isolados os casos de reconhecimento das famílias poliafetivas, mas tendo em vista todos os princípios constitucionais e a direção seguida pela doutrina e pela jurisprudência, não há motivo para não reconhecer as uniões poliafetivas como entidades familiares; quando formadas por consentimento mútuo e entre pessoas capazes; o que certamente não se confunde com as hipóteses de relações paralelas sobre as quais um ou mais envolvidos não têm consciência da situação, como ocorre nos casos de adultério.

²⁹⁴CASSETARI, op. cit., p. 190.

²⁹⁵ESCRITURA reconhece união afetiva a três. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novo-site>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

²⁹⁶APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE SE DESPEDIR DO EX-CONSORTE. RELAÇÃO CONCUBINÁRIA. POSSÍVEL EM TESE QUE O EMPECILHO AO ACESSO AO ACAMADO, ATUALMENTE FALECIDO, CONFIGURASSE OFENSA À MORAL, TENDO EM VISTA O DIREITO À FELICIDADE, A CONCEPÇÃO POLIAMORISTA E A PRELAZIA DA AFEIÇÃO. PORÉM, NÃO HOUE PROVA DO EMBARAÇO ALEGADO, PELO QUAL OS REÚS TERIAM IMPEDIDO A VISITAÇÃO AUTORAL. ÔNUS DO ART. 333, I, DO CPC. PROVA TESTEMUNHAL FRÁGIL, SUPORTADA EM DECLARAÇÃO DA AUTORA E DE SUA FILHA. FORÇA PROBANTE REDUZIDA, PELA MÁCULA DE TER SIDO INFLUENCIADA PELA TESE DA PARTE AUTORA. RECURSO DESPROVIDO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC-0000210-95.2009.8.19.0207, Relator: Des. Gabriel de Oliveira Zéfiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 09 mai. 2017.).

²⁹⁷MENDONÇA, Alba Valéria. *Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação*: os três vivem juntos há dois anos e meio e oficializaram a união na sexta (1º). Famílias das duas mulheres ainda não aceitam o relacionamento do trio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/primeiro-ter-uniao-estavel-com-2-mulheres-no-rio-fala-sobre-relacao.html>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

Dessa forma, embora a multiparentalidade também careça de legislação, não resta dúvidas acerca de sua existência social e tampouco de seu reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência; haja vista não existir qualquer óbice fático ou jurídico que impossibilite a coexistência entre a parentalidade socioafetiva e a biológica; ao contrário, o que há são os princípios constitucionais já trabalhados que não apenas permitem o seu reconhecimento, mas que também o fundamentam. Sendo certo que se trata de um assunto que deve ser sempre analisado com muito cuidado e critério em cada caso concreto

4. EFEITOS JURÍDICOS DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: DIREITOS E DEVERES IGUAIS AOS PROVENIENTES DA PARENTALIDADE BIOLÓGICA

A parentalidade socioafetiva, tendo em vista todo o exposto neste trabalho, deverá gerar os mesmos efeitos da parentalidade biológica. Ressalta-se que o art. 1.593, do CC/02²⁹⁸ é o dispositivo desse diploma legal, responsável por permitir a parentalidade socioafetiva, igualando-a a biológica, ao determinar que o parentesco poderá decorrer da consanguinidade ou de outra origem. Dessa forma, o vínculo socioafetivo deverá produzir efeitos como: impedimento para o casamento, direito a alimentos, direito sucessório, etc; os quais serão tratados a seguir.

4.1. Extensão da parentalidade socioafetiva no que tange às relações de parentesco

O primeiro efeito da parentalidade socioafetiva será a modificação da árvore genealógica do filho socioafetivo, o qual passará a ter novos ascendentes e colaterais. Assim, todos os impedimentos para o casamento previstos no art.1.521, do CC/02 devem ser observados nas relações socioafetivas materno/paterno-filiais e nos parentescos delas decorrentes; e devem também ser mantidos os impedimentos matrimoniais em relação à família biológica.

Importante ressaltar, que o art. 1.521, IV e V, do CC/02²⁹⁹ precisa ser reinterpretado; pois ao tratar dos impedimentos para o casamento, refere-se apenas à sua vedação entre

²⁹⁸BRASIL. Código Civil de 2.002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 mai. 2017. “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

²⁹⁹BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.521. Não podem casar: (...) IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; [...]”

irmãos unilaterais, bilaterais e entre o adotado e o filho do adotante; mas o dispositivo deveria fazer referência à vedação do casamento entre irmãos socioafetiva, o que não ocorre;³⁰⁰

Christiano Cassettari³⁰¹ explica:

Assim, temos que, quando um pai ou mãe reconhece uma paternidade ou maternidade socioafetiva, esse filho passará a ter vínculos de parentesco com seus outros parentes. Com isso surgirão os conceitos: avós, bisavós, triavós, tataravós, irmãos, tios, primos, tios-avós socioafetivos, que irão acarretar todos os direitos decorrentes dessa parentalidade. Por exemplo, se o pai ou a mãe socioafetivos não tiver condições de pagar pensão alimentícia ao filho, poderão ser chamados os avós. Se a pessoa morre e só deixa um tio socioafetivo, terá esse tio o direito sucessório; (...). Isso se faz necessário para que seja atendido o princípio da igualdade e que a declaração de filiação socioafetiva não se torne uma fábrica de pedidos de pensão alimentícia, em que a pessoa busca apenas o bônus, sem querer assumir o ônus.

Dessa forma, observa-se que a maternidade e a paternidade socioafetivas farão com que o filho tenha também, avós, bisavós, irmãos, tios e primos socioafetivos. Todos os parentes de sua mãe ou de seu pai socioafetivos serão seus parentes socioafetivos; e o tratamento dispensado a essas relações, será o mesmo daquele decorrente dos laços de sangue.

Assim, se, por exemplo; a mãe e o pai socioafetivos não puderem prestar alimentos, o filho poderá requerer essa prestação de seus avós socioafetivos; do mesmo modo, se o filho falecer sem deixar descendentes e seus pais forem pré-mortos, os avós socioafetivos vivos serão os seus herdeiros. Enfim, os direitos e os deveres oriundos das relações de parentesco socioafetivo serão iguais aos que decorrem dos vínculos de parentesco consanguíneo.

4.2. Alimentos entre parentes socioafetivos

A parentalidade socioafetiva deve gerar os mesmos efeitos das relações de parentesco originadas da consanguinidade³⁰². Assim, como esclarecido no tópico anterior, a parentalidade socioafetiva não gera laços apenas entre mães, pais e filhos socioafetivos;

³⁰⁰ CASSETARI, op. cit., p. 113.

³⁰¹ Ibid., p. 115-116.

³⁰² BRASIL. Código Civil de 2.002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 mai. 2017. “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

mas também vínculos socioafetivos entre irmãos, primos, netos e avós, sobrinhos e tios, etc. Portanto, dessas relações de parentesco, decorrerá o direito de receber alimentos e o dever de prestá-los; como Christiano Cassettari³⁰³ pondera:

[...] a paternidade ou maternidade socioafetiva gera uma parentalidade entre pais e filhos e por esse motivo liga esse filho aos outros parentes dos pais, pois ele terá avós, bisavós, irmãos, tios, sobrinhos, primos, etc. Em decorrência disso, cumpre lembrar que, a par do que já ocorre na parentalidade biológica, o dever de prestar alimentos é recíproco entre todos os parentes, consoante o *caput* do art. 1.694 do Código Civil. Dessa forma, o filho socioafetivo poderá pleitear alimentos dos seus avós, bisavós, irmãos, tios, sobrinhos, primos, e assim por diante, como também poderá ser demandado por isso, haja vista que a parentalidade não traz apenas bônus, mas também o ônus da responsabilidade alimentar.

Dessa forma, conforme determina o art. 1.694, do CC³⁰⁴, os parentes podem pedir alimentos uns aos outros. Nesse caso, tal qual ocorre nas relações consanguíneas, também deverá ser observado o binômio necessidade do reclamante e possibilidade do reclamado, para a determinação do montante da obrigação alimentar.

Sobre a importância desse efeito dentro das relações socioafetivas Rolf Madaleno³⁰⁵ esclarece que:

[...] o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal, em razão da idade, doença, incapacidade ou ausência de trabalho. Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável. [...].

Corroborando esse entendimento, o CJF editou o Enunciado 341, segundo o qual: “Para fins do art. 1.696³⁰⁶, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.³⁰⁷

³⁰³Ibid., p. 120.

³⁰⁴BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

³⁰⁵MADALENO, op. cit., p. 907.

³⁰⁶BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco

O TJRJ, seguindo a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores, tem decidido no sentido de determinar a prestação de alimentos quando tiver sido estabelecido o vínculo socioafetivo; ainda que seja comprovada a inexistência de laços biológicos, fundamentando-se no fato de que a filiação socioafetiva é um direito personalíssimo de crianças e adolescentes consagrado pelo art. 227, §6º, da CRFB/88.³⁰⁸

Dessa forma, tem-se que o vínculo socioafetivo estabelecido entre mães, pais e filhos trata-se de uma relação jurídica da qual decorre a reciprocidade da prestação de alimentos, que se estende também aos parentes colaterais, tal qual acontece com as relações de parentesco provenientes da consanguinidade.

4.3. Guarda dos filhos socioafetivos

A guarda dos filhos menores de idade advinda do exercício do poder familiar decorrente da parentalidade socioafetiva deverá ser exercida pelas mães e pelos pais

entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

³⁰⁷CASSETARI, op. cit., p. 117.

³⁰⁸APELAÇÃO. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL, COM EXONERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VOLUNTÁRIO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO INEXISTENTE. AUTOR QUE, MUITO EMBORA DUVIDASSE DO PARENTESCO DE SANGUE EM RELAÇÃO À RÉ, REALIZOU VOLUNTARIAMENTE O SEU REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO, EM 10/01/1995, ASSUMINDO A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, AINDA QUE NÃO DEMONSTRASSE, AO LONGO DOS ANOS, SENTIMENTOS E EMOÇÕES DE CARINHO PELA APELANTE. EXAME DE DNA COM RESULTADO NEGATIVO, REALIZADO QUANDO A RÉ JÁ CONTAVA COM 16 ANOS DE IDADE, COM A FINALIDADE DE DESOBRIGAR O APELADO DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS. VÍNCULO DE PATERNIDADE QUE NÃO SE ROMPE APENAS PELA INEXISTÊNCIA DE HERANÇA GENÉTICA, SENDO INDISPENSÁVEL A PROVA ROBUSTA DE ERRO ESCUSÁVEL OU FALSIDADE DO REGISTRO, O QUE NÃO SE DEU NO CASO (PRECEDENTES DO STJ). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA QUE CONSAGRA A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE DO MENOR (ART. 227, § 6º). FORTE VÍNCULO SOCIOAFETIVO ESTABELECIDO COM OS DEMAIS MEMBROS DA FAMÍLIA PATERNA, ASSIM COMO PELA APELANTE EM RELAÇÃO AO APELADO, AINDA QUE SEM RECIPROCIDADE. AUTOR QUE SE COMPORTAVA SOCIAL E ECONOMICAMENTE COMO PAI DA RÉ. DESAFETIVIDADE QUE NÃO LEGITIMA A RUPTURA DO VÍNCULO DE PATERNIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DEVE SER REFORMADA PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS AUTORAIS. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC-0002673-22.2011.8.19.0051, Relator: Des. Gabriel de Oliveira Zéfiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1>>. Acesso em: 05 mai. 2017.).

socioafetivos, tal qual ocorre na parentalidade biológica; nos termos do art. 1.566, IV, do CC/02³⁰⁹

Trata-se de um dos efeitos da parentalidade, que deverá ser exercido pelas mães e pelos pais socioafetivos e biológicos em relação aos seus filhos, de modo a protegê-los e a atender a seus interesses inerentes à condição de pessoas em desenvolvimento.

Nos casos em que mães e pais vivam sob o mesmo teto com seus filhos, a guarda será exercida conjuntamente entre eles. Nas hipóteses em que mães e pais morem separadamente, por qualquer motivo, a guarda deverá ser exercida preferencialmente de forma compartilhada. Entretanto, excepcionalmente, poderá ser exercida unilateralmente; quando da análise do caso concreto concluir-se que essa é a opção que melhor atende aos interesses da criança ou do adolescente em questão.

A guarda compartilhada, que deve prevalecer sempre que possível, caracteriza-se pela responsabilização conjunta e pelo exercício concomitante dos direitos e dos deveres parentais. Nesse caso, o período de convívio com os filhos deve ser estabelecido de forma equilibrada, a cidade determinada como base de moradia dos filhos deverá ser a que melhor atenta aos seus interesses, e para tanto deverá sempre se analisar o caso concreto e o que for melhor para as crianças e para os adolescentes envolvidos; nos termos do art. 1.583, §2º e §3º, do CC/02³¹⁰.

Maria Berenice Dias³¹¹ esclarece sobre o momento difícil vivido por todos nos casos de divórcio e a importância do estabelecimento da guarda compartilhada:

[...] não se pode deixar de atentar para o momento de absoluta fragilidade emocional em que eles se encontram quando da separação. Daí a recomendação ao juiz para

³⁰⁹BRASIL. Código Civil de 2.002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 mai. 2017. “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: (...) IV - sustento, guarda e educação dos filhos [...]”

³¹⁰BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 mai. 2017. “Art. 1.583. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.”

³¹¹DIAS, op. cit., p. 523.

que mostre as vantagens da guarda compartilhada (CC 1.583 §1º). O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba refletindo nos próprios filhos, que, muitas vezes, são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. (...) Reconhecendo o juiz que o acordado pelos pais não atende aos interesses dos filhos, pode determinar a guarda compartilhada.

Conforme colocado, hoje há a preferência pelo estabelecimento desse tipo de guarda sempre que for possível, pois essa traz benefícios às crianças e aos adolescentes que podem conviver de forma mais próxima com a mãe e com o pai; e por demonstrar a igualdade de importância que ambos exercem na criação e no desenvolvimento físico e psíquico saudável e pleno de seus filhos.³¹²

Nas hipóteses em que mães e pais não vivam sob o mesmo teto que os filhos e que não seja possível a guarda compartilhada, o juiz atribuirá a guarda unilateral apenas à mãe ou ao pai socioafetivo ou biológico; ou, ainda, a um terceiro que os substitua; caso a mãe e o pai não tenham condição de exercer a guarda e assim for melhor para os filhos menores de idade. Nesse caso, a mãe ou o pai que não detém a guarda deverá supervisionar os interesses dos filhos; e, para tanto, poderá solicitar informações e/ou prestações de contas objetivas ou subjetivas concernentes à saúde física e psicológica, e à educação de seus filhos³¹³.

A mãe ou o pai que não tenha a guarda do filho menor de idade, terá também garantido o direito de visita, o qual se estende aos demais parentes, e que decorre do princípio da convivência familiar que protege crianças e adolescentes. Essa visitação será determinada a critério do juiz, sempre levando em consideração o melhor interesse do menor de idade, nos termos do art. 1.589, do CC³¹⁴ ³¹⁵.

³¹²MOTTA, apud DIAS, op. cit., p. 525-526.

³¹³BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 mai. 2017. “Art. 1.583. § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.”

³¹⁴BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016. “Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado

Christiano Cassettari pondera que as questões que envolvem guarda devem ser igualmente tratadas nas hipóteses de filhos biológicos e socioafetivos³¹⁶:

[...] verifica-se que tanto o pai quanto a mãe socioafetivos terão direito à guarda do filho, pois não há preferência para o exercício do guarda, unilateral ou compartilhada, de uma criança ou adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva, pois o que deve ser atendido é o melhor interesse da criança.

Nos casos em que tanto a mãe, quanto o pai socioafetivo ou biológico, não apresentem as qualidades e condições necessárias para o efetivo exercício da guarda; e que seja necessária a atribuição da guarda a terceira pessoa, o juiz deverá dar preferência a um membro da família extensa da criança ou do adolescente, considerando sempre quem ostenta as melhores características para exercer essa função, e com quem o menor de idade tem maior afinidade e afetividade, conforme disposto no art. 1.584, §5º, do CC/02.

Ressalta-se que os dispositivos do CC/02 atinentes à guarda, referem-se sempre aos genitores das crianças e dos adolescentes; mas se deve fazer uma interpretação extensiva desses artigos, de modo a incluir também as mães e os pais socioafetivos pelas razões trabalhadas neste estudo.

Importante esclarecer que a existência de mãe ou pai biológicos não impede que a guarda seja atribuída à mãe ou ao pai socioafetivos, quando deverão ser observadas as peculiaridades do caso concreto e o melhor interesse da criança ou do adolescente envolvido. Nesse sentido, o TJSP decidiu em sede de agravo de instrumento, determinar a guarda provisória de uma criança ao seu pai socioafetivo, em detrimento do pai biológico.³¹⁷

pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.”

³¹⁵DIAS, op. cit., p. 524.

³¹⁶CASSETARI, op. cit., p. 126.

³¹⁷GUARDA DE MENOR. DECISÃO QUE CONCEDEU A GUARDA PROVISÓRIA DO MENOR EM FAVOR DO AGRAVADO, PAI AFETIVO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MENOR QUE DESDE O SEU NASCIMENTO RESIDIU COM O AGRAVADO E SUA GENITORA. INSURGÊNCIA DO AGRAVANTE, PAI BIOLÓGICO DA CRIANÇA. FALECIMENTO DA GENITORA DO MENOR. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. A paternidade socioafetiva estabelecida entre o agravado e o menor restou comprovada nos autos. O agravado reconheceu tacitamente o menor como seu filho. Essa condição permaneceu durante quase quatro anos, de forma que não como desconstituir o vínculo paterno, pois ainda que posteriormente a criança tenha passado a residir com seu pai biológico devido ao falecimento de sua genitora, é certo que o agravado conferiu ao menor durante todo esse

No mesmo sentido, o TJMG determinou também em decisão de agravo de instrumento, pela manutenção da guarda da criança com os pais socioafetivos. A decisão ressalta que o vínculo biológico, por si só, não afasta a possibilidade de guarda pelos pais socioafetivos por não haver hierarquia entre a parentalidade socioafetiva e a biológica; e que a decisão deve sempre ser pautada no princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente.³¹⁸

Dessa forma, observa-se mais uma vez, que não há hierarquia ou diferença de tratamento entre a parentalidade socioafetiva e a biológica; e que nada impede que a guarda seja estabelecida em prol da mãe ou do pai com quem a criança ou adolescente tem vínculo socioafetivo, ainda que em detrimento da mãe e do pai biológicos; caso se conclua que essa é a decisão que melhor atende aos interesses do menor de idade.

4.4. Direito de visita dos filhos socioafetivos

período tratamento de filho. É certo que o pai biológico, ao que tudo indica, manteve convívio com o menor, lhe dispensando carinho, atenção e cuidado. Contudo, não há como afastar o laço afetivo mantido entre o menor e o agravado. Durante quase quatro anos o agravado, cônjuge da genitora da criança, dispensou ao menor, diariamente, os cuidados decorrentes do poder familiar. Nesse período foi estabelecida a rotina da criança, a qual, a cada quinze dias, deixava a residência na cidade de São Pedro para conviver com pai biológico e retornava ao convívio com o agravado, sua genitora e sua irmã materna. Paternidade socioafetiva que deve ser levada em consideração na atribuição da guarda do menor. Recurso não provido. Tutela antecipada revogada. (Agravo de Instrumento-2225968-92.2015.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, Décima Câmara de Direito Privado/TJSP, julgamento em 09/08/2016). (LUCHETE, Felipe. *Laço entre criança e pai socioafetivo impede guarda a pai biológico, dia TJ-SP*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/laco-entre-crianca-pai-socioafetivo.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

³¹⁸AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR - AUSÊNCIA DE PROVAS QUE MACULEM A RELAÇÃO SOCIOAFETIVA - MANUTENÇÃO DO "STATUS QUO ANTE" - MELHOR INTERESSE DO INFANTE. - O vínculo biológico não afasta, por si só, a guarda dos pais socioafetivos. A noção moderna de família funda-se, preponderantemente, no afeto, não havendo hierarquia entre o vínculo biológico e o socioafetivo. Assim, a razoabilidade da decisão deve resguardar o melhor interesse da criança, com o escopo de garantir ao infante um lar amoroso, seguro e que lhe proporcione um bom desenvolvimento. - No que concerne ao infante, que já se encontra sob a guarda de fato dos agravados, deve ela ser mantida, de maneira a não submeter a criança a diferentes decisões judiciais, tendo em vista que o caso ainda prescinde de amadurecimento processual para uma solução definitiva. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-1.0166.11.001289-4/001, Relator: Des. Armando Freire. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp>>. Acesso em: 06 mai. 2017.).

Waldyr Grisard Filho³¹⁹ esclarece que o direito de visitação se trata de um direito baseado em princípios de direito natural, tendo em vista a necessidade que o ser humano tem de cultivar o afeto e de firmar os vínculos familiares de forma a garantir a sua subsistência e o seu desenvolvimento pleno.

Maria Berenice Dias³²⁰ critica o uso do termo visitação, por entender que o mais correto seria tratar como direito de convivência ou regime de relacionamento, pois o que se pretende preservar é o direito dos filhos conviverem com suas mães e com seus pais socioafetivos ou biológicos, e desses com aqueles.

O direito de visitação não se restringe apenas às mães, aos pais e seus filhos, mas como já foi colocado quando foi tratada a democratização da família; trata-se de um direito que deve ser exercido também por outras pessoas com quem a criança e o adolescente têm relação afetiva, como avós, ex-madrastas, ex-padrastos, irmãos unilaterais e irmãos ditos “políticos”.³²¹

Nesse sentido Christiano Cassetari³²² esclarece:

Assim sendo, verifica-se que tanto o pai quanto a mãe e os avós socioafetivos terão direito de conviver com o filho, podendo visitá-lo regularmente, enquanto houver o exercício do poder familiar.

Isso se aplica se a pessoa tiver pai ou mãe socioafetiva e, também, se ambos assim o forem. Não há preferência para o exercício do direito de visita de uma criança ou adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva, pois o que deve ser atendido é o melhor interesses da criança, lembrando que tal direito é extensivo, também, aos avós, não apenas biológicos, mas também, socioafetivos.

Em consonância com o exposto, o TJMG decidiu pelo direito de visitação do pai socioafetivo em relação à filha menor de idade; e teve o cuidado de respeitar a peculiaridade do caso concreto, em que a relação entre o pai socioafetivo e a família da genitora da criança é

³¹⁹GRISARD FILHO, apud DIAS, op. cit., p. 532.

³²⁰DIAS, op. cit., p. 532.

³²¹MORAES, op. cit., p.219-220.

³²²CASSETARI, op. cit., p. 127.

bastante ruim, estabelecendo que a visita ocorresse ao final de cada jornada na creche que sua filha frequenta; de modo a não piorar a relação entre todos, e prejudicar a criança.³²³

No mesmo sentido, em outra decisão, o TJMG determinou o direito de visitas do pai socioafetivo; pois entendeu que assim atenderia ao melhor interesse de sua filha socioafetiva. Ressaltou a quebra de paradigma estabelecido pela CRFB/88, a qual rompeu com as amarras biológicas das famílias tradicionais, prevendo um novo conceito eudememomista de família, moldada no afeto, no amor, no companheirismo e na felicidade de cada indivíduo que a integra.³²⁴

Dessa forma, o direito de visitação ou à convivência familiar, como preferem alguns; não é atribuído apenas às mães, aos pais, e aos demais parentes socioafetivos; mas, sobretudo, ao próprio filho; de forma a reforçar o vínculo materno/paterno-filial, e o os laços do menor

³²³AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - DEFERIMENTO DE GUARDA UNILATERAL À GENITORA - SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS DO GENITOR A FILHA REGISTRAL - EXISTÊNCIA DE EXAME DE DNA QUE EXCLUI A PATERNIDADE DO AGRAVANTE - INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE EM TRÂMITE - RELAÇÃO SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA - DECISÃO QUE NÃO PRESTIGIA O MELHOR INTERESSE DA MENOR - RECURSO PROVIDO EM PARTE. Em que pese a existência de exame científico que exclui a paternidade do agravante, tal prova não é incontestada, já que a ação de investigação de paternidade não foi concluída. Ademais, pelas provas até então colhidas, evidencia-se claramente a relação socioafetiva entre o pai registral e a menor a ensejar a prévia regulamentação de visitas. Entretanto, recomenda-se que os contatos sejam promovidos na creche que a menor frequenta, ao término de cada jornada, devido ao grau de animosidade existente entre o genitor e a família materna da infante. No mais, não restando demonstrado, prima facie, que a mãe não reúne condições de cuidar da filha, a guarda unilateral deve ser mantida, aguardando-se a evolução dos fatos e a conclusão da ação negatória em tramitação. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-1.0702.11.055978-9/001, Rel.: Des. Armando Freire. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp>>. Acesso em: 06 mai. 2017.).

³²⁴EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - NOVOS CONTORNOS DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA, SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - DIREITO DE VISITAS - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DESABONEM A CONDUTA DO PAI - BEM ESTAR DA CRIANÇA. - Após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudememomista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo. - A melhor doutrina e a atual jurisprudência, inclusive deste próprio Tribunal, estão assentadas no sentido de que, em se tratando de guarda de menor, "o bem estar da criança e a sua segurança econômica e emocional devem ser a busca para a solução do litígio" (Agravo nº 234.555-1, acórdão unânime da 2ª Câmara Cível, TJMG, Relator Des. Francisco Figueiredo, pub. 15/03/2002). - Também na regulamentação de visitas, deve ser considerado o bem estar da criança, prevalecendo aquilo que vai incentivar seu desenvolvimento físico, social e psíquico da melhor maneira possível, garantindo, sempre, seus direitos e sua proteção. - Recurso desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-1.0115.12.001451-5/001, Relator: Des. Eduardo Andrade. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp>>. Acesso em: 06 mai. 2017.).

de idade com sua família extensa socioafetiva; a fim de garantir seu desenvolvimento não apenas material, mas também social, emocional e afetivo.

4.5. Direito sucessório dos filhos socioafetivos

A CRFB/88, além das outras inéditas e relevantes mudanças trabalhadas ao longo deste estudo, foi responsável por colocar o ser humano no centro de todo o ordenamento jurídico brasileiro por meio da previsão do princípio da dignidade humana; bem como, por tutelar a diversidade familiar, o que levou ao reconhecimento e à proteção das relações socioafetivas que nascem dentro dos vários novos modelos de família; e por proibir qualquer forma de tratamento desigual entre os filhos; o que, por óbvio, incluem os direitos sucessórios; os quais devem ser aplicados a todos os filhos, sejam eles biológicos ou socioafetivos, da mesma forma.

Sobre esse novo contexto que surge com a CRFB/88 Euclides de Oliveira³²⁵ ensina que:

Como pano de fundo do estudo do direito sucessório aloca-se a principiologia constitucional de respeito à dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988), de obrigatória observância pelo sistema normativo. Nesse contexto, a atribuição de bens da herança aos sucessores deve ser pautada de acordo com esse critério de valorização do ser humano, de modo a que o patrimônio outorgado lhe transmita uma existência mais justa e digna dentro do contexto social.

Paulo Nader³²⁶ esclarece que a mitigação dos vínculos biológicos em prol dos socioafetivos não deve se restringir apenas à teoria, mas ser capaz de gerar efeitos práticos em todo o ordenamento jurídico brasileiro, o que implica repercutir também, no direito sucessório.

É indiscutível a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, como esclarecido no segundo capítulo quando foi trabalhada a ideia

³²⁵OLIVEIRA, apud CASSETTARI, op. cit., p. 128.

³²⁶NADER, apud CASSETTARI, op. cit., p. 127.

constitucionalização do direito civil; sobre o que Christiano Cassettari³²⁷ pondera, além de apontar a importância de se analisar com cuidados os casos concretos em que a parentalidade biológica é buscada apenas com objetivos patrimoniais:

[...] no que tange a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, conclui-se que serão aplicadas todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos no que concerne a tal direito. Porém, devemos ver cautela no direito sucessório, pleiteado *post mortem*, quando o autor nunca conviveu com o pai biológico em decorrência de ter sido criado por outro registral, e dele já ter recebido a herança. Acreditamos que a tese da socioafetividade deve ser aplicada às avessas, ou seja, também para gerar a perda do direito, pois, se a convivência com o pai afetivo pode gerar o direito sucessório pela construção da posse de estado de filho, caso ela não existisse poder-se-ia afirmar que não haveria direito à herança no caso em tela.

Corroborando esse entendimento, a jurisprudência tem respeitado o direito sucessório decorrente da parentalidade socioafetiva; como se observa em decisão do TJRJ, em que se concedeu o direito exclusivo sobre universalidade da herança ao filho socioafetivo, que foi adotado pela companheira do falecido. No julgado o tribunal ressalta a proibição de se dispensar tratamento discriminatório entre os filhos, tendo em vista sua origem, o que obviamente inclui os direitos decorrentes da sucessão.³²⁸

³²⁷CASSETARI, op. cit., p. 128.

³²⁸RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETICAO DE HERANÇA. ADOCAO PELA COMPANHEIRA DO FINADO. FALECIMENTO DE COMPANHEIRO SEM ASCENDENTE OU DESCENDENTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONFIGURAÇÃO. DIREITO EXCLUSIVO A UNIVERSALIDADE DA HERANÇA. Apelação Cível. Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva com pedido cumulado com o de petição à herança. Autor que conviveu com o falecido desde tenra idade até o momento de sua morte, sem deixar descendente. Prova documental robusta desta relação que, inclusive, é reconhecida pelos próprios réus-apelantes. Fato incontroverso. Desnecessidade de prova oral que se destina, exclusivamente, a comprovar fatos. Julgamento antecipado, corretamente, proferido. Cerceamento de defesa não evidenciado. Interesse processual manifesto do autor. Ausência de registro formal de paternidade que se mostra irrelevante, quedando-se perante entendimento jurisprudencial pacificado com relação à paternidade socioafetiva. Filiação que pode ser demonstrada por qualquer meio, sendo proibida inclusive distinção entre filhos de origens outras e os biológicos. Impossibilidade jurídica do pedido que se afasta. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, deste Egrégio Tribunal de Justiça, inclusive esta Colenda Câmara Cível, neste sentido. Rejeição de todas as preliminares. Falecido que incluiu seu patronímico ao prenome do autor. Atos praticados no âmbito familiar, inclusive, socialmente que comprovam a existência de imenso afeto entre ambos, que se tratavam reciprocamente, como pai e filho. Adoção do autor pela companheira do finado. Paternidade socioafetiva configurada. Direito exclusivo do autor à universalidade da herança do finado. Parecer do Ministério Público, em ambos os graus, nesse sentido. Sentença correta que se mantém. Preliminares rejeitadas e desprovimento de todos os recursos. Vencido o Des. Roberto de Abreu e Silva. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC-0035388-68.2010.8.19.0014. Relator: Des. Gilberto Dutra Moreira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=2>>. Acesso em: 05 mai. 2017.).

O TJRS esclareceu em uma decisão sobre o cuidado que se deve ter ao analisar os casos em que é flagrante que o interesse no reconhecimento da paternidade biológica visa apenas à obtenção de direitos patrimoniais. No caso em tela, a parentalidade socioafetiva já havia sido reconhecida; tendo o filho, inclusive, exercido seu direito sucessório decorrente dessa relação de filiação socioafetiva. No entanto, mais tarde, ele buscou também o reconhecimento de sua origem genética, direito que a ele foi concedido, por se tratar de um direito personalíssimo e imprescritível; sendo-lhe, contudo, negado o direito à herança decorrente da relação biológica, bem como o direito de alterar seu registro civil.³²⁹

Dessa forma, indubitável que o direito sucessório é uma decorrência lógica das relações de parentesco; e, por conseguinte, da parentalidade socioafetiva. Assim, esse direito deve ser respeitado e aplicado da mesma forma nas relações advindas de vínculos biológicos e socioafetivos. Todavia, deve-se sempre observar que o que se pretende proteger de forma isonômica são os vínculos fundados na consanguinidade e no afeto; e não tutelar interesses meramente patrimoniais e econômicos.

4.6. Direito previdenciário dos filhos socioafetivos

Existem direitos previdenciários que são conferidos aos dependentes do segurado, como a pensão por morte e o auxílio reclusão. Para tanto, são considerados dependentes para

³²⁹ APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. paternidade socioafetiva com o pai registral reconhecida. pretensão que visa exclusivamente Aos efeitos patrimoniais decorrentes da filiação biológica. Caso concreto em que reconhecida a vinculação socioafetiva entre o demandante e seu pai registral, que perdurou por anos, exercendo, o autor, os direitos decorrentes dessa filiação, com o recebimento da herança deixada pelo de cujus. Pertinente, apenas, o reconhecimento da origem genética, que restou irrefutável diante da conclusão da prova técnica – exame de DNA, sem reconhecer os direitos patrimoniais e, tampouco, alterar o registro civil do demandante, sob pena de se desfigurar os princípios basilares do Direito de Família. Sentença confirmada. APELO DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APC-0182955-67.2015.8.21.7000. Relatora: Desembargadora Sandra Brisolará Medeiros. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%+E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70064975774&num_processo=70064975774&codEmenta=6655933&temIntTeor=true>. Acesso em: 05 mai. 2017.).

efeitos previdenciários as pessoas previstas no art. 16, da Lei 8.213/91³³⁰, dentre as quais se encontram em posição prioritária, os filhos não emancipados, de qualquer condição, menores de 21 anos; inválidos; que tenham deficiência intelectual ou mental; ou que tenham deficiência grave.

Esclarece-se primeiramente, que no caso dos filhos, a dependência econômica em relação ao segurado é presumida; logo, não precisa ser comprovada para que o dependente tenha direito ao benefício. Outro ponto importante que deve ser explicado, é que, no caso de haver mais de um dependente na mesma classe; por exemplo, dois filhos e o cônjuge sobrevivente, esses ratearão o valor do benefício em partes iguais; e os eventuais beneficiários previstos nos incisos seguintes não serão contemplados; e caso o benefício de qualquer um dos dependentes cesse, o valor que ele auferia será revertido em favor dos demais da mesma classe.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reconheceu os reflexos da parentalidade socioafetiva na esfera previdenciária. O julgado esclareceu que a doutrina civilista moderna, com fundamento no princípio da afetividade, reconhece as relações de parentesco afetivas; e não mais, apenas as consanguíneas; e que o direito previdenciário não pode se manter a parte dessa realidade e desvinculado do restante do ordenamento jurídico brasileiro. Ressaltou ainda, que se trata de um direito social que tem a finalidade de proteger não apenas os filhos biológicos do segurado, mas também aqueles que o segurado cuidou

³³⁰ “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; II - os pais; III - o irmão de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, nos termos do regulamento; § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes. § 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. §4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.” BRASIL. Lei n.8.213, de 24 de julho de 1.991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 06 mai. 2017.

como filho, por afeto; e que o art. 16, da Lei 8.213/91, que trata dos dependentes, refere-se aos filhos e aos irmãos de qualquer condição.

A 1ª Câmara Regional da Bahia, TRF1, também decidiu pelo reconhecimento dos efeitos previdenciários da paternidade socioafetiva; ao manter o benefício a título de pensão por morte, prestado ao filho socioafetivo do segurado falecido.³³¹

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, concedeu pensão especial à filha socioafetivo de um pensionista especial.³³²

Cumprе ressaltar que o STJ firmou entendimento no sentido de que a criança ou o adolescente que está sob guarda do segurado figura como dependente previdenciário deste,

³³¹PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. EXCLUSÃO DE SUPOSTA COMPANHEIRA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO DO FILHO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. A sentença julgou procedente, em parte, o pedido, determinando a exclusão da ré Elizabeth Maria da Silva do rol de dependentes do falecido, por não reconhecer a existência de união estável desta com o falecido, com a reversão da pensão em favor da autora, que era casada com o de cujus, e do filho do instituidor, pois houve o reconhecimento da paternidade socioafetiva, apesar de subsistirem dúvidas quanto à paternidade biológica, que culminou na anulação do registro civil do menor pelo Juízo da 6ª Vara de Família e Sucessões de Salvador/BA. 2. Tendo falecido o segurado na constância de seu matrimônio, que era conhecido da suposta companheira, descabe o reconhecimento de sua relação afetiva com a autora como união estável. In casu, restou comprovado nos autos que a ré Elizabeth Maria da Silva tinha conhecimento da relação de matrimônio existente entre a autora e o falecido, tendo afirmado, em depoimento, que mantinha com ele uma relação aos finais de semana, a revelar a existência de um relação extraconjugal e não de uma união estável, razão pela qual deve ser excluída do benefício em questão. 3. Ainda que não se reconheça a paternidade biológica é possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva para fins previdenciários. Embora, no caso sub judice, não se olvide a dúvida sobre a paternidade biológica, restou acertadamente reconhecida na r. sentença a paternidade socioafetiva, uma vez que restou demonstrado que o falecido registrou a criança como seu filho, adimplia com os deveres que normalmente cabem aos pais, conduzia a educação do menor, velava pela sua saúde, revelando, com isso, a relação dependência econômica. Não procede, assim, o pleito de exclusão do filho. 4. Os critérios de pagamento de juros moratórios e de correção monetária devem observar o Manual de Cálculos da Justiça Federal, na sua versão em vigor ao tempo da execução. 5. Apelações às quais se nega provimento. Remessa oficial parcialmente provida para que o cálculo dos juros e da atualização monetária observe as disposições supra. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. AC 0020054-74.2004.4.01.3300, Relator: Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 06 mai. 2017.).

³³²EMENTA: ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. REVERSÃO. POSSIBILIDADE. Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. Neste sentido, são evidentes os indícios da existência de paternidade socioafetiva entre Alfredo Radmann, pensionista especial, e ex-combatente da Segunda Guerra Mundial, e a menor Thais Nascimento da Silva. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. AC-5003575-40.2010.404.7110. Relatora: Loraci Flores de Lima. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF406663376>>. Acesso em: 06 mai. 2017.).

tendo em vista o art. 33, do ECA e o princípio constitucional da prioridade absoluta dos direitos de crianças e adolescente.³³³

No mesmo sentido, outra decisão também do STJ, reconheceu a condição de dependente previdenciário do menor de idade sob guarda; tendo em vista o art. 33, do ECA e a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes preconizada pela CRFB/88.³³⁴

Dessa forma, não há mais espaço para o entendimento de que o art. 16, §2º, da Lei previdenciária 8.213/91³³⁵ deveria prevalecer sobre o art. 33, §3º, do ECA³³⁶, ao afastar a

³³³EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MENOR SOB GUARDA. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CÓDIGO FUX (CPC/2015). EMBARGOS DECLARATÓRIOS DO IAPEP REJEITADOS. 1. Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, o que não se verifica na espécie. 2. No caso em apreço, o aresto embargado resolveu fundamentadamente toda a controvérsia posta, tendo manifestado o entendimento de que o art. 33 do ECA deve prevalecer sobre a norma previdenciária, em razão do princípio constitucional da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, nos termos da jurisprudência do STJ. Precedentes: AgInt. no REsp. 1.312.012/PI, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 10.4.2017; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; RMS 36.034/MT, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 15.4.2014 e REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015. 3. A interpretação da Constituição Federal e dos seus princípios e valores deve, sempre, se sobrepor às prescrições das leis escritas, não sendo lícito ao intérprete interpretar os preceitos superiores a partir das criações sub-constitucionais, mas deve proceder de forma exatamente inversa. 4. Não se constatando a presença de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022 do Código Fux (CPC/2015), a discordância da parte quanto ao conteúdo da decisão não autoriza o pedido de declaração, que tem pressupostos específicos, os quais não podem ser ampliados. 5. Embargos de Declaração do IAPEP rejeitados. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgInt no REsp 1316633/PI, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1316633&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 jun. 2017.).

³³⁴PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MENOR SOB GUARDA. DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO SOBRE O TEMA. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. NÃO CABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), em seu art. 33, § 3º, confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários, à luz da política de proteção ao menor, consoante a Constituição da República, que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II). Precedentes. III - A vedação do art. 5º da Lei n. 9.717/98, pela qual se impede que os regimes próprios de previdência social concedam benefícios distintos daqueles do RGPS, deve ser interpretada consoante o princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente. Precedentes. IV - A Corte Especial firmou entendimento no sentido de que a suspensão dos feitos prevista no art. 543-C do CPC não alcança, necessariamente, os recursos já em trâmite no Superior Tribunal de Justiça. V - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. VI - Agravo Interno improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1346926/PI, Rel. Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1346926&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 jun. 2017.).

³³⁵BRASIL. Lei 8.213, de 24 de Julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 08 jul. 2017. “Art. 16, § 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho

condição de dependente previdenciário do menor sob guarda, por estabelecer que apenas o enteado e o menor de idade tutelado equiparam-se a filho.

Concluí-se, portanto, os dependentes provenientes das relações socioafetivas têm os mesmo direitos previdenciários daqueles que têm essa condição decorrente dos vínculos biológicos. Certeza que encontra respaldo na CRFB/88, no CC/02 e na própria legislação previdenciária; e que é corroborada pelas decisões dos Tribunais Federais e Superiores do país.

mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.”

³³⁶BRASIL. Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017. “Art. 33, § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”

CONCLUSÃO

Este estudo constatou de forma inequívoca, que a parentalidade socioafetiva é uma realidade consolidada no cenário familiar brasileiro e reconhecida pelo poder judiciário, mas ignorada pelo legislador pátrio; que ainda não se ocupou de regular adequadamente a filiação socioafetiva, legislando de forma clara e específica acerca de seu reconhecimento e de seus efeitos jurídicos.

Nesse sentido, ao longo deste trabalho, foi demonstrado que a família e as relações de parentalidade dela decorrentes não seguem um modelo estático e imutável. Ao contrário, a família é uma estrutura dinâmica fruto de uma construção social e cultural, que se modifica e evolui ininterruptamente pela história da humanidade. Os vínculos de parentalidade, por conseguinte, constituem-se de inúmeras formas, seguindo determinadas premissas, valores e interesses, e em consonância com a conjuntura familiar, social, política, econômica e religiosa de cada época e lugar.

Na mesma direção da evolução da sociedade, da família e das relações de parentalidade, o direito brasileiro também está em constante transformação, ainda que de forma lenta. Esse fato é comprovado pelo modo variado com que o ordenamento jurídico brasileiro tratou as questões referentes à família desde o Brasil Império; e, em especial, pela completa e definitiva mudança de paradigma determinada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessa perspectiva, demonstrou-se que até a promulgação da CRFB/88, a família foi tratada e protegida como um fim em si mesma; e que se sobrepunha de forma agressiva e inquestionável sobre seus integrantes, sobretudo, sobre as mulheres e sobre os filhos; tendo em vista a tradicional família patriarcal que reinou absoluta até então. Todavia, a partir da CRFB/88, os seres humanos que integram a família passaram a ocupar a posição de fim, de

centro dessa instituição; a qual se tornou apenas o meio, o instrumento para o desenvolvimento pleno de seus membros.

Dentre as mudanças relevantes e inéditas determinadas pela CRFB/88 destacam-se: a previsão do princípio da dignidade humana, segundo o qual o ser humano passa a ser o centro de todo o ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, da família; a determinação da isonomia entre mulheres e homens e, como consequência, entre esposas/mães e maridos/pais; a possibilidade de fácil dissolução da sociedade conjugal; o fato de crianças e adolescentes tornarem-se sujeitos, e não mais objetos, de direito; a proibição de tratamento discriminatório entre os filhos, tendo em vista sua origem; o estabelecimento e a proteção da diversidade familiar.

Nessa conjuntura que se forma, ressalta-se que todas as determinações feitas pela CRFB/88 devem ser observadas na criação, na interpretação e na aplicação de todo o ordenamento jurídico brasileiro; o que levou ao fenômeno da constitucionalização do direito civil, e por óbvio, do direito de família; e à democratização da família.

Em meio a essa nova realidade social, familiar e jurídica surge a parentalidade socioafetiva. Nessa há a quebra do paradigma da filiação biológica e o surgimento da parentalidade fundada na vontade e no afeto, que une mães, pais e filhos, independentemente da existência de laços de sangue. Consequentemente, dessas novas relações jurídicas que nascem, surge também a necessidade da regulação e proteção de seus efeitos jurídicos.

Entretanto, mesmo diante do incontestável progresso da sociedade e da família brasileiras, e da determinante e notável mudança de paradigma preconizado pela CRFB/88; o legislador do país insiste em se quedar inerte e omissor, e não se ocupar de realizar a função legislativa que lhe foi conferida pela sociedade que representa, ou que deveria representar; e cujos interesses deveria defender por meio da sua obrigação de legislar.

Dessa forma, grande parte das questões atinentes à parentalidade socioafetiva permanecem sem legislação clara e efetiva que as regule e as tutele; o que provoca dúvidas e incertezas em todos os envolvidos, e no poder judiciário.

Nesse contexto em que os vínculos de parentalidade socioafetiva fazem parte da realidade familiar brasileira e em que o legislador permanece inativo, inúmeras demandas são apresentadas ao poder judiciário; o qual se vê obrigado a dirimir os conflitos que lhe são postos, respaldando-se basicamente nos princípios constitucionais apresentados neste estudo.

Assim, após a análise de todas as questões que foram trabalhadas nesta pesquisa, conclui-se de forma inequívoca que a parentalidade socioafetiva é uma realidade consolidada na sociedade e reconhecida pelo poder judiciário brasileiro. Portanto, todo e qualquer argumento que vise a colocar os vínculos de filiação socioafetiva à margem da sociedade e da legislação brasileira deve ser afastado, por decorrer exclusivamente do preconceito, da falta de informação e da dificuldade que muitos têm em respeitar as diferenças e conviver com a permanente evolução social.

O poder legislativo, por sua vez, deve cumprir com a função que lhe foi imposta pela CRFB/88 e pela sociedade brasileira que o elegeu, e legislar de forma a garantir que mães, pais e filhos socioafetivos tenham seus direitos e seus deveres legalmente previstos e protegidos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALCORTA; GROSMAN, apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

ALVARENGA, Patrícia; PICCININI, César Augusto. *Maternidade e paternidade: a parentalidade em diferentes contextos*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012.

ALVES. Jones Figueirêdo. *Reprodução humana assistida começa a se desjudicializar*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-21/jones-alves-reproducao-humana-assistida-comeca-desjudicializar>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

ALVES, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMARILLA, Silmara Domingos Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

ASSUMPÇÃO, apud AMARILLA, Silmara Domingos Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

AZEVEDO, apud CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2015.

BARBOZA, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOZA, MORAES e TEPEDINO, apud AMARILLA, Silmara Domingos Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. Código Civil de 2.002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Código Civil de 2002. 19. ed. Saraiva, 2015.

_____. Código Penal de 1940. 19. ed. Saraiva, 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. 19. ed. Saraiva, 2015.

_____. Decreto-Lei n.4.657, de 04 de Setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.088.157-PB. Relator: Ministro Massumi Uyeda. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1088157&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.106.637-SP. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1106637&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.128.539-RN. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1128539&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.167.993-RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1167993&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.281.093-SP. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1281093&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.500.999-RJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1500999&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.508.671-MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1508671&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.540.814-PR. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1540814&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%20)>

2ENUME%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29&base=base Acordaos &url =http :// tinyurl . com/zxf6ocx>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 898.060. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE_898060.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-1.0166.11.001289-4/001, Relator: Des. Armando Freire. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-1.0115.12.001451-5/001, Relator: Des. Eduardo Andrade. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-1.0702.11.055978-9/001, Relator: Des. Armando Freire. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC-0000210-95.2009.8.19.0207, Relator: Des. Gabriel de Oliveira Zéfiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

_____.Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC-0002673-22.2011.8.19.0051, Relator: Des. Gabriel de Oliveira Zéfiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC-0008168-73.2012.8.19.003, Relatora: Desembargadora Helda Lima Meireles. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em 06 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC-0013384-2013.8.19.0203, Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC-0022714-79.2015.8.19.0209, Relator: Des. Edson Aguiar Vasconcelos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em 05 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APC-0035388-68.2010.8.19.0014. Relator: Des. Gilberto Dutra Moreira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=2>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APC-0182955-67.2015.8.21.7000. Relatora: Desembargadora Sandra Brisolará Medeiros. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70064975774&code=3356&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=

TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%207.%20 CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APC-0461850-92.2014.8.21.7000, Relator: Des. José Pedro de Oliveira Eckert. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70062692876&code=0142&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%208.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 08 mai. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. AC-5003575-40.2010.404.7110. Relatora: Loraci Flores de Lima. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF406663376>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____.Tribunal Regional Federal da Primeira Região. AC 0020054-74.2004.4.01.3300, Relator: Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO-572914 - 0028979-25.2015.4.03.0000, Relatora: Desembargadora Marisa Santos. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/Lista_Colecao/9?np=1#>. Acesso em: 06 mai. 2017.

BORDALLO, apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

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

CAMPOS, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, apud CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAMARGO, apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2015.

CHINELATO, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COULANGES, apud AMARILLA, Silmara Domingos Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____, apud CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DONIZETTI, apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da família, da propriedade e do estado*. Trad. Ruth M. Klaus. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2012.

ESCRITURA reconhece união afetiva a três. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novo-site>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

FACHIN, apud CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

FAMÁ, apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FERNÁNDEZ, apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERRAZ, apud MARTINS, Flávia Bahia. *Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2011.

FREYRE, apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FUJITA, apud AMARILLA, Silmara Domingos Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

GAMA, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GIDDENS, apud MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. V. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRISARD FILHO, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HAYA, apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HIRONAKA, apud AMARILLA, Silmara Domingos Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 28 jun. 2016.

LEISTER, Margareth Anne; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; ALVIM, Márcia Cristina de Souza (Org.) *Evolução dos direitos da mulher no Brasil a Lei Maria da Penha: comentários à Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Osasco: EDIFIEO, 2014.

LINS, Regina Navarro. *O livro do amor: da pré-história à renascença*. V. 1. Rio de Janeiro: Best Seller, 2013.

LLOVERAS; SALOMÓN, apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LÔBO, apud AMARILLA, Silmara Domingos Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____, apud CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

LUCHETE, Felipe. *Laço entre criança e pai socioafetivo impede guarda a pai biológico, dia TJ-SP*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/laco-entre-crianca-pai-socioafetivo.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Flávia Bahia. *Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELLES, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDONÇA, Alba Valéria. *Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação: os três vivem juntos há dois anos e meio e oficializaram a união na sexta (1º)*. Famílias das duas mulheres ainda não aceitam o relacionamento do trio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/primeiro-ter-uniao-estavel-com-2-mulheres-no-rio-fala-sobre-relacao.html>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORGAN, apud ENGELS, Friedrich. *A Origem da família, da propriedade privada e do estado*. Trad. Ruth M. Klaus. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2012.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. *Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MOTTA, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NADER, apud CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, apud CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____, apud AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____, apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

_____, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PÓVOAS, Maurício Cavallazi. *Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PRADO, Danda. *O que é família?* 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

RACAMIER, apud AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

RODRIGUES; TEIXEIRA, apud CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____, apud PÓVOAS, Maurício Cavallazi. *Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SÁ; TEIXEIRA, apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

SANTOS, apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1.988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____, apud AMARILLA, Silmara Domingos Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A Possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos*. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SIMÃO, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOLIS-PONTON, Leticia (Org.). *Ser pai, ser mãe: parentalidade: um desafio para o terceiro milênio*. Organização da tradução: Maria Cecília Pereira da Silva. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

STEIN, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TARTUCE, apud AMARILLA, Silmara Domingos Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

TEPEDINO, apud AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

TEPEDINO, apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

TEPERMAN, Daniela Wadman. *Família Parentalidade e época: um estudo psicanalítico*. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2014.

TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas Relações Homoafetivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG 21*, Belo Horizonte, ano XXVII, maio 1970.

_____, apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

VIVAS, apud SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. *A parentalidade jurídica da ação por casais homoafetivos*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.