

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIENCIAS SOCIAIS- CCSO
DEPARTAMENTO DE DIREITO

LAYNA DO NASCIMENTO ROSA

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DE
MULTIPARENTALIDADE SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO
PÁTRIO**

SÃO LUIS

2015

LAYNA DO NASCIMENTO ROSA

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DE
MULTIPARENTALIDADE SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO
PÁTRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Maria Tereza Cabral Costa
Oliveira

SÃO LUIS

2015

Rosa, Layna do Nascimento.

A paternidade socioafetiva e a possibilidade de multiparentalidade sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio / Layna do Nascimento Rosa. — São Luís, 2015.

60 f.

Orientador: Maria Tereza Cabral Costa Oliveira.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Direito de família. 2. Paternidade socioafetiva. 3. Multiparentalidade. 4. Filiação. 5. Ordenamento jurídico pátrio. 6. Registro. I. Título.

CDU 347.63

LAYNA DO NASCIMENTO ROSA

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DE
MULTIPARENTALIDADE SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO
PÁTRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Maria Tereza Cabral C. Oliveira
Orientadora

Prof.
1º Examinador(a)

Prof.
2º Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela constante proteção e por ter colocado em minha vida as pessoas a quem destino estes agradecimentos.

Aos meus queridos e amados pais, Alcioneide e José, pelo exemplo e incentivo, por serem a base de tudo o que sou, pelo esforço diário para me proporcionarem o melhor e por todo o amor, carinho e afeto que destinam a mim, pois sem eles eu não seria a pessoa que me tornei, nem teria condições de conduzir os estudos desse trabalho.

À minha irmã, Larissa, pela cumplicidade, pela amizade e companheirismo, pela orientação e aprendizado constantes.

Às minhas amigas, Jéssica Linhares, Elaine Aguiar, Gabriela Brito, Ingrid Ribeiro, Jessyca Neris, Carol Vieira e ao meu amigo Júlio César, pela amizade, pelo apoio e companheirismo diários, por serem fundamentais para o meu bem-estar e tranquilidade na efetivação dos meus estudos.

À professora Maria Teresa Cabral Costa Oliveira, pela orientação na condução deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo tem o escopo de analisar a possibilidade de aplicação do instituto da multiparentalidade no ordenamento jurídico pátrio, a partir da apresentação evolutiva dos conceitos de família e do estudo dos critérios de filiação. Para cumprir com tal objetivo, utiliza-se o método dedutivo. Ao longo da história, o conceito de família passou por transformações, principalmente no que tange à sua função, a qual passou a ser precipuamente a de realização pessoal de seus membros. A partir de então, o legislador precisou adaptar-se a essas modificações, o que resultou em diversas mutações legislativas até os dias atuais. Assim, a composição da família e toda a sua estrutura sofreram inúmeras reformas, especialmente no que tange à filiação. A paternidade socioafetiva surge como fruto de uma dessas transformações, passando a receber a mesma proteção Constitucional direcionada à paternidade biológica, possuindo fundamento na valorização jurídica do afeto. Nesse contexto, surgiram conflitos entre os critérios de filiação, quais sejam, o registral, o biológico e o afetivo, cabendo ao magistrado o encargo de analisar e fixar o critério mais adequado para cada caso concreto. Assim, surge o instituto da multiparentalidade como a solução mais ajustada, pois que prioriza a observância dos interesses da criança e do adolescente, ao evitar que eles precisem optar por uma única paternidade, quando poderiam desfrutar dos benefícios de todas as paternidades que possuíssem. Ademais, a multiparentalidade prima pela dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos, entre pais e filhos, afetivos e biológicos, além de consagrar outros princípios constitucionais, ao proporcionar a efetivação de todos os efeitos jurídicos decorrentes da filiação e do registro.

Palavras-chave: Direito de família. Família. Filiação. Paternidade. Afeto. Critérios de filiação. Socioafetividade. Biologismo. Multiparentalidade. Registro. Efeitos jurídicos.

ABSTRACT

This study has the scope to examine the possibility of applying multiparentalidade Institute in the Brazilian legal system, from the evolutionary presentation of family concepts and the study of the membership criteria. To meet this goal, we use the deductive method. Throughout history, the concept of family has undergone transformations, especially with regard to its function, which became primarily the personal fulfillment of its members. Since then, the legislator had to adapt to these changes, which resulted in a number of legislative changes to the present day. Thus, the family composition and its entire structure suffered numerous reforms, especially with regard to membership. The socio-affective paternity arises as a result of these changes, starting to receive the same constitutional protection directed to biological parenthood, having foundation in legal appreciation of affection. In this context, conflicts arose between the membership criteria, namely, the registral, biological and affective, leaving the judge the task to analyze and determine the most appropriate criteria for each case. So the multiparentalidade Institute as the most suitable solution because that prioritizes compliance with the interests of the child and adolescent arises, to avoid requiring them to opt for single parenthood when they could enjoy the benefits of all paternity possessing. Moreover, multiparentalidade press for human dignity of everyone involved, between parents and children, emotional and biological, and consecrate other constitutional principles, by providing the execution of all legal consequences arising from membership and registralidade.

Keywords: Family Law. Family. Affiliation. Paternity. Affection. Membership criteria. Socioafetividade. Biologism. Multiparentalidade. Record. Legal effects.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 DO INSTITUTO FAMILIAR.....	10
2.1 O instituto familiar no ordenamento jurídico pátrio.....	10
2.2 Função Social da Família.....	12
2.3 Princípios norteadores do Direito de Família.....	13
2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	13
2.3.2 Princípio da Solidariedade Familiar.....	16
2.3.3 Princípio do Pluralismo das entidades familiares.....	18
2.3.4 Princípio da Convivência Familiar.....	20
2.3.5 Princípio da Paternidade Responsável.....	22
2.3.6 Princípio da Afetividade.....	23
2.3.7 Princípio da igualdade e direito à diferença e princípio da igualdade entre os filhos.....	25
3. DA FILIAÇÃO.....	29
3.1 Evolução conceitual e critérios de filiação.....	29
3.1.2 Critério da verdade legal.....	32
3.1.3 Critério da verdade biológica.....	33
3.1.4 Critério da verdade afetiva.....	34
3.2 Paradigma da Socioafetividade.....	35
3.3 Efeitos jurídicos da filiação.....	39
4. DA POSSIBILIDADE DE MULTIPARENTALIDADE.....	44
4.1 A possibilidade de dupla paternidade no Ordenamento Jurídico Pátrio.....	44
4.2 A prevalência da observância dos interesses da criança e do adolescente.....	49
4.3 Consequências registrais da Cumulação de Paternidades.....	51
5 CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	58.

1 INTRODUÇÃO

Os parâmetros estabelecidos pelo direito de família modificam-se conforme as mudanças sociais e conforme a necessidade de cada vez mais se buscar a proteção da família e de seus membros, visando pôr em prática os princípios constitucionais que norteiam essa área do direito.

Nesse contexto, verifica-se que o instituto familiar sofreu diversas modificações ao longo dos últimos anos e continua a se reestruturar no intuito de melhor proteger os anseios da família.

A nova conjuntura social familiar põe em destaque o valor jurídico do afeto e da função social de seus membros, de modo que, independentemente das diferentes formas de família, é importante que se protejam os vínculos afetivos que os filhos devem ter no seio familiar.

Desse modo, importante se faz o estudo dos diversos critérios de filiação que norteiam o direito de família, quais sejam, o critério registral ou da verdade legal, o critério da verdade biológica e o critério da verdade afetiva, de modo a compreender de que forma cada um deles se configura.

Nesse viés, diante da igualdade entre os critérios de filiação e de suas importâncias, visa-se analisar se há possibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, de haver pluralidade parental, ou seja, multiparentalidade, de modo que coexistam no registro da criança duas mães e/ou dois pais, provenientes do vínculo biológico e do vínculo afetivo.

A multiparentalidade configura-se na possibilidade de um filho possuir dois pais e/ou duas mães e apresenta-se como consequência do surgimento do instituto da parentalidade socioafetiva. A parentalidade socioafetiva traduz-se no “vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas” (CASSETARI, 2014, p. 16).

Assim, a parentalidade socioafetiva, que tem como base a relação de afetividade gerada pela convivência e resultante da valorização jurídica do afeto, ganha destaque no seio da temática familiar. Nesse contexto, a possibilidade de dupla paternidade ou dupla maternidade surge como forma de melhor atender ao interesse da criança e do adolescente que possuem vínculos afetivos de paternidade com alguém que não é seu pai ou sua mãe biológico.

Desse modo, o reconhecimento da multiparentalidade perpassa pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois que na determinação da filiação tem que ser levada em consideração a dignidade das pessoas envolvidas, de modo a se buscar o melhor cumprimento da função social da família, na medida em que ela “seja capaz de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros” (GAMA, 2008, p. 146).

O reconhecimento da pluralidade parental ocasiona diversas repercussões jurídicas. O estabelecimento da multiparentalidade repercute quanto aos efeitos sucessórios decorrentes dos registros civis de reconhecimento das filiações biológicas e socioafetivas, além de gerar efeitos no que diz respeito à obrigação de prestar alimentos, à determinação da guarda e ao direito de visita aos filhos.

Nesse contexto, o estudo da possibilidade da multiparentalidade em face da relevância da parentalidade socioafetiva e da valorização jurídica do afeto nas relações familiares faz-se necessário diante da importância dos seus efeitos e diante da busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

2 DO INSTITUTO FAMILIAR

2.1 O instituto familiar no ordenamento jurídico pátrio

O instituto familiar foi a primeira manifestação de agrupamento social verificada na história. Tal instituto, no Brasil, sempre refletiu os valores vigentes a cada época, acompanhando as modificações sociais que iam ocorrendo com o passar dos anos.

A família, por se constituir no primeiro agente socializador do ser humano, traduz-se na base da sociedade e, como tal, deve possuir ampla proteção do Estado, no sentido de se incluir, na legislação referente ao direito de família, todas as formas desse instituto que vão surgindo conforme as mudanças sociais, além de se garantir a aplicabilidade dessas leis.

Apesar de possuir proteção constitucional e de estar regulamentada em livro próprio no Código Civil de 2002, não há na legislação nacional nenhum conceito do que seria família. Assim, alguns doutrinadores tentam defini-la.

Silvio de Salvo Venosa (2009) explica que o direito civil moderno considera como membros da família todas as pessoas unidas por uma relação conjugal ou de parentesco. Para o autor, as relações protegidas pelo direito de família são as decorrentes do casamento e da união estável, além daquelas com relação aos filhos e incluem relações pessoais e patrimoniais, bem como as relações assistenciais entre os membros da família. Venosa também explica o conceito amplo de família, o do parentesco, pelo qual se deve considerar o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, onde se encontram os ascendentes, os descendentes e colaterais e os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, além do próprio cônjuge, que não é considerado parente.

Conforme Chaves de Faria e Rosenthal, o conceito de família possui uma concepção múltipla e diz respeito “a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou socio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.” (DE FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 45). Os autores explicam que a família constitui-se numa instituição social primária com a finalidade de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo, ou seja, a família seria um instituto destinado à felicidade dos seus próprios membros. Desse modo, a proteção conferida aos modelos familiares seria destinada a todos os cidadãos componentes, merecedores de tutela que assegure dignidade e igualdade.

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo de família fundada exclusivamente no casamento e deu uma nova roupagem a esse instituto. Assim, ela ampliou a sua proteção de modo a abranger a família formada apenas por um dos pais e seus

descendentes, a chamada família monoparental, disposta no §4º do art. 226 da Carta Maior e a família formada a partir da união estável. A família passou a ser vista, segundo Ana Carolina Brochado Teixeira (2009), sob uma concepção puramente eudemonista, que visava a felicidade individual de seus membros. Ela seria, então, um instrumento de promoção dos indivíduos que a compunham. Segundo a autora, a família mostra-se ser, a partir de então, “o espaço indispensável para a garantia da sobrevivência, de desenvolvimento e da proteção integral dos filhos e demais membros, independentemente do arranjo familiar”. (TEIXEIRA, 2009, p. 36).

Essa nova interpretação representou um grande passo jurídico, por reconhecer novas formas de constituição de família. A partir de então, o novo paradigma é o da família solidarista que, conforme Ana Carolina Teixeira (2009), tem como alicerce os laços de afeto e solidariedade entre os indivíduos.

Maria Berenice Dias (2011) ensina que a família é o resultado das transformações sociais. Segundo a autora, com o advento da Constituição de 1988, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas, quais sejam, o afeto, a solidariedade, a lealdade, a confiança, o respeito e o amor. Assim, o instituto familiar está em constante transformação para acompanhar as diversas modificações sociais, pois que o direito não deve ser estanque. Ele deve se adequar às mutações da sociedade na qual está inserido, sob pena de perder sua própria finalidade.

A atual Constituição, também conhecida como Constituição Cidadã, trouxe avanço significativo no âmbito do direito de família, ao tratar de princípios como o do respeito à dignidade da pessoa humana, o da proteção aos filhos, o da igualdade absoluta dos filhos, não importando se consangüíneos ou adotivos, além do princípio da paternidade responsável e o da igualdade de tratamento constitucional do marido e da mulher. No seu art. 226, a atual Constituição confere proteção à família, tanto a fundada em casamento, como aquela que decorre de união estável, seja família natural ou família adotiva.

Observa-se amplamente uma reformulação do conceito de família, que agora não possui mais um conceito singular. Houve um pluralismo das relações familiares, rompendo-se a ideia de que a família seria unicamente aquela decorrente do casamento e dando relevância ao reconhecimento da existência de outras modalidades de convívio, bem como a possibilidade de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento.

Ademais, juntamente com a união estável e com a família monoparental, ganham destaque também as uniões homoafetivas, com o reconhecimento pelo STF das uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo-lhes os mesmos direitos e deveres que são atribuídos aos companheiros de uniões estáveis.

Maria Berenice Dias define com perfeição o elemento caracterizador das entidades familiares nos dias de hoje, ao tratar do laço afetivo como elemento distintivo da família:

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. (DIAS, 2011, p. 42).

Nesse sentido, a afetividade ganha destaque e relevância jurídica na determinação do conceito de família, frente aos elementos tradicionais caracterizadores da constituição familiar. A pluralidade de formações familiares decorre da importância dada ao afeto, a qual possibilitou a existência de famílias monoparentais, reconstituídas, multiparentais, uniões homoafetivas, entre outras, todas elas construídas em torno de vínculos afetivos entre seus membros.

Essa nova roupagem do instituto familiar, caracterizada pela existência do afeto, está em consonância com a função social da família e possui fundamento em todos os princípios que regem essa área do direito, principalmente o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade familiar, o do pluralismo das entidades familiares, o da convivência familiar e da paternidade responsável e o próprio princípio da afetividade.

2.2 Função Social da Família

Atualmente, a família possui função diferente da que possuía ao longo da história. Conforme Paulo Lobo (2011), sempre se atribuiu à família função religiosa, política, econômica e procracional, conforme a evolução por qual ia passando. A estrutura familiar era patriarcal, dando legitimidade para o exercício do poder marital e do pátrio poder masculino sobre os filhos. Hoje se observa, conforme leciona o autor, que a antiga estrutura hierárquica e rígida deu espaço à coordenação e comunhão de interesses de vida.

A família fundamenta-se hoje na solidariedade entre seus membros que, mutuamente, buscam o bem comum, a felicidade. Assim, a família tornou-se o principal lugar de desenvolvimento da afetividade. Por conseguinte, as outras funções, características da família de antes, foram relegadas ao desaparecimento ou ficaram em segundo plano. É o que explica Paulo Lobo:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram ou desempenharam papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua. (LOBO, 2011, p. 20).

É possível depreender-se dos princípios que regem o direito de família a função que o legislador almejou atribuir ao instituto familiar. Nesse sentido, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se a base, o fundamento da família.

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira (2009), a dignidade constitui-se no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos fundamentais e compreende que o ser humano é um valor em si mesmo, e não um meio para alcançar outros fins. Entende-se que a dignidade, da qual cada ser humano é titular, deve ser protegida de forma individualizada, além de ser reconhecida a sua construção através do relacionamento com o outro indivíduo, através da reciprocidade dentro do seio da família, entre os membros que a compõem. É o que ensina Ana Carolina Teixeira:

Diante disso, conclui-se que a dignidade tem um aspecto dialógico, que se constrói a partir da reciprocidade. É sob este prisma que se considera a dignidade dos co-partícipes da relação parental: como uma construção dual, perpassada pelo respeito mútuo. Isso porque, mesmo que os pais tenham muito a ensinar aos filhos, a contribuir para a construção da sua dignidade e personalidade, esses – mesmo sem saber ou sem querer- também ensinam muito aos pais. Essa relação também se constitui uma construção em conjunto. Pode-se dizer, uma edificação familiar e afetiva, formada mediante o diálogo com o próximo. (TEIXEIRA, 2009, p. 74)

Ao lado desse princípio, há ainda outros que indicam a finalidade para a qual a família foi constituída e justificam a sua importância no seio social. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008), a igualdade e a solidariedade entre seus membros, além da paternidade responsável, da pluralidade das entidades familiares, do dever de convivência e da isonomia entre os filhos, dentre outros princípios, justificam que a família não pode mais ser compreendida como um fim em si mesmo, mas sim como um instrumento para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros, como um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação daqueles que compõem uma família. É lugar para desenvolvimento da afetividade.

2.3 Princípios norteadores do Direito de Família

2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se no fundamento do Estado Democrático de Direito, o qual tem como uma de suas diretrizes a preocupação com a promoção dos direitos humanos e com a justiça social, além da proteção aos direitos

fundamentais. Assim, segundo Ana Carolina Teixeira (2009), esse princípio é o fundamento da República, a qual o tem como valor supremo de alicerce da ordem jurídica.

Segundo Maria Berenice Dias (2011), na medida em que o referido princípio é alicerce, fundamento da ordem jurídica, ele coloca a pessoa humana no centro de proteção do direito, o que traz como consequência a personalização dos institutos jurídicos, de modo que eles se voltam à realização pessoal de cada ser.

Segundo Guilherme Gama (2008), especialmente, a dignidade é tutelada quando vinculada aos direitos fundamentais, apresentando duas funções distintas: a de proteção à pessoa humana, no sentido de defendê-la de qualquer ato degradante ou de cunho desumano e a de promoção da participação ativa da pessoa nos destinos da própria existência e da vida comunitária.

Ainda conforme o autor é possível depreender-se que a dignidade possui duas dimensões, uma dimensão coletiva e uma dimensão pessoal. Na dimensão coletiva, entende-se que se deve proteger a dignidade do indivíduo, simplesmente pela sua condição de ser humano, enquanto sujeito de direitos. Na dimensão pessoal, deve-se considerar a necessidade de se respeitar a pessoa, nas suas relações intersubjetivas. Há um dever geral de respeito, de proteção e de intangibilidade, não se admitindo que o ser humano seja visto como um objeto. Segundo Gama, “a dimensão pessoal da dignidade da pessoa humana impõe o dever geral negativo quanto ao respeito à liberdade individual e aos direitos decorrentes do exercício de tal liberdade, como no caso dos direitos reprodutivos.” (GAMA, 2008, p. 70).

Assim, segundo Ana Carolina Teixeira, depreende-se que a dignidade, além de fundamento da República, é valor e princípio. É valor, pois entende-se que a dignidade da pessoa humana deve ser protegida e promovida, através de ações negativas e positivas do Estado e da sociedade. Essa proteção deve se dar em razão de a pessoa humana estar no centro do ordenamento jurídico, o que lhe confere ampla relevância. Ademais, a dignidade é princípio, pois embasa a interpretação de todo o Direito. Ela serve como orientação de interpretação do Direito, devendo todos os institutos jurídicos ser interpretados à luz da proteção da pessoa humana.

Por ser o valor central da ordem constitucional, esse princípio serve de base para todos os outros, além de orientar todo o ordenamento jurídico, os atos estatais e todas as relações privadas que se constroem no seio social. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana também deve ser observado no âmbito do direito de família.

A família, por se constituir na base da sociedade, deve possuir ampla proteção estatal para que possa cumprir com a sua função de promover o desenvolvimento de seus membros,

além de continuar sendo local de desenvolvimento da afetividade. Essa preocupação de proteger o instituto familiar, em prol do desenvolvimento dos seus integrantes, está baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual coloca o ser humano no centro de proteção do direito.

Nesse diapasão, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado por todos, em prol da entidade familiar. É dever do Estado o de proteger a família que, como local de coexistência e solidariedade, é o principal ambiente de desenvolvimento da pessoa humana. Ademais, é também dever de todos os integrantes familiares o de promover um convívio saudável, de respeito recíproco, de modo a propiciar uma existência digna para todos aqueles que vivem em comunhão familiar.

Nesse sentido, tem-se que a dignidade da pessoa humana encontra, na entidade familiar, solo apropriado para se desenvolver. Desse modo, a proteção à família deve se dar de modo a abranger todos os tipos de constituição familiar, sem diferenciação. Deve-se, pois, propiciar igual dignidade para todos os tipos de família. É o que ensina Maria Berenice Dias:

O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos. (DIAS, 2011, p. 63)

A Constituição e o ordenamento jurídico dão ampla proteção à família, independentemente da forma como ela se constitui. Observa-se, conforme Maria Berenice Dias (2011), que a pluralização das entidades familiares é um fenômeno que contribui fortemente para o desenvolvimento das qualidades mais relevantes entre os familiares, tais como o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor e o projeto de vida comum. Isso ocorre, pois, a partir da multiplicação das entidades familiares, o que move os indivíduos a formarem família é pura e simplesmente o afeto e a vontade de coexistirem, compartilhando da vida em comum.

Assim, entende-se que a pluralidade das entidades familiares tem como um de seus pilares, o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir da diversidade familiar, permite-se o pleno desenvolvimento dos membros de cada família, de modo a proporcionar-lhes um ambiente propício para o seu crescimento enquanto ser humano. O ambiente familiar constitui-se, portanto, em um lugar de florescimento da dignidade de cada ser, pois, conforme Ana Carolina Teixeira, é “na interação com outro, na coexistência e na solidariedade, que a pessoa se realiza sob a perspectiva mais sublime.” (TEIXEIRA, 2009, p. 70)

2.3.2 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar está ligado à mútua contribuição que deve haver no seio da família. Assim, entende-se que o âmbito familiar é responsável por uma constante troca, seja de afeto, de alimentos, ou de ensinamentos que vão auxiliar na formação de cada membro.

Segundo Maria Berenice Dias (2011), esse princípio decorre dos vínculos afetivos e possui forte conteúdo ético, eis que compreende a fraternidade e a reciprocidade. Conforme a autora, a pessoa só existe enquanto coexistir. Nesse sentido, a solidariedade no âmbito familiar constitui-se em elemento necessário para a existência digna do ser humano, pois que, ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, contribui para a formação pessoal de cada membro, além de proporcionar-lhes a possibilidade de ajuda alimentar mútua.

O princípio da solidariedade possui amparo constitucional, além de estar amplamente previsto na legislação civil. Inicialmente, no preâmbulo da constituição já se assegura a observância do princípio quando há a previsão de uma sociedade fraterna. A construção de uma sociedade solidária também é tida, no art. 3º, I da Carta Maior, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

O referido princípio está implícito no art. 227, dispositivo constitucional que dispõe sobre o dever da família, do Estado e da sociedade de conferir proteção às crianças e adolescentes e também no art. 230, que estabelece o dever desses entes de amparar pessoas idosas. O que se observa da leitura desses dispositivos é a preocupação do legislador constituinte em conferir especial proteção às pessoas vulneráveis, quais sejam, crianças, adolescentes e idosos. Assim, a obrigação de protegê-los não se limita aos familiares, mas se estende ao Poder Público e a toda sociedade.

De modo semelhante, segundo Guilherme da Gama (2008), a solidariedade também se aplica nos vínculos mantidos entre os familiares em geral, como cônjuges, companheiros, pais e filhos, e parentes. O art. 229 da Constituição trata do dever dos pais de dar assistência aos filhos menores, além de prever a obrigação dos filhos maiores de amparar os pais. A legislação civil consagra o princípio da solidariedade ao dispor que o casamento estabelece plena comunhão de vidas, conforme art. 1511 do Código Civil, o que implica em mútua assistência material e moral entre os cônjuges. Essa ajuda mútua também está prevista nas relações de companheirismo, conforme disposto no art. 1724 do CC. Ademais, o instituto da adoção, disposto no art. 1618, também está relacionado ao princípio da solidariedade, pois possibilita a cooperação entre pessoas sem laço sanguíneo. Além disso, há a previsão, nos arts. 1694 e 1696

do código civil, da obrigação alimentar. Os referidos dispositivos disciplinam, em síntese, que os familiares são em regra reciprocamente credores e devedores de alimentos. Essa obrigação mútua de provimento de alimentos entre parentes constitui-se na concretização do princípio da solidariedade no bojo familiar.

Ademais, a relevância dada ao princípio da solidariedade no âmbito da família contribui intensamente com o Poder Público no seu dever de prover toda a gama de direitos assegurados constitucionalmente ao cidadão. Nesse sentido, não apenas o Estado se responsabiliza pela existência digna de cada membro da sociedade, mas também a própria sociedade como um todo e os seus próprios integrantes, que, por estarem inseridos no contexto familiar, possuem deveres recíprocos de assistência, devendo cada um primar pelo provimento dos direitos constitucionalmente previstos ao cidadão. É o que leciona Maria Berenice Dias:

Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). A mesma ordem é repetida na proteção ao idoso (CF 230). (DIAS, 2011, p. 67)

Objetivando preservar os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar, os tribunais, baseados no princípio da solidariedade, têm tomado decisões que visam assegurar aos familiares em geral o direito de visita e de convivência com as crianças e adolescentes. Esse entendimento dos tribunais está claramente pautado na solidariedade familiar, pois visa proteger a convivência familiar em qualquer situação, inclusive no contexto da separação dos pais. É o que aduz Paulo Lobo:

Com fundamento explícito ou implícito no princípio da solidariedade, os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados. (LOBO, 2011, p. 65)

Ainda tratando sobre a proteção da convivência familiar, o instituto da guarda compartilhada também está baseado no princípio da solidariedade, ao dispor sobre um modelo de guarda que “resulte da cooperação solidária de ambos os pais na formação e no desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do filho comum” (GAMA, 2008, p. 75). Desse modo, observa-se a ampla presença da solidariedade no seio familiar, inclusive na discussão do melhor modelo de guarda dos filhos a ser adotado- a guarda compartilhada, em detrimento do modelo da guarda unilateral.

2.3.3 Princípio do pluralismo das entidades familiares

A partir da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico passou a reconhecer outras formas de família, além daquela constituída pelo casamento. A partir de então, o formalismo exacerbado, traduzido na figura do casamento como único meio de constituir família, deu lugar à ampliação do rol de entidades familiares, dando ensejo ao pluralismo de entidades familiares.

O art. 226 da CF protege expressamente, além da que decorre do casamento, a família monoparental, que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes, e aquela que decorre da união estável. Entretanto, conforme Guilherme da Gama (2008), a Constituição não prevê um rol taxativo de modelos de família. Esse rol é meramente exemplificativo, pois que não há impedimento para que outras relações ou uniões possam ser consideradas entidades familiares e, como tal, possam receber proteção do Estado.

O princípio do pluralismo familiar decorre diretamente do princípio da dignidade humana, posto que a família é instrumento de formação pessoal e de aprendizado de cada integrante, além de ser meio de se chegar à felicidade. Assim, é direito de todos constituir família, de modo que lhes garanta bem-estar e que contribua para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes, sem que haja limitação de qual modelo familiar se possa constituir.

É importante observar que a proteção do pluralismo familiar apenas teve o objetivo de normatizar aquilo que já estava posto na sociedade brasileira. Nesse sentido,

o legislador constituinte apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e o casamento uma solenidade, uma convenção social, adaptando, assim, o Direito aos anseios e às necessidades da sociedade. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 88)

Assim, entende-se que as leis devem acompanhar a realidade social, de modo que haja coerência entre seus ditames e as transformações que vão ocorrendo. É notório que de uns tempos pra cá, antes até da promulgação da atual Constituição, houve inúmeras mudanças políticas, econômicas e sociais e isso refletiu nas relações jurídico-familiares. Por conseguinte, essas mudanças devem ser acompanhadas de uma reinterpretação do conceito de família, para melhor adequar-se à nova realidade.

Essa nova interpretação do conceito de família está relacionada à compreensão pluralista da entidade familiar. Além das famílias expressamente previstas no texto constitucional, merece igual proteção do Estado as famílias decorrentes de uniões homoafetivas, a universalidade de filhos, famílias reconstituídas ou recompostas, famílias pluriparentais, entre outras.

A Constituição Federal não veda a relação homoafetiva. Conforme Paulo Lobo (2011), quando preencher os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família, essa relação se constituirá em uma entidade familiar constitucionalmente protegida.

Em 2011, a Suprema Corte reconheceu por unanimidade, em controle de constitucionalidade e com efeitos vinculantes, a união estável em relação homoafetiva, o que significou um passo decisivo no tratamento dessa relação como entidade familiar. Segundo Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2012), entender que as relações homoafetivas não se constituem em entidades familiares significaria negar a pessoas humanas os seus direitos fundamentais e a sua própria dignidade.

Diante da ausência de normas regulamentando a união estável homoafetiva, aplicam-se a ela, analogicamente, aquelas aplicáveis às uniões estáveis heteroafetivas, pois a falta de lei não pode ensejar diminuição na proteção desse modelo de família. Assim, as uniões homoafetivas produzem todos os efeitos jurídicos que decorrem de uma relação de família e “todos os direitos e benefícios reconhecidos aos companheiros são extensíveis aos parceiros homoafetivos, por incidência da analogia entre as entidades familiares- ambas merecedoras de especial proteção do Estado.” (DE FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 101 e 102).

Ademais, há ainda a figura das famílias reconstituídas ou recompostas, que são construídas com base em relacionamentos anteriores dos companheiros ou cônjuges. Essas famílias decorrem do divórcio de um ou dos dois companheiros e se forma quando um deles ou os dois levam, para a nova família, o filho fruto do relacionamento anterior, que será o enteado do outro companheiro. Dessa nova família decorrem diversos efeitos. Assim, “os filhos passam a ter novos irmãos. Os cônjuges, companheiros ou parceiros passam a ter novos parentes por afinidade, dentre outras situações. Surgem, assim, direitos e obrigações diversos” (DE FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.108).

Insta ressaltar que todas as entidades familiares, por mais diferentes que possam parecer, merecem igual proteção do Estado. Não há, pois, previsão de algum tipo de hierarquia entre os modelos de família. Todas são iguais na sua função instrumental de buscar a felicidade e a realização afetiva de seus integrantes e, como tal, devem ser igualmente protegidas, sendo que qualquer diferenciação violaria o princípio da dignidade humana. Nesse sentido:

O Estado, a família e a sociedade devem propiciar os meios de realização da dignidade da pessoa humana, impondo o reconhecimento da natureza de família a todas as entidades com fins essencialmente afetivos. A exclusão de qualquer delas, sob impulso de valores outros, viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Para a Constituição (art.226, §8º), a proteção à família dá-se “nas pessoas de cada

um dos que a integram”, tendo estes direitos oponíveis a ela e a todos (*erga omnes*). Se as pessoas vivem em comunidades afetivas não explicitadas no art. 226, por livre escolha ou em virtude de circunstâncias existenciais, sua dignidade humana apenas estará garantida com o reconhecimento delas como entidades familiares, sem restrições ou discriminações. (LOBO, 2011, p. 87)

Além de atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os diferentes modelos de família visa assegurar o princípio da liberdade de escolha. Segundo Paulo Lobo (2011), o princípio da liberdade de escolha é que assegura a observância do princípio da dignidade humana nas relações familiares. Conforme o autor, não é possível que o legislador defina o modelo familiar mais adequado para cada pessoa. Assim, cada um deve ter a livre escolha de definir a entidade familiar que melhor lhe serve como instrumento para sua realização afetiva e existencial.

Com relação aos atributos que devam estar presentes em um determinado grupo de pessoas para que ele possa ser configurado como entidade familiar, Maria Berenice Dias define:

O que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. (DIAS, 2011, p. 42)

Entretanto, Paulo Lobo (2011), além da presença do afeto, coloca como características comuns às entidades familiares, a estabilidade e a convivência pública. O autor explica que, para que haja configuração de família, é necessário haver afetividade como finalidade da entidade familiar, além de estabilidade, excluindo-se assim os relacionamentos casuais, sem comunhão de vida, e a convivência pública e ostensiva, que se traduz na entidade familiar que se mostre assim publicamente.

2.3.4 Princípio da convivência familiar

O art. 227 da CF impõe que é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, entre outros direitos, o direito à convivência familiar.

A convivência familiar nada mais é do que o contato duradouro e afetivo entre os familiares, em decorrência de laços de parentesco ou não, em um ambiente comum. Segundo Paulo Lobo (2011), esse ambiente comum traduz-se no lar, na moradia, mas não necessariamente, na medida em que “as atuais condições de vida e o mundo do trabalho

provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos.” (LOBO, 2011, p. 74).

Assim, a moradia da família passa a ser o lugar no qual os seus integrantes possuem proteção e é onde se sentem reciprocamente acolhidos, principalmente as crianças e idosos, por serem mais vulneráveis e precisarem de maior assistência.

O ambiente comum familiar constitui-se em espaço privado e, como tal, possui o atributo da intocabilidade, o que, segundo Paulo Lobo (2011), é indispensável para que a convivência familiar se desenvolva de modo estável e com identidade própria. Essa inviolabilidade é assegurada pela Constituição, no art. 5º, XI, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador”. O Código Civil também traz essa regra, ao estabelecer, no art. 1513, a não interferência “na comunhão de vida instituída pela família”.

A inviolabilidade do ambiente familiar associada ao contato duradouro, afetivo e acolhedor decorrente do convívio entre os integrantes da família visa proporcionar a todos eles, principalmente às crianças, um lugar propício à formação pessoal de cada um, onde haja comunhão de afeto e troca de aprendizado, proporcionando um crescimento mútuo de todos os membros no seio familiar.

Ademais, além da convivência familiar ser um direito a ser assegurado, por todos, às crianças e adolescentes, dela decorrem efeitos jurídicos. Conforme Paulo Lobo (2011), a efetiva convivência familiar, por exemplo, consolida a posse do estado de filiação e pode ensejar a configuração da família socioafetiva, na medida em que “a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova.

O direito à convivência familiar também está relacionada ao exercício do poder familiar. Segundo os ensinamentos de Paulo Lobo (2011), a criança e o adolescente possuem direito à convivência com ambos os pais, mesmo após o divórcio. O divórcio, em regra, não retira de nenhum dos pais o exercício do poder familiar, exceto quando houver determinação judicial, fundada em algum motivo que impeça o contato de um dos pais com o filho. Após o divórcio, o pai guardião não pode restringir indevidamente o contato do filho menor com o outro, pois a criança possui direito a conviver com ambos os pais, além de os dois pais serem possuidores do poder familiar.

É importante observar que o direito à convivência familiar não está restrito aos pais e filhos. Esse direito estende-se, de modo que a criança possa ter contato com avós ou tios, por exemplo, a depender da estrutura familiar. Assim,

Na maioria das comunidades brasileiras, entende-se como natural a convivência com os avós e, em muitos locais, com os tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário. Consequentemente têm igualmente fundamento no princípio da convivência familiar as decisões judiciais que asseguram aos avós o direito de visita a seus netos. (LOBO, 2011, p. 75).

Na medida em que auxilia na formação pessoal e afetiva da criança, o direito à convivência familiar está relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois que sua observância é de suma importância para o crescimento e aprendizado do menor, devendo ser assegurada de forma ampla pelo Estado, pela sociedade, e principalmente pela família.

2.3.5 Princípio da paternidade responsável

O princípio da paternidade responsável está explícito no art. 226, §7º da CF. Segundo Suzana Marques (2009), esse princípio consiste em uma extensão do princípio da dignidade humana, uma vez que juntos dão embasamento à liberdade do planejamento familiar. Assim, o casal é livre para formar família, e essa liberdade está pautada na observância da responsabilidade parental e da dignidade humana.

A paternidade responsável consiste no dever gerado aos pais, a partir do momento em que constituem família, de prover os filhos de alimentos, afeto, conhecimento e de toda uma gama de assistência que seja imprescindível ao crescimento saudável da criança.

O liame desse princípio com o da dignidade humana se justifica no fato de que o próprio fenômeno da paternidade (e da maternidade) constitui-se em uma troca de direitos. É direito do casal constituir família, com liberdade de planejamento familiar, o que garante a concretude da dignidade dos pais, enquanto seres humanos possuidores do direito à reprodução e à formação de família. Em contrapartida, é direito da criança e do adolescente a devida assistência familiar, através da total responsabilidade parental, que assegura a observância da dignidade dos filhos menores, uma vez que a criança “deve ter priorizada o seu bem estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.” (GAMA, 2008, p. 78).

É importante observar que a responsabilidade parental não se restringe à fase infantil ou adolescente. Claramente, essas são as fases mais vulneráveis da pessoa humana, que requerem maior assistência. Entretanto, segundo Guilherme Gama (2008), essa responsabilidade se mostra vitalícia e “vincula a pessoa a situações jurídicas existenciais e patrimoniais relacionadas a seu filho, à sua descendência.” (GAMA, 2008, p. 78). Essa

interpretação traduz-se na ideia da assistência, do amparo permanente que deve decorrer dos vínculos da parentalidade, em obediência ao princípio da paternidade responsável.

2.3.6 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade está implicitamente previsto na Constituição Federal. O fato de a Carta Maior não mencionar de forma expressa esse princípio não afasta a sua constitucionalidade. Segundo Paulo Lobo (2011), ele está interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao da solidariedade, ao da convivência familiar e ao da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, os quais ressaltam a natureza afetiva e não exclusivamente biológica da família.

A presença do princípio pode ser notada, principalmente, nas mudanças no bojo familiar que advieram com a atual Constituição. Segundo Maurício Póvoas (2012), o reconhecimento da união estável como entidade familiar indica a observância do princípio da afetividade na Constituição, mesmo que de forma implícita. Assim, o referido autor afirma:

Prova de que o afeto é albergado pela constituição da república, ainda que de forma implícita, consiste no fato de reconhecer o constituinte na união estável como entidade familiar, dando-lhe proteção jurídica. Não é necessário fazer esforço para concluir que está se prestigiando a afetividade, na medida em que a união estável nada mais é do que um consórcio afetivo entre duas pessoas sem os laços do casamento civil. (PÓVOAS, 2012, p. 28).

Ademais, Maria Berenice Dias (2011) aduz que a partir da consagração do afeto a direito fundamental, passou-se a admitir igualdade no que tange à filiação, mais especificamente, passou-se a considerar, como possuidoras dos mesmos valores e mesmos direitos, a filiação biológica e a filiação socioafetiva.

Entretanto, é válido ressaltar que o fato desse princípio estar apenas implícito no ordenamento jurídico não reduz sua importância, nem retira o seu atributo de princípio constitucional.

Na tentativa de conceituar o afeto, Mauricio Póvoas define:

O afeto deve ser reconhecido como a relação de carinho, amor, cuidado e atenção mútuos entre pessoas, tenham elas relação parental ou conjugal, esta num sentido mais amplo da palavra, abrangendo, além do casamento civil nos moldes preconizados na legislação ordinária, também a união estável, seja ela entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes. (PÓVOAS, 2012, p. 26).

Paulo Lobo (2011) afirma que o princípio da afetividade é aquele que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.” (LOBO, 2011, p. 70).

Assim, o afeto passou a ser o suporte maior das relações familiares, o elemento fundamental, colocando em destaque as relações decorrentes do afeto e do amor, sejam relações conjugais ou de companheirismo, sejam relações de filiação, fazendo com que fossem reconhecidos diversos modelos familiares fundados no desejo, no amor e na solidariedade, rompendo-se com o modelo único, matrimonializado, da família. Desse modo,

A família recuperou a função, que por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. (LOBO, 2011, p. 71).

É forte a presença do afeto nas relações familiares contemporâneas, o que ensejou mudanças significativas na definição de família e na sua função frente aos seus integrantes. Assim, conforme Guilherme Gama (2008), a principal função das entidades familiares passa a ser a realização pessoal da afetividade dos seus integrantes, no ambiente de convivência e solidariedade do seio familiar. O autor afirma que, à luz da Constituição de 1988, as relações familiares devem ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada integrante como pessoa humana, pois que a família existe em função dos seus integrantes, na medida em que busca realizar os seus interesses existenciais e afetivos.

Com a valorização do afeto e com a conseqüente transformação da família, surgiram novos modelos familiares, “mais igualitários nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitos à regra e mais ao desejo” (DIAS, 2011, p. 71). A partir daí e em consonância com o princípio do pluralismo familiar, além da família fruto do casamento, ganharam título de entidade familiar as relações decorrentes das uniões estáveis, sejam heteroafetivas ou homoafetivas, a união de um dos pais com os filhos, as famílias recompostas, formadas pelo pai ou mãe de uma relação com seus filhos e outra pessoa, a família formada pelos pais e filhos adotivos, ou ainda aquela formada pelo pai ou pela mãe e filhos adotivos, entre outros modelos. Observa-se que o afeto constitui-se em elemento fundamental em todos esses modelos familiares que, para que sejam formados, requerem unicamente a vontade, o desejo de convivência em comunhão de vida e troca de assistência e amor.

Conforme Maria Berenice Dias (2011), a nova ordem jurídica familiar, que atribui valor jurídico ao afeto, advém da concepção eudemonista da família. A família eudemonista, segundo ensinamento da autora, é aquela construída com base em laços afetivos e projetada para a busca da felicidade individual de seus membros. Assim, Dias explica o conceito de eudemonismo:

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do §8º do art. 226 da CF: *o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram*. (DIAS, 2011, p. 55).

Nesse sentido, a família eudemonista apresentada por Maria Berenice Dias nada mais é do que aquela voltada à felicidade, à realização pessoal dos seus integrantes, que convivem em meio a uma relação baseada na afetividade e na solidariedade.

Importante ressaltar que os laços de afeto nascem da convivência familiar. Assim, não necessariamente eles são construídos ao lado dos vínculos sanguíneos. A ausência de laço sanguíneo entre um pai e um filho, por exemplo, não impede a possibilidade e o reconhecimento da paternidade ou maternidade, tal como se observa na adoção. O que fundamenta o instituto da adoção é a sua finalidade, qual seja colocar a criança ou adolescente em uma família, a fim de que possam construir laços de afetividade com os pais adotivos, de modo que haja troca de sentimentos entre pais e filhos.

Segundo Paulo Lobo (2011), a doutrina brasileira tem verificado a aplicação do princípio da afetividade nas dimensões:

da solidariedade e da cooperação; da concepção eudemonista; da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros; do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade; dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida; da colisão de direitos fundamentais; da primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não biológica. (LOBO, 2011, p. 73)

Assim, nota-se que o princípio da afetividade passou a constituir-se no fundamento das relações familiares contemporâneas, o que deu mais liberdade para a constituição familiar, principalmente após o reconhecimento de outros modelos de família, além do casamento. Ademais, o princípio da afetividade redirecionou a função familiar em prol dos seus integrantes, a fim de proporcionar-lhes um ambiente de troca de afeto e de busca da felicidade. Devido a isso, a primazia do afeto deve ser reconhecida, principalmente nos casos de conflitos no seio das relações familiares, pois o laço afetivo deve sempre ser levado em consideração.

2.3.7 Princípio da igualdade e direito à diferença e princípio da igualdade entre os filhos

A partir da Constituição de 1988, surgiu no âmbito do Direito de Família, o princípio da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre modelos de família. Esse princípio ocasionou diversas transformações no seio das relações familiares. Assim,

Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destruídos, principalmente os da legitimidade, verdadeira *summa divisio* entre sujeitos e subsujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegiam, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas. (LOBO, 2011, p. 65)

O conceito de legitimidade familiar estava relacionado, conforme Paulo Lobo (2011), à titularidade de direitos nas relações familiares e de parentesco. Assim, era considerada família legítima aquela que fosse fruto do casamento. Conseqüentemente, todas as relações e parentescos que adviessem do matrimônio eram tidos como legítimos. Os filhos tidos dentro do casamento eram, portanto, filhos legítimos, ao passo que, aqueles havidos fora do casamento eram tidos como ilegítimos.

Com o advento da Constituição de 1988, houve uma igualação total entre os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, sejam biológicos ou não biológicos. Assim, o conceito de legitimidade familiar perdeu sentido, pois não mais se fazia diferenciação entre as relações de parentesco advindas do casamento e aquelas que não eram fruto do matrimônio.

A CF traz de forma expressa o princípio da igualdade, no que diz respeito aos cônjuges, companheiros, aos filhos e às entidades familiares. O art. 226, §5º dispõe sobre a igualdade entre cônjuges ou entre companheiros dentro da sociedade conjugal, quando diz que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Esse dispositivo pôs fim ao pátrio poder, ao poder marital. A partir de então, homens e mulher são iguais em direitos e deveres no seio do casamento ou da união estável.

Ademais, a Carta Maior dispõe acerca da igualdade entre os filhos. O art. 227, §6º dispõe que “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”. A partir da edição desse dispositivo, acabou a diferenciação entre filhos biológicos e não biológicos, no que tange a seus direitos, além do que deixou de existir a ideia de filhos legítimos ou ilegítimos.

Segundo Guilherme Gama (2008), a igualdade prevista no referido dispositivo se desdobra em dois aspectos, quais sejam a igualdade de qualificações, o que impede designações discriminatórias, e a igualdade de direitos entre os filhos. É importante que as duas igualdades sejam garantidas, visto que uma sem a outra não ocasiona igualdade plena. Por conseguinte, a proibição de designações discriminatórias ensejou a decadência das expressões filiação legítima e filiação ilegítima, as quais possuem cunho preconceituoso.

Assim, “aqueles que eram antigamente chamados de filhos *ilegítimos* podem passar a ser conhecidos como filhos havidos fora do casamento.” (GAMA, 2008, p. 95).

Apesar de não mais serem utilizadas as expressões “filhos legítimos” ou “filhos ilegítimos”, podem-se utilizar as expressões “filhos matrimoniais” e “filhos extramatrimoniais”, pois

a significativa diferença se dará no aspecto relativo ao estabelecimento da paternidade: enquanto os filhos matrimoniais têm reconhecimento jurídico-legal automático, os filhos extramatrimoniais dependem de reconhecimento voluntário ou judicial. (GAMA, 2008, p. 94)

Assim, observa-se que a diferenciação nos termos nesse caso vem para distinguir o modo de reconhecimento da paternidade de cada filho, não ocasionando discriminação de cunho preconceituoso.

Ademais, o segundo aspecto da igualdade na filiação diz respeito à igualdade de direitos entre os filhos, independentemente de suas origens. Assim explica Guilherme Gama:

Uma vez existente o vínculo jurídico de parentalidade-filiação, todos os filhos do mesmo pai ou da mesma mãe têm, estritamente, os mesmos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, sem possibilidade de qualquer diferenciação. (GAMA, 2008, p. 96)

A promoção da igualdade entre os filhos ocasiona efeitos no campo patrimonial e no campo existencial. Desse modo, conforme Chaves de Faria e Rosenvald (2011), a isonomia na forma de tratamento e de reconhecimento de direitos permite que todos os filhos, sejam adotivos ou não, tenham o mesmo direito hereditário do outro. Ademais, segundo os autores, a promoção da igualdade entre os filhos é medida que assegura e concretiza a dignidade da pessoa humana.

Em se tratando dos modelos de família, a CF dispôs, no caput do art. 226, sobre a igualdade da tutela e proteção da família, independentemente da espécie que ela adotar. Assim, o casamento deixou de ser a única entidade familiar reconhecida, dando espaço para os demais tipos de família, que passaram a ser regulamentados e protegidos pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, é válido ressaltar que, segundo Paulo Lobo (2011), a ideia de igualdade não pode atropelar as diferenças naturais e culturais que existem entre homem e mulher, pai e filhos ou entre casamento, união estável, família monoparental e demais modalidades de família. Por outro lado, essas diferenças não podem legitimar diferenciações que ensejem desigualdade de direitos. Com isso se quer dizer que, apesar das peculiaridades de cada pessoa, de cada filho ou de cada entidade familiar, deve-se primar pela garantia de direitos de cada um, de modo que seja assegurada a cada pessoa a observância de sua dignidade, e a cada entidade familiar, a garantia de sua proteção.

No que tange à filiação, observa-se uma mitigação no princípio da igualdade, especialmente quando se trata dos filhos adotivos e dos filhos biológicos. Conforme Paulo Lobo (2011), aos filhos adotivos, ao contrário dos biológicos, é imposta uma limitação, pois eles estão impedidos de casar-se com os parentes da família da qual vieram, mesmo que tenham se desligado dessa relação de parentesco. Por ser quase irrelevante e de fácil compreensão, essa diferenciação não chega ensejar efetiva desigualdade entre os filhos biológicos e não biológicos, principalmente por ser necessária e por não ferir os direitos dos filhos adotivos.

Ademais, é válido ressaltar que, por muitas vezes, para que seja garantida a igualdade entre os filhos, sejam eles biológicos, ou adotivos, ou havidos fora do casamento, é necessário o tratamento diferenciado. Isso porque às vezes alguns necessitam de atenção ou cuidados especiais. Assim, o tratamento desigual vem para promover a igualdade entre os filhos e para garantir-lhes de forma isonômica os seus direitos.

3. DA FILIAÇÃO

3.1 Evolução conceitual e critérios de filiação

Com o advento da Constituição de 1988, conhecida como democrática, social e cidadã, estabeleceu-se a igualdade no que tange à filiação. A partir de então, ficou terminantemente proibida qualquer discriminação entre os filhos, quaisquer que sejam as suas origens, se decorrentes da adoção, de relacionamentos extraconjugais ou se decorrentes do matrimônio.

Entretanto, antes da CF de 1988, havia um critério de distinção na forma de tratamento dos filhos. O Código Civil de 1916 dividia a filiação em legítima e ilegítima. Os filhos ilegítimos podiam ser naturais, incestuosos ou adulterinos. É o que ensina Suzana Marques:

O Código Civil de 1916 classificava os filhos em legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos. Filhos legítimos eram aqueles oriundos do casamento. Os legitimados oriundos do casamento dos pais posterior aos seus nascimentos, com os mesmos direitos dos filhos legítimos. Os ilegítimos, quando não havia relação matrimonial entre os genitores. Estes, por sua vez, se subdividiam em naturais, quando não houvesse impedimento conjugal entre os genitores. Os incestuosos, quando os genitores estivessem ligados pelos laços de parentesco. Os adulterinos, quando um dos genitores fosse casado. E o filho adotivo, cujo parentesco era civil, não decorrente da consanguinidade. (MARQUES, 2009, p. 50).

Esse critério de classificação baseava-se na circunstância em que a criança havia sido gerada, se dentro ou fora do matrimônio e, segundo Maria Berenice Dias (2011), fundamentava-se na necessidade de preservação do núcleo familiar, mais especificamente no objetivo de se preservar o patrimônio familiar.

Assim, o modelo de família antes da CF de 1988 era patrimonial, voltado principalmente para a proteção do patrimônio da família constituída nos laços do casamento, de modo que qualquer filho advindo de origem estranha ao matrimônio não era considerado filho legítimo. Nesse sentido,

A disciplina anteriormente dedicada aos filhos- fundada na existência de relação matrimonial preexistente entre os seus pais- estava conectada em uma lógica patrimonialista, evidenciando que a maior preocupação do ordenamento era não prejudicar a transmissão de patrimônio que se organizava através do casamento. Os bens deveriam estar concentrados na esfera da família (entenda-se matrimônio) e dali seguiriam pela transmissão sucessória para as pessoas que, por meio da consanguinidade, dariam continuidade àquele núcleo familiar. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 622).

Dentro da classificação de filhos ilegítimos, aqueles havidos de relações incestuosas ou de relações adulterinas não podiam ser reconhecidos, conforme o CC de 1916. Nesse contexto, apesar do incesto ou do adultério ter sido cometido pelo pai ou pela mãe, a culpa recaía sobre o filho, que era vítima do comportamento dos pais, mas acabava respondendo por

eles, ao ser relegado à desonra e ao ser excluído de seus direitos. Assim, “o nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai, fazendo prevalecer os interesses da instituição matrimônio.” (DIAS, 2011, p. 355).

Posteriormente, a edição das leis nº 883/1949, nº6515/1977 (lei do divórcio) e nº7250/1984 provocou alterações na possibilidade de reconhecimento de filhos ilegítimos. A lei 883/1949 permitiu que, após a dissolução da sociedade conjugal, qualquer dos cônjuges reconhecesse o filho havido fora do matrimônio. Mais tarde, a lei do divórcio, editada em 1977, provocou alterações na lei 883/1949, possibilitando que qualquer dos cônjuges, ainda na constância do casamento, pudesse reconhecer o filho havido fora dele, desde que o fizesse por testamento cerrado. Essa lei possibilitou que todos os filhos tivessem direito à herança em igualdade de condições. Editada em 1984, a lei 7250 também efetuou modificações na lei 883/1949, ao dispor sobre a possibilidade de um cônjuge separado de fato há mais de cinco anos reconhecer, judicialmente, um filho extramatrimonial.

Após esses avanços, a conquista da isonomia no que tange às formas de filiação veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que pôs fim a qualquer forma de discriminação e hierarquia entre os filhos, dispondo no art. 227, §6º que “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.”

Assim,

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, marco da história brasileira, pois saímos da ditadura militar e passamos para um Estado Constitucional Democrático de Direito, estruturado no princípio da democracia (todo poder emana do povo) e no princípio do estado de Direito (Estado se sujeita às leis votadas e aprovadas pelos representantes do povo), ocorreram inúmeras inovações e mudanças de paradigmas em relação ao tema. A Constituição passou a ter como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana. No caput do art. 5º, consagrou o princípio da igualdade de forma geral e no art. 227, §6º, proclamou a igualdade de direitos na filiação. (MARQUES, 2009, p. 51).

Com o advento da CF/88, pautada na dignidade humana e no garantismo, houve uma despatrimonialização das relações familiares, na medida em que a família passou a ser protegida enquanto instituição voltada à realização pessoal de seus integrantes, e não mais em prol do patrimônio familiar. Nesse sentido,

A nova ordem filiatória, centrada no garantismo constitucional e nos valores fundantes da República (dignidade, solidariedade social, igualdade e liberdade), implica em funcionalizar a filiação à realização plena das pessoas envolvidas (pais e filhos), além de despatrimonializar o conteúdo da relação jurídica (compreendida de forma muito mais ampla do que uma simples causa para a transmissão de

herança) e de proibir discriminações, como forma promocional do ser humano. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 622).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8609/1990, veio reforçar a isonomia entre os filhos, ao dispor sobre os direitos da criança e do adolescente. Conforme Suzana Marques (2009), o estatuto baseia-se no princípio da proteção integral à criança e ao adolescente e dispõe que “a criança e o adolescente usufruem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” (MARQUES, 2009, p. 52).

No que diz respeito à filiação, o estatuto, seguindo o texto constitucional, dispõe sobre a igualdade entre os filhos havidos ou não no seio do casamento, independentemente da origem da filiação. Ademais, segundo Suzana Marques (2009), o referido estatuto reconhece que é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível o estado de filiação, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição.

A edição da lei 8650/1992, que regulamenta o reconhecimento da paternidade dos filhos havidos fora do casamento, provocou a normatização de um importante direito desses filhos. Essa lei dispõe que é irrevogável o reconhecimento da paternidade e permite que ele seja feito no próprio registro de nascimento da criança. Então, uma vez reconhecida a paternidade de filhos havidos fora do casamento, não há como se proceder à revogação.

Assim, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, houve o fim da visão patriarcal e matrimonialista do direito de família e passou-se a acolher a pluralidade filiatória, sem espaço para discriminações.

O termo filiação passou a abranger um universo amplo de possibilidades de se estabelecer a relação paterno-filial. Há três diferentes critérios para estabelecimento da filiação, definidos a partir da sua origem e de suas características: o critério da verdade legal, o critério da verdade biológica e o critério da verdade afetiva.

O critério da verdade legal baseia-se em uma presunção relativa presente em algumas circunstâncias previstas pelo legislador. O critério da verdade biológica baseia-se na consanguinidade, no vínculo genético. E o critério da verdade socioafetiva fundamenta-se nos laços de afeto entre pais e filhos.

É importante destacar que inexistem hierarquia entre os referidos critérios de filiação, de modo que a adequada aplicação de cada um deles vai depender do caso analisado. É o que explicam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

Não há- e impende frisar expressamente- prevalência entre os referidos critérios, inexistindo hierarquia entre eles. Com isso, não se pode afirmar a superioridade da filiação afetiva e tampouco da biológica. Todos os critérios apresentam relevantes vantagens e a perfeita adequação a cada conflito somente será obtida casuisticamente. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 641).

Assim, pode ser que em determinada situação o reconhecimento da filiação biológica seja de maior importância, do mesmo modo que pode ser que em outras ocasiões o reconhecimento da filiação socioafetiva seja de maior relevância para a criança ou adolescente, por exemplo. O que vai determinar a prevalência de um dos três critérios é a melhor adequação a cada caso.

3.1.1 Critério da verdade legal

Pelo critério da verdade legal, presume-se que todos os filhos advindos do casamento possuem vínculo de filiação com o pai e com a mãe. Assim, a partir do nascimento de um filho no seio de uma união matrimonial, este é considerado filho igualmente do pai e da mãe, sem o levantamento de qualquer dúvida.

Essa presunção está voltada para a preservação do casamento e da união familiar. Assim, com a finalidade de salvaguardar as relações familiares decorrentes do casamento, considera-se presumida a paternidade proveniente de toda união matrimonial.

Entretanto, essa presunção de paternidade é relativa, pois enseja a produção de prova em contrário. Isso porque tal presunção não é fundamentada na verdade biológica. Assim, é possível que o pai, diante de dúvida acerca da filiação, proponha uma ação negatória de paternidade impugnando o laço de parentesco. Essa ação é imprescritível e, portanto, a qualquer momento pode ser proposta.

Apesar de a paternidade ser presumida quando do nascimento de um filho no seio de uma relação matrimonial, o mesmo não ocorre com relação à união estável. Assim, os filhos advindos de uma mulher em união estável não são presumidamente filhos de seu companheiro. É o que ensinam Chaves de Farias e Rosenvald:

Conquanto tenha merecido do constituinte tratamento diferenciado, contando com a especial proteção do Estado, determinada pelo caput do art. 226 do Texto Constitucional, a união estável não traz consigo com a presunção *pater is est*. Dessa maneira, os filhos nascidos de mulheres em união estável não contam com a presunção de paternidade. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 645).

Nesse sentido, observa-se que, mesmo diante da regra expressa da Constituição Federal de 1988 de ser vedada qualquer diferenciação entre os filhos, quaisquer que sejam as suas origens, nota-se aqui uma clara discriminação entre os filhos havidos no casamento e aqueles nascidos de uma união estável. Por não gozarem da presunção *pater is est*, os filhos oriundos de união estável precisam conseguir o reconhecimento dos pais ou investigar a paternidade por meio de ação, para só depois usufruírem de seus direitos.

3.1.2 Critério da verdade biológica

O critério da verdade biológica é pautado na genética, pois que a paternidade ou maternidade é definida com base no vínculo biológico existente, confirmado por meio de exame de DNA.

A utilização do exame de DNA provocou mudanças no conhecimento da filiação, principalmente no que concerne ao critério legal de determinação filiatória, que se fundamenta na presunção de paternidade. A partir de então, era possível uma certeza quase absoluta do vínculo genético entre pais e filhos.

O exame de DNA possui precisão de 99,999% de certeza na determinação da paternidade, o que define tamanha importância desse teste para o estabelecimento seguro e certo da filiação. É o que explicam Chaves de Farias e Rosenvald:

A importância do exame de DNA, destarte, é indiscutível no âmbito da filiação, permitindo, com precisão científica, a determinação da origem biológica. Efetivamente, o exame de DNA consegue, praticamente sem margem de erro (certeza científica de 99,999%), determinar a paternidade. Por isso, a probabilidade de se encontrar ao acaso duas pessoas com a mesma impressão digital do DNA é de 1 em casa 30 bilhões. Como a população na Terra não chega a vinte por cento disso, é virtualmente impossível que haja coincidência. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 666).

A importância do referido exame para aferição de paternidade é tanta que a jurisprudência fixou entendimento de que produz a prova que se queria produzir aquele que se recusa injustificadamente a se submeter ao teste. O STJ editou a Súmula 301 tratando sobre o assunto, dispondo que em ação investigatória, aquele que se recusa a se submeter ao exame de DNA, induz presunção relativa de paternidade.

Importante observar que a filiação baseada no vínculo biológico e determinada por exame de DNA é simplesmente fixada por meio do resultado da análise de genes, algo bastante técnico e isento de qualquer consideração de laço afetivo. Devido a isso, a aceitação da filiação biológica não se dá de forma absoluta e em todas as situações. Isso não implica, entretanto, no fracasso do critério biológico de aferição de paternidade. O que se quer dizer é que, conforme Chaves de Farias e Rosenvald (2011), há insuficiência do acolhimento do critério biológico na determinação do vínculo filiatório, pois o critério da verdade biológica não leva em consideração outros fatores igualmente relevantes na aferição da paternidade e maternidade, como a existência do afeto, por exemplo.

Nesse sentido, nota-se que quando do reconhecimento da filiação não se deve levar em consideração apenas o vínculo genético. Diversos fatores somam-se para definir a paternidade

da criança e do adolescente. O principal deles diz respeito ao afeto, à relação afetiva que há entre pais e filhos. Assim explicam Chaves de Farias e Rosenvald:

O critério biológico, através do exame DNA, não é o único na determinação do vínculo paterno-filial. Em cada caso, sobreleva que se atue no sentido de promover o cotejo, a ponderação, entre o critério biológico e o critério socioafetivo (através de uso de todos os meios de prova disponíveis na sistemática processual), para que se possa estabelecer, concretamente, o estado de filiação. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 668).

3.1.3 Critério da verdade afetiva

O critério da verdade afetiva possui fundamento na presença do afeto como elemento determinante na relação entre pais e filhos. Nesse sentido, o afeto é visto com maior relevância que os puros vínculos biológicos, quando da determinação da paternidade.

Segundo Chaves de Farias e Rosenvald (2011), na família, cada pessoa ocupa uma função e aquele que funciona como pai, dando amor, afeto e educação, mesmo que não possua vínculos biológicos com o filho, é considerado pai afetivo. Trata-se, pois, de hipótese de filiação socioafetiva, merecedora de proteção, assim como a filiação biológica.

Assim, pelo critério da verdade afetiva, é pai ou mãe aquele que funciona como tal diariamente auxiliando na formação de uma pessoa, ligado a ela por laços de afetividade, independentemente de vínculos biológicos.

Chaves de Farias e Rosenvald definem com maestria a filiação socioafetiva, ao explicarem que:

A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 670).

Entende-se, pois, que a filiação não se limita a ser um fato da biologia. A filiação é determinada com base na vontade de ser pai, na construção diária de um liame afetivo com o filho. Desse modo, observa-se, conforme os citados autores, uma desbiologização da filiação, que deixa de ser exclusivamente pautada no elo genético, para dar relevância aos laços de amor e afeto construídos na relação paternal.

Assim, verifica-se que genitor e pai deixam de ser necessariamente a mesma pessoa. Genitor é aquele que fornece o material genético para gerar o filho. O mero fornecimento da carga genética não configura, de pronto, vinculação paterna. Pelo critério da verdade afetiva, devem ser analisadas outras circunstâncias para a definição do pai, como a vontade de ser pai, o exercício dessa função, e o compartilhamento de afeto com o filho, de modo a auxiliar na sua formação enquanto ser humano.

Entretanto, a importância dada ao critério afetivo de filiação não significa dizer que este vá sobrepor-se ao critério biológico. Em cada caso concreto deve ser analisada a melhor forma de se fixar o vínculo paterno-filial, se simplesmente pela ligação sanguínea ou se pelos laços afetivos estabelecidos.

Conforme Chaves de Farias e Rosenvald (2011), para se configurar a filiação afetiva, deve-se comprovar a convivência firmemente estabelecida, pública e respeitosa, não sendo necessário que o afeto esteja presente no momento em que se discute o estabelecimento da filiação, bastando que ele tenha existido durante a convivência, sendo o elemento que vinculou o pai ao filho. Assim,

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 à brasileira”, em que uma pessoa registra como seu filho um estranho e, depois de anos de afeto e de um cotidiano como pai e filho, quer negar 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. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 673).

Segundo Chaves de Farias e Rosenvald (2011), pode-se observar a filiação baseada na afetividade nas hipóteses de adoção judicial, na chamada “adoção à brasileira”, no fenômeno de acolhimento de um “filho de criação”, ou em outras situações em que o afeto esteja presente como elemento fundamental e primordial na caracterização do vínculo parental.

Importante ressaltar que uma vez estabelecida a paternidade socioafetiva, rompem-se os laços da paternidade biológica. Nesse sentido, a partir da fixação da filiação afetiva não será mais possível que o filho busque alimentos ou participe da herança do genitor. O filho terá direito a alimentos e à herança diretamente do seu pai afetivo.

3.2 Paradigma da Socioafetividade

O paradigma da socioafetividade surgiu com a valorização do afeto no seio familiar, o que ocorreu principalmente a partir do advento da Constituição de 1988. Até então, o critério biológico de filiação, fundado na certeza científica dos testes de DNA, era predominante, constituindo-se no chamado paradigma do biologismo.

Observou-se então, a partir da CF/88, o fenômeno da desbiologização da paternidade, a qual passou a deixar de ser determinada quase que exclusivamente pela presença de laços sanguíneos, para ser fixada principalmente com base no vínculo afetivo entre as pessoas. A partir de então, o conceito de parentalidade socioafetiva ganhou destaque.

Christiano Cassetari define parentalidade socioafetiva como “o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas.” (CASSETARI, 2014, p. 16).

O conceito da parentalidade socioafetiva ganha espaço à medida que se entende que a família não é um elemento da natureza, mas sim cultural. É, pois, algo construído e, portanto, pode ser moldado conforme as necessidades de seus membros, no que tange à busca de suas realizações pessoais.

A socioafetividade, enquanto parâmetro para a fixação de vínculo parental, passou a ser considerada a partir do momento que a família deixou de ser interpretada, em sua essência, como local de reprodução e como núcleo econômico e patriarcalista, para ser espaço de compartilhamento de amor e afeto.

A colocação da afetividade no centro familiar direcionou todas as preocupações para a pessoa humana. A família não mais se construiria com fins precipuamente patrimoniais, mas sim voltada para a valorização do ser humano e para a sua realização pessoal, de modo a primar pela sua dignidade. Assim,

podemos afirmar que a família moderna possui amparo no princípio da solidariedade, insculpido no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, que fundamenta a existência da afetividade em seu conceito e existência e dá à família uma função social importante, que é a de valorizar o ser humano. Dessa forma, quando a família passa a realizar e concretizar a afetividade humana, ela desloca as funções econômica, política e religiosa para a afetiva, para determinar a repersonalização das relações civis, que valoriza mais o interesse humano do que as relações patrimoniais, em que a pessoa humana está no centro do Direito, no lugar do patrimônio. (CASSETARI, 2014, p. 28).

Conforme ensinamentos de Cassetari (2014), o principal requisito para a configuração da parentalidade socioafetiva é a presença de laços afetivos. Assim, em razão da importância dada à afetividade, pode-se entender o motivo de o afeto ter ganhado o título de valor jurídico. Ademais, além dos laços afetivos, o tempo de convivência também é apontado pelo autor, como requisito para a definição de parentalidade socioafetiva. Ele explica que “a convivência é o que faz nascer o carinho, o afeto e a cumplicidade nas relações humanas, motivo pelo qual há que se ter a prova de que o afeto existe com algum tempo de convivência.” (CASSETARI, 2014, p. 31).

A dificuldade está em definir o tempo mínimo de convivência suficiente para se considerar a existência da afetividade, levando o autor a concluir que isso será verificado caso a caso, a partir do estudo das circunstâncias. Portanto, não há um tempo mínimo para se cumprir a fim de ver estabelecida a parentalidade socioafetiva, nem há um momento exato para o seu nascimento. Entretanto, é válido ressaltar que quanto maior o tempo de convivência, maior a certeza do estabelecimento dos vínculos afetivos.

Christiano Cassetari (2014) traz, como terceiro requisito para a configuração da parentalidade socioafetiva, a existência de sólido vínculo afetivo. Assim, deve-se investigar “se o vínculo existente entre as partes é realmente sólido e forte, a ponto de ser comparado ao existente entre pais e filhos” (CASSETARI, 2014, p. 32).

Destaque-se a discussão existente sobre a necessidade de haver reciprocidade na afetividade e se ela deve ser atual para que se mantenha a parentalidade socioafetiva. Nesse sentido, busca-se compreender se é possível que uma das partes, mesmo depois de consolidados os laços afetivos, queira desfazer o vínculo parental.

Christiano Cassetari (2014) entende que isso não é possível, pois que a parentalidade não se trata de direito disponível. Assim, uma vez configurada a socioafetividade, não há mais espaço para se discutir a ausência posterior de consenso entre as partes, ou seja, a ausência posterior de reciprocidade de afeto.

Assim, segundo Cassetari (2014), a parentalidade socioafetiva seria irretratável, irrevogável, além de ser indisponível. As partes não poderiam, pois, querer discutir e modificar a existência do vínculo parental, após a sua solidificação.

Entretanto, o próprio autor aponta para uma divergência de entendimento, pois, por outro lado, seria no mínimo incoerente manter uma parentalidade socioafetiva diante da inexistência de afeto. Assim, ele explica:

Se não há reciprocidade, como iremos estabelecer uma parentalidade que não estará, nunca mais, calcada no afeto? Entenderemos ser um verdadeiro absurdo a imposição de uma parentalidade se não há mais afeto entre pais e filhos. O tema é polêmico, pois esbarra na renúncia à parentalidade, seja ela biológica ou socioafetiva, mas que entendemos que deverá ter o mesmo tratamento. Acreditamos que havendo motivo justo e plausível, o filho poderia renunciar a parentalidade que possui com o seu pai ou mãe, seja ele biológico ou afetivo. (CASSETARI, 2014, p. 67).

Quanto à titularidade do direito de reconhecer a parentalidade socioafetiva, Cassetari (2014) entende que ela seja, preferencialmente, do filho. Entretanto, o autor indica a possibilidade também de o pai afetivo entrar com a ação para reconhecer o vínculo parental. Ele explica que:

Pelo princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal, devemos dar direitos iguais na socioafetividade, pois, se há afeto entre as partes, porque somente o filho poderia requerer essa declaração? Ela deve ser de mão dupla, para não se hierarquizar o afeto entre as pessoas, em que se poderia cair no erro de tentar mensurar e valorar o afeto, dando mais importância ao que o filho sente pelo pai ou mãe, do que vice-versa. (CASSETARI, 2014, p. 60).

O referido autor afirma, ainda, que, segundo alguns julgados do STJ, não seria possível que um terceiro propusesse a ação com o intuito de desconstituir a filiação socioafetiva. A princípio, apenas pai e filho afetivos poderiam discutir o reconhecimento do vínculo afetivo.

A filiação socioafetiva resta configurada nas hipóteses de posse de estado de filho, adoção de fato, adoção “à brasileira”, também com relação aos filhos havidos fora do casamento, filhos havidos por reprodução assistida heteróloga e também com relação àqueles decorrentes da relação de padrasto e madrastra.

A posse de estado de filho se configura quando há vontade de uma pessoa de ter outra como se filho fosse. Trata-se de uma relação baseada unicamente em um ato de vontade de ambas as partes de serem pai e filho. A relação é pautada no afeto e se trata de um vínculo íntimo e duradouro.

Segundo Cassetari (2014), a posse de estado de filho se define através de uma aparência de relação paterno-filial que, diante da sua relevância, merece tratamento jurídico.

A adoção de fato é aquela em que, mesmo não havendo qualquer vínculo biológico ou registral, os pais criam uma criança ou adolescente como se fossem filhos biológicos, dando-lhes todo o amparo, assistência e afeto. Assim, “verifica-se que a adoção de fato é uma das formas de formação da socioafetividade, pois a pessoa é criada por um homem, por uma mulher, ou por ambos, como se filho fosse”. (CASSETARI, 2014, p. 44).

Conforme leciona Christiano Cassetari (2014), não pode haver distinção entre a adoção de fato, também conhecida por gerar os “filhos de criação”, e a adoção de direito, que é aquela consolidada por meio do processo judicial de adoção, pois ambas são fundamentadas pela vontade de dar amor ao filho adotivo.

A adoção à brasileira difere da adoção de fato por basear-se em um registro de filiação de alguém que não é filho biológico daquele que figura como pai. Assim, não há apenas a aparência de relação paterno-filial perante terceiros. Pela adoção à brasileira, há o registro da criança como filha daquele ou daquela que sabe não ser seu pai ou sua mãe biológicos.

A partir do registro de nascimento da criança, efetiva-se a adoção à brasileira. Posteriormente ao registro, com a convivência familiar, estabelecem-se laços afetivos entre o pai e o filho. Cassetari (2014) explica que, embora a adoção à brasileira seja vedada em nosso

ordenamento jurídico, configurando-se crime previsto no art. 242 do CP, uma vez estabelecida, não seria possível desconstituir-se essa adoção posteriormente, alegando a sua ilegalidade. O autor explica que a socioafetividade nascida dessa relação não pode ser ignorada.

A socioafetividade está presente também com relação aos filhos havidos fora do casamento que, em muitos casos, constroem laços afetivos com o cônjuge de seu pai ou de sua mãe, ou até passam a residir com eles.

Ademais, há ainda possibilidade de socioafetividade nos laços estabelecidos na relação de padrasto e madrastra. Trata-se da chamada família reconstituída, formada por casais divorciados e seus filhos frutos do antigo casamento. O estabelecimento de laços afetivos entre enteados e padrastos ou madrastras ocorre principalmente quando os filhos são abandonados afetivamente pelos pais biológicos. Os filhos passam então a receber afeto do cônjuge de seu genitor-guardião, estabelecendo com ele vínculos afetivos que podem ocasionar a formação de vínculo parental socioafetivo.

A parentalidade socioafetiva resta presente também nos casos de filhos havidos por reprodução assistida heteróloga. Trata-se da hipótese em que, impossibilitado de gerar filhos, um dos cônjuges aceita que o seu parceiro se submeta a técnicas de reprodução assistida, com a utilização de material genético de terceiro, um doador anônimo. Nesses casos, o filho nascido dessa fertilização assistida é presumidamente filho daquele que consentiu que o seu parceiro recebesse material genético de outrem. Nesses casos, a convivência no seio familiar será responsável pela criação de laços afetivos entre pai e filho, ainda que não partilhem do mesmo material genético.

3.3 Efeitos jurídicos da filiação

O estabelecimento do vínculo paterno-filial, seja por laços sanguíneos ou por socioafetividade, enseja diversos efeitos jurídicos. Esses efeitos dizem respeito desde a impedimentos matrimoniais até a obrigação de prestar alimentos, regulamentação de guarda e direito de visitas, sucessão e direitos previdenciários.

Da mesma forma que a filiação biológica, a filiação socioafetiva estabelece vínculos parentais, criando-se as figuras da avó socioafetiva, do tio socioafetivo ou do irmão socioafetivo, por exemplo. A partir desses vínculos traçados, nascem os impedimentos matrimoniais, os quais não excluem os impedimentos decorrentes do parentesco sanguíneo da criança. Assim, conforme o Código Civil,

o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. A utilização da expressão “de outra origem” é o que fundamenta a existência da parentalidade socioafetiva e, por esse motivo, todas as regras de parentesco natural se aplicam também ao socioafetivo. (CASSETARI, 2014, p. 106).

Além de fixar vínculos de parentalidade, ocasionando diversos efeitos, como os do impedimento matrimonial, o estabelecimento da filiação, biológica ou afetiva, enseja obrigação de prestar alimentos.

Conforme art. 1694 do CC, podem os parentes pleitear uns aos outros alimentos. Assim, a obrigação de prestar alimentos não está restrita a pais e filhos, mas sim a todos aqueles que tenham vínculos de parentesco.

Pelo princípio da igualdade de filiação, assegurado no art. 227, §6º da CF, a parentalidade e a filiação socioafetivas ensejam obrigação alimentar, assim como acontece com a filiação biológica.

Nesse sentido, entende-se que o filho socioafetivo possui legitimidade para pedir alimentos a seu pai afetivo e vice-versa, pois “o dever de prestar alimentos, havendo o binômio necessidade e possibilidade, é recíproco entre pais e filho socioafetivos, da mesma forma como ocorre com a parentalidade biológica” (CASSETARI, 2014, p. 111).

Essa regra possui fundamento no art. 229 da CF, segundo o qual os pais possuem o dever de prestar assistência, criar e educar os filhos menores, assim como os filhos maiores devem ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Ademais, devido ao fato de que o dever de prestar alimentos é recíproco entre todos os parentes, o filho socioafetivo, assim como o biológico, poderá também pleitear alimentos perante seus avós, irmãos, ou tios, por exemplo. Da mesma forma, os filhos poderão ser demandados em ação de alimentos, por esses parentes.

Questão interessante diz respeito à possibilidade de pleitear alimentos do pai afetivo, quando o pai biológico não dispõe de recursos suficientes para cobrir as necessidades do filho. Essa situação ocorre, principalmente, quando o filho é criado junto com um dos cônjuges ou companheiros e o seu novo par. Nesses casos, a criança possui vínculo com o seu pai biológico, que o registrou, e com o pai afetivo, que diariamente participa de sua criação. Após o rompimento do segundo relacionamento, a criança poderia pleitear alimentos do pai afetivo, para complementar a pensão do pai biológico? Christiano Cassetari (2014) entende que é possível, entretanto aduz que melhor seria que, ao fixar a obrigação de prestar alimentos, o magistrado competente para o caso oficiasse o cartório de Registro Civil, para que incluísse

no registro de nascimento do filho, o pai socioafetivo para coexistir com o biológico. O autor explica que:

Como a parentalidade socioafetiva gera outros efeitos que não apenas o do direito aos alimentos, para facilitar que o credor da pensão possa exercê-los, sem a necessidade de uma nova demanda judicial, a anotação no registro do nascimento seria suficiente para impedir a propositura de uma nova ação. (CASSETARI, 2014, p. 115).

A relação paterno-filial enseja também a discussão acerca da guarda e direito de visita dos filhos. A guarda dos filhos, conforme art. 1583 do CC, pode ser unilateral ou compartilhada. A guarda unilateral é aquela atribuída a um dos genitores, enquanto que a guarda compartilhada possibilita que ambos os genitores sejam igualmente responsáveis pelos filhos, dividindo os cuidados e a assistência de que necessitam os filhos.

A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser requerida por qualquer dos pais ou decretada pelo juiz, levando-se em consideração o melhor interesse da criança. É importante ressaltar que a modalidade compartilhada de guarda deve sempre ser priorizada quando possível.

Caso a guarda seja fixada na modalidade unilateral, caberá ao outro genitor, que não ficou com a guarda, o direito de visita aos filhos, com a incumbência de supervisionar o cumprimento dos seus interesses, principalmente no que diz respeito à educação e saúde física e mental. O direito de visitas poderá estender-se, inclusive, aos avós, observados os interesses da criança ou adolescente.

Com relação à guarda na filiação socioafetiva, Christiano Cassetari (2014) afirma que não há preferência quanto à origem do vínculo, pois

verifica-se que tanto o pai quanto a mãe socioafetivos terão direito à guarda do filho, pois não há preferência para o exercício da guarda 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. (CASSETARI, 2014, p. 117).

Assim, na fixação da guarda, deve-se levar em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, sem fazer distinções quanto ao vínculo da filiação ser biológico ou puramente afetivo.

No que tange à sucessão, o vínculo paterno-filial fixa o direito à herança. Segundo Christiano Cassetari (2014), a atribuição de herança aos sucessores deve ser fundamentada conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que patrimônio transmitido ocasione uma existência mais justa e digna aos sucessores.

No que tange à filiação socioafetiva, Cassetari (2014) afirma que se aplicam as mesmas regras sucessórias que são aplicadas aos parentes biológicos, devendo haver equiparação entre os parentes socioafetivos e os biológicos.

Ademais, o vínculo de filiação ocasiona, ainda, efeitos previdenciários, mais especificamente no que diz respeito ao direito à percepção de pensão por morte.

A pensão por morte é um benefício previdenciário pago aos dependentes do segurado quando este vem a falecer. Para a concessão do benefício é necessário que, à época do óbito, o trabalhador mantenha a qualidade de segurado. Entretanto, conforme Cassetari (2014), caso o óbito ocorra após a perda da qualidade de segurado, os dependentes somente terão direito ao benefício se o trabalhador tiver cumprido todos os requisitos necessários à obtenção da aposentadoria pela Previdência Social, ou se ficar provado, por meio de perícia médica do INSS, o direito à aposentadoria por invalidez, dentro do período de manutenção da qualidade de segurado.

Os dependentes do segurado são o cônjuge ou companheiro e filhos menores de 21 anos ou inválidos, desde que não tenham se emancipado entre 16 e 18 anos de idade; os pais e ainda os irmãos não emancipados, menores de 21 anos ou inválidos.

Assim, do vínculo paterno-filial nasce o direito à pensão por morte, o qual abrange tanto os filhos do segurado menores de 21 anos ou inválidos, como os pais do segurado. Conforme Christiano Cassetari (2014), os enteados ou os menores de 21 anos que estejam sob a tutela do segurado possuem os mesmos direitos dos filhos quanto à percepção do benefício de pensão por morte, desde que não tenham bens para suprir seu sustento e sua educação.

A dependência econômica dos filhos é presumida. Assim, para que os filhos façam jus ao benefício não há necessidade de prova. Entretanto, o mesmo não ocorre com a dependência econômica dos pais, a qual deve ser comprovada para que haja a percepção da pensão por morte.

Com relação à filiação socioafetiva, Cassetari (2014) explica que também há direito à percepção de benefícios previdenciários. Segundo o autor, os filhos socioafetivos menores de 21 anos ou inválidos também farão jus à pensão por morte. Do mesmo modo, aos pais socioafetivos também cabe igual direito ao benefício. Isso se deve ao princípio da igualdade de filiação, que faz com que os filhos sejam tratados de forma igual, independentemente de sua origem.

Havendo mais de um pensionista, sejam vários filhos, biológicos ou afetivos, ou filhos de quaisquer origem e pais do segurado, o valor da pensão será dividido entre todos de forma igual.

O benefício da pensão por morte cessa para o filho quando se emancipa, ainda que inválido, ou ao completar 21 anos de idade, salvo se inválido. Segundo Cassetari (2014), a partir do momento que um dos pensionistas perde o direito à pensão, seja por morte, no caso

dos pais, seja por emancipação ou por completar 21 anos, no caso do filho, “a parte daquele cujo direito à pensão cessar será revertida em favor dos demais dependentes.” (CASSETARI, 2014, p. 133). Assim, a partir de então, refaz se a divisão, para que cada pensionista receba o mesmo valor do benefício.

4. DA POSSIBILIDADE DE MULTIPARENTALIDADE

4.1 A possibilidade de dupla paternidade no Ordenamento Jurídico Pátrio

A ideia da dupla paternidade surge como consequência da ampliação do conceito de família, com o surgimento dos diversos modelos familiares e como desdobramento da importância da afetividade no seio familiar.

Conforme Ricardo Lucas Calderón (2013), a Constituição de 1988 regulamentou a pluralidade de formas familiares, rompendo com o modelo único de família, o qual havia se tornado desconexo com a realidade, e a partir de então passou a admitir diversas entidades familiares com dignidade constitucional. Ademais, afirma o autor que a CF/88 constituiu-se no marco de reconhecimento jurídico da afetividade, ainda que de forma implícita.

Segundo Calderón (2013), a Constituição tratou da afetividade ao disciplinar a igualdade entre os filhos (art. 227, §6º), entre homem e mulher (art. 226, §5º), ao reconhecer a união estável como entidade familiar (art.226, §3º), ao conferir dignidade a outras entidades familiares (art.226, §4º), ao tratar do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227), entre outros.

A partir de então, ao considerar-se a igualdade entre os filhos, independentemente de suas origens, se biológica ou puramente afetiva, e ao conferir-se dignidade a diversos modelos de família, passou-se a sustentar a igualdade entre os critérios de filiação.

Belmiro Pedro Welter (2009), na sua Teoria Tridimensional do direito de família, ao afirmar que o ser humano é um ser tridimensional, pois que é genético, afetivo e ontológico, defende a igualdade e a consequente coexistência entre as filiações socioafetiva e biológica. Ele explica que:

Visto o direito de família pelo prisma da tridimensionalidade humana, deve-se atribuir ao filho o direito fundamental às paternidades genética e socioafetiva e, em decorrência, conferir-lhe todos os efeitos jurídicos das duas paternidades. Numa só palavra, não é correto afirmar, como o faz a atual doutrina e jurisprudência do mundo ocidental, que “a paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica”, ou que “a paternidade biológica se sobrepõe à paternidade socioafetiva”, isso porque ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, exatamente porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. (WELTER, 2009, p. 222).

Assim, a igualdade entre as paternidades socioafetiva e biológica é o que fundamenta a possibilidade da coexistência entre elas, o que dá ensejo à possibilidade de se reconhecer a multiparentalidade.

A multiparentalidade consiste na hipótese de uma criança possuir mais de um pai e/ou mais de uma mãe, registrados no seu assento de nascimento, somando-se a paternidade biológica com a afetiva, de modo a se produzir todos os efeitos jurídicos dessa múltipla filiação.

Segundo Cassetari (2014), a multiparentalidade seria possível de ser reconhecida em alguns casos, tais como naqueles em que fosse possível acrescentar a parentalidade biológica à socioafetiva e vice-versa, na adoção homoafetiva ou na reprodução assistida entre casais homossexuais, em que o filho adotado passaria a possuir dois pais ou duas mães. Conforme o autor, observa-se que a multiparentalidade com a dupla paternidade ou maternidade, em casos em que casais homoafetivos optam por ter filhos por meios de técnicas de reprodução assistida, já vem sendo aceita pela jurisprudência.

Entretanto, o entendimento majoritário nos primeiros julgados sobre o tema era o de que uma filiação se sobrepunha a outra, não havendo possibilidade de coexistência. É o que se depreende do julgado de uma apelação cível do TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO À BRASILEIRA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CARACTERIZADAS. ALIMENTOS A SEREM PAGOS PELO PAI BIOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE. Caracterizadas a adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva, o que impede a anulação do registro de nascimento do autor, descabe a fixação de pensão alimentícia a ser paga pelo pai biológico, uma vez que, ao prevalecer a paternidade socioafetiva, ela apaga a paternidade biológica, não podendo coexistir duas paternidades para a mesma pessoa. Agravo retido provido à unanimidade. Apelação provida, por maioria. Recurso adesivo desprovido à unanimidade (Apelação Cível nº 70017530965, 8ª Câmara Cível, rel. Des. José Ataias Siqueira Trindade, DJ de 28.07.2007)

Nesse julgado, observa-se a não admissibilidade da coexistência das paternidades socioafetiva e biológica, ao argumento de que uma prevalece sobre a outra. Ocorre que, segundo Christiano Cassetari (2014), se uma prevalecesse à outra, haveria a necessidade de se criar uma hierarquização entre as duas formas de paternidade, de modo a se verificar qual seria a mais importante, o que, segundo o autor, não poderia ocorrer.

Cassetari (2014), ao explicar a razão da coexistência das duas parentalidades aduz que:

As parentalidades socioafetiva e biológica são diferentes, pois ambas têm uma origem diferente de parentesco. Enquanto a socioafetiva tem origem no afeto, a biológica se origina no vínculo sanguíneo. Assim sendo, não podemos esquecer que é plenamente possível a existência de uma parentalidade biológica sem afeto entre pais e filhos, e não é por isso que uma irá prevalecer sobre a outra, pelo contrário, elas devem coexistir em razão de serem distintas. (CASSETARI, 2014, p. 168).

Assim, embora as parentalidades biológica e afetiva sejam diferentes por possuírem origens diferentes, elas devem ser igualmente protegidas e asseguradas, de modo a coexistirem, cada uma proporcionando seus efeitos.

Em outro julgado, considerou-se como impossibilidade jurídica do pedido o reconhecimento da paternidade socioafetiva em relação a uma pessoa já registrada como filha de seu pai biológico. Vejamos.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EFEITOS MERAMENTE PATRIMONIAIS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO AUTOR EM VER DESCONSTITUÍDA A PATERNIDADE REGISTRAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Considerando que o autor, embora alegue a existência de paternidade socioafetiva, não pretende afastar o liame parental em relação ao pai biológico, o pedido configura-se juridicamente impossível, na medida em que ninguém poderá ser filho de dois pais. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO RECONHECIDA DE OFÍCIO. PROCESSO EXTINTO. RECURSO PREJUDICADO. (Apelação Cível, nº 70027112192, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 02/04/2009.)

Ocorre que, com o passar do tempo os posicionamentos jurisprudenciais têm se modificado, no sentido de reconhecer a possibilidade da coexistência das paternidades biológica e afetiva. O Tribunal de Justiça do Maranhão já se posicionou a favor de se adicionar o nome do pai biológico ao registro de nascimento em que continha apenas o nome do pai socioafetivo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE CONTRAPROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍCIO NA PRODUÇÃO DO EXAME DE DNA. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA X BIOLÓGICA. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E DA RELAÇÃO FAMILIAR CONSTRUÍDA AO LONGO DE 27 ANOS. PROVIMENTO DO APELO. I - Embora se leve em consideração a existência de margem de erro, mesmo que mínima, pode a parte impugnar o DNA, mas para que seja deferida, é necessário apresentar motivos sérios, substanciais, que realmente permitam por em dúvida o resultado obtido, na medida em que o mero inconformismo da parte com o resultado do laudo pericial não é razão suficiente para que seja determinada a sua repetição. Agravo retido improvido. II - Comungo com as correntes doutrinárias que entendem que a "adoção à brasileira" não pode ser desconstituída após vínculo de socioafetividade. Ao longo de vários anos, conforme afirmação da própria autora, considerou o Sr. José Elias como pai, ou seja, por 27 anos viveram uma perfeita relação de pai e filha e pelo simples fato de não ser o pai biológico Da autora, após a morte, automaticamente o entitulou de padastro, desconsiderando por completo a relação familiar havida entre eles. III - Não há razões nos autos que levem a justificar a nulidade do registro de nascimento. A intenção da autora é apenas de ter o nome de seu verdadeiro pai biológico em seu assento. Há de se ressaltar que o Sr. José Elias, por livre e espontânea vontade demonstrou e efetivou o interesse em ter a Apelada como filha. Não havendo nenhum erro ou coação para tal atitude que justifique a anulação do registro. (precedente do Superior Tribunal de Justiça). IV - Apelo provido. (TJMA; Apelação Cível 002444/2010; Relatora Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa; j. 22.06.2010).

Ao se reconhecer a dupla parentalidade, visa-se primar pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto dos pais biológicos e afetivos, quanto dos filhos. Segundo Mauricio Póvoas (2012), considerando-se que todo ser humano nasce com dignidade e esta encontra proteção constitucional, “não se pode negar o direito de todas as partes

envolvidas em relações de filiação (genitores biológicos, afetivos e filhos) de invocar tal princípio sempre que entender que sua dignidade foi violada”. (PÓVOAS, 2012, p. 73).

Assim como ao filho são garantidos o conhecimento e manutenção da sua paternidade, aos pais, afetivos ou biológicos, também é assegurado o direito ter reconhecidas as suas filiações. Nesse sentido, o genitor afetivo, aquele que sempre cuidou do filho, dando-lhe educação, sustento e afeto, tem sua dignidade violada caso seja acolhida a ação de investigação de paternidade biológica e, conseqüentemente seja retirado o seu nome do registro de nascimento daquele que sempre teve como filho.

Desse modo, “não há como negar que fere a dignidade do pai afetivo e viola o princípio da afetividade simplesmente extirpar a relação parental entre ele e aquela pessoa que sempre teve como filho, por não haver entre eles liame biológico”. (PÓVOAS, 2012, p. 78).

De forma análoga, não se pode negar ao pai biológico, para o qual foi omitida a informação de que possuía um filho, a possibilidade de tentar ter relação afetiva com ele. Essa hipótese macularia a sua dignidade ao furtar-lhe o direito de ser pai.

Ao dispor sobre a possibilidade da coexistência de vínculos parentais afetivos e biológicos, Maurício Póvoas (2012) aduz que é perfeitamente exequível e, mais do que um direito, é uma obrigação prevista constitucionalmente, na medida em que assegura e protege direitos fundamentais de todos os envolvidos, principalmente a dignidade e a afetividade da pessoa humana. O autor explica que “existem mesmo situações concretas que a opção pelo vínculo biológico ou pelo vínculo afetivo- um excluindo o outro- pode gerar traumas praticamente irrecuperáveis nos envolvidos nesta relação”. (PÓVOAS, 2012, p. 80).

O instituto da multiparentalidade surge como forma de garantir aos filhos menores a tutela jurídica de todos os efeitos que advenham tanto da vinculação biológica quanto da vinculação afetiva, visto que esses laços, em algumas situações, não se excluem e podem coexistir, ambos auxiliando na tutela dos menores.

A ideia da dupla parentalidade decorre da possibilidade de dar tutela jurídica a uma situação que de fato ocorre, principalmente como consequência dos novos modelos familiares que foram surgindo, pois, como explica Mauricio Póvoas (2012):

A evolução natural das relações interpessoais fez aparecer várias formas de núcleos familiares na sociedade, impossibilitando o reconhecimento como entidade familiar apenas aquilo que o legislador assim o estabelece, porque a família ultrapassa os limites da norma burocrática escrita por homens frequentemente influenciados por ideais pessoais e influência religiosas. (PÓVOAS, 2012, p. 86).

Assim, a multiparentalidade nasce, por exemplo, a partir de famílias reconstituídas, ou de famílias homoafetivas, ou ainda a partir da adoção, para dar origem a uma nova família, a

família multiparental, construída através da conjugação de laços biológicos e laços puramente afetivos estabelecidos entre pais e filhos com o intuito de compartilhar afeto e assistência, independentemente da diferenciação do critério de filiação.

Embora haja algum reconhecimento da jurisprudência e da doutrina acerca da multiparentalidade, é necessária a aceitação do reconhecimento registral da dupla paternidade.

Com efeito, para que se operacionalize, é preciso que a multiparentalidade seja averbada no registro de nascimento, pois que este não pode ser óbice para a efetivação dos resultados da dupla paternidade.

Tratando sobre o assunto, Pedro Welter aduz que:

Polêmica, a meu ver, reside na questão registral da dupla paternidade/maternidade (biológica e afetiva), porquanto se o filho já tem um registro de nascimento socioafetivo, como na adoção, na adoção à brasileira ou no reconhecimento voluntário da paternidade, qual seria o nome (sobrenome) que ele adotaria com o acolhimento da paternidade biológica? Qual o sobrenome que ele adotaria no acolhimento da paternidade socioafetiva, quando já registrado pelos pais genéticos? Ele manteria no registro de nascimento o nome dos pais genéticos e dos pais afetivos, ou dos pais genéticos e do pai ou da mãe afetivo? Quando se cuida de ação de estado, de direito da personalidade, indisponível imprescritível, intangível, fundamental à existência humana, como é o reconhecimento das paternidades genética e socioafetiva, não se deve buscar compreender o ser humano com base no direito registral, que prevê a existência de um pai e uma mãe, e sim na realidade da vida de quem tem, por exemplo, quatro pais (dois genéticos e dois afetivos), atendendo sempre aos princípios fundamentais da cidadania, da afetividade, da convivência em família genética e afetiva e da dignidade humana, que estão compreendidos na condição humana tridimensional. (WELTER, 2009, p. 222).

Apesar do citado autor não considerar a relevância do registro da multiparentalidade na certidão de nascimento, com o argumento de que se deve buscar compreender o ser humano unicamente na sua realidade de ter múltipla filiação, tem-se que o registro é a forma mais fácil de se provar a paternidade ou maternidade de alguém.

Ao discorrer sobre o assunto, Póvoas conclui:

Na realidade, a alteração do registro, com a inclusão, no caso de multiparentalidade, de todos os pais e mães no registro, só traz benefícios aos filhos, auferindo-lhes, de forma incontestável e independentemente de qualquer outra prova (pela presunção que o registro traz em si) todos os direitos decorrentes da relação parental. (PÓVOAS, 2012, p. 91).

Embora a averbação da multiparentalidade no registro de nascimento seja de grande importância, a lei dos registros públicos (Lei nº6.015/1973) não prevê essa hipótese. Entretanto, conforme Póvoas (2012), por ser infraconstitucional, a referida lei não pode ser óbice ao registro da dupla paternidade, pois esta se baseia em princípios constitucionais hierarquicamente superiores a ela.

Segundo Cassetari (2014), a partir da alteração provocada pelo provimento 3 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 17 de novembro de 2009, sobre o provimento 2, de

27 de abril de 2009, as certidões de nascimento, casamento e óbito foram padronizadas de modo que os campos mãe e pai foram substituídos por filiação e os de avós paternos e maternos, por avós. Tal padronização facilitou o reconhecimento da multiparentalidade, visto que eliminou a limitação dos campos destinados ao registro das parentalidades.

Ademais, é válido ressaltar a edição da Lei nº11.924/2009, como um avanço na aceitação do registro da multiparentalidade. Tal lei adicionou mais um parágrafo no art. 57 da Lei de Registros Públicos (Lei nº6.015/1973), com a finalidade de permitir a inclusão do sobrenome do padrasto ou da madrasta, pelo enteado ou enteada, sem retirar o sobrenome da paternidade e da maternidade biológicas. O parágrafo incluído ficou redigido da seguinte forma:

§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.

Essa alteração foi de grande importância no que tange à aceitação do registro da multiparentalidade, pois que, apesar de não se tratar de inclusão do nome do padrasto ou da madrasta como pai ou mãe, ela deu início à discussão sobre o assunto, servindo de base à jurisprudência sobre o assunto.

4.2 A prevalência da observância dos interesses da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra fundamento na Constituição Federal, no art. 227, com a seguinte redação:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Posteriormente à promulgação da CF/88, o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069/1990, veio regulamentar os direitos dos menores, dispondo sobre os seus interesses e proteção, que devem ser assegurados por todos, com absoluta prioridade.

Esse tratamento diferenciado destinado às crianças e adolescentes decorre da vulnerabilidade que possuem diante da sociedade, pois que são pessoas ainda em processo de formação, tanto física, como mental.

Paulo Lobo assim define o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente:

O princípio do melhor interesse significa que a criança- incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos direitos da criança- deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na

elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. (LOBO, 2011, p. 75)

Ademais, o melhor interesse da criança e do adolescente é assegurado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil, em 1990, através do Decreto-lei nº 99.710/90. A Convenção estabelece que todas as ações relativas às crianças e adolescentes devem dar preponderância ao interesse do menor. Paulo Lobo leciona que, conforme a Convenção,

deve ser garantida uma ampla proteção ao menor, constituindo a conclusão de esforços, em escala mundial, no sentido de fortalecimento de sua situação jurídica, eliminando as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos (art. 18) e atribuindo aos pais, conjuntamente, a tarefa de cuidar da educação e do desenvolvimento. (LOBO, 2011, p. 76).

Diante do comando constitucional e da legislação em vigor, depreende-se que o princípio em questão deve ser plenamente aplicado no ordenamento jurídico, em todas as ocasiões em que houver interesse do menor. Conforme Guilherme da Gama (2008), o princípio do melhor interesse da criança deve ser interpretado não apenas como um princípio geral, mas deve ser orientador da interpretação e aplicação da norma jurídica em todas as situações que envolverem crianças e adolescentes.

Sendo assim, o questionamento que se faz é se haveria prejudicialidade, aos interesses da criança e do adolescente, na coexistência das paternidades biológica e socioafetiva, ou se essa coexistência de paternidades seria resultado da própria observância e do interesse do menor.

Paulo Lobo (2011), ao tratar da aplicabilidade do princípio, nos casos em que haja conflito entre as paternidades biológica e socioafetiva, dispõe que deve ser feita a escolha daquela que melhor atenda aos interesses da criança. Em suas palavras, o referido autor aduz que “o juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação.” (LOBO, 2011, p. 76).

Entretanto, determinar o que atenderia ao melhor interesse da criança depende do caso em análise e nem sempre resulta na mesma decisão. É o que explica Flávio Guimarães Lauria:

Estabelecida a premissa de que as soluções para as situações de conflituidade envolvendo crianças devem se adequar ao princípio do melhor interesse, resta a indagação sobre o que, na prática, atenderia ao melhor interesse da criança. Não existe uma resposta a priori para tal indagação. As soluções vão depender sempre das particularidades de cada caso concreto, com a inafastável necessidade de recurso a outros ramos do conhecimento, como a psicologia, medicina, serviço social, etc. O que importa é que a fundamentação das decisões terá, sempre e necessariamente, sob pena de contravenção ao princípio constitucional, estar fundamentada no melhor interesse da criança. (LAURIA, 2003, p. 36).

Em diversas situações, a coexistência das paternidades mostra-se muito mais adequada a primar pelo interesse do menor do que a escolha de uma delas, e exclusão da outra. Ademais, limitar a paternidade à escolha de uma e exclusão de outra, sem que se leve em consideração a possibilidade de coexistência de ambas, acaba ferindo o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que é importante que todas as hipóteses de vínculo parental, inclusive a da coexistência de paternidades, sejam levadas em consideração, a fim de que se decida qual delas põe em primeiro plano o interesse do menor, em cada caso concreto.

4.3 Consequências registrais da Cumulação de Paternidades

Após a análise da viabilidade da duplicidade parental e da sua contribuição para o melhor interesse da criança e do adolescente, importante se faz o estudo dos efeitos registraes da multiparentalidade.

Inicialmente, o registro da multiparentalidade produz efeitos no que concerne ao parentesco, pois que o filho irá possuir vínculos em linha reta e colateral com todos os parentes de seus pais e mães. Esse grau de parentesco, por conseguinte, produzirá todos os efeitos, inclusive para estabelecer impedimentos matrimoniais e direitos sucessórios.

Com relação ao nome do filho, não há óbice algum para que este receba o sobrenome de todos os seus pais e mães, em caso de multiparentalidade. Conforme Póvoas (2012), o direito de uso do sobrenome do pai pelo filho é um direito fundamental e sua utilização não pode ser coibida.

A Lei dos Registros Públicos, lei nº 6.015/1973, em seu art. 54, não veda a colocação dos sobrenomes de todos os pais e mães no nome do filho. Pela lei, basta que cada pessoa possua um nome e um sobrenome. Nesse sentido, não há exigência legal de um número de sobrenomes que cada pessoa possa ter, bastando apenas um para a construção do nome. Assim, é plenamente possível que a criança leve, em seu nome, o sobrenome de todos os pais e mães, incluídos os biológicos e os afetivos.

Essa interpretação a respeito da liberdade de construção do nome a partir da junção dos sobrenomes dos pais e mães advém do conhecimento de que o nome traduz-se na identidade da pessoa e é forma de se reconhecer a família à qual a criança pertence. Assim, negar-lhe o direito a possuir o sobrenome dos seus pais e de suas mães em caso de multiparentalidade significaria ferir a dignidade da pessoa humana e vedar-lhe sua identidade.

No que diz respeito à obrigação alimentar, questiona-se como se estabeleceria em caso de multiplicidade de pais e mães. Segundo Cassetari (2014), a pensão alimentícia deveria ser paga, nesses casos, por qualquer dos pais, de acordo com a sua possibilidade e sem solidariedade entre eles, em decorrência do que está disposto no art. 265 do Código Civil, o qual estabelece que a solidariedade não se presume, devendo resultar de lei ou da vontade das partes.

Mauricio Póvoas, tratando sobre o assunto, conclui que “os pais/mães biológicos e afetivos seriam credores e devedores de alimentos em relação ao filho, respeitando-se o binômio necessidade/possibilidade. (Art. 1.694, §1º do CC)”. (PÓVOAS, 2012, p. 95). Assim, o que fixaria a obrigatoriedade alimentar seria a possibilidade de fornecer alimentos ao menor.

Christiano Cassetari (2014), ao tratar da fixação de alimentos na situação de multiparentalidade, faz uma comparação com o caso da fixação de alimentos pelos avós:

Quando o neto precisa pedir alimentos para os avós, a jurisprudência já firmou entendimento que o mesmo pode procurar qualquer um deles, paterno ou materno, para pensionar, de acordo com sua possibilidade. Assim sendo, não há solidariedade entre eles. Da mesma forma, entendo o que deve ser feito quando há multiparentalidade. Imaginemos que o menor esteja na guarda da mãe e que tenha dois pais em seu registro de nascimento. Desta feita, não vejo óbice para que ele escolha um entre os dois pais para iniciar a ação de alimentos, considerando que, segundo o art. 1.694 do Código Civil, o mesmo será fixado em razão da possibilidade do alimentante. (CASSETTARI, 2014, p. 174).

O referido autor, com fundamento no art. 1.698 do Código Civil, explica ainda que, havendo mais de um pai obrigado a prestar alimentos, se um deles puder suportar sozinho a pensão, deverá fazê-lo. O autor explica que o fracionamento da pensão é prejudicial ao menor, pois que aumenta o risco de inadimplemento. Entretanto, o autor explica que se o pai escolhido não puder arcar sozinho com o pagamento da pensão, ele deverá provar essa impossibilidade, para que possa chamar o outro pai obrigado a integrar a lide e partilhar a obrigação.

Em relação à determinação da guarda do menor em casos de multiparentalidade, deve-se levar sempre em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente.

Tratando sobre o assunto, Mauricio Póvoas dispõe que, nesses casos,

Há que se analisar, à luz de estudos feitos por equipe interdisciplinar, com quem deve permanecer o menor, sendo óbvio que em casos tais o melhor critério é a afinidade e a afetividade e, portanto, os pais afetivos levam sensível vantagem para ficar na guarda dos menores que possuem mais de um pai e de uma mãe. (PÓVOAS, 2012, p. 95).

Assim, a fixação da guarda, nos casos de multiparentalidade, deve sempre ser pautada no melhor interesse da criança e, na maioria das vezes, é determinada com base na afetividade, o que faz com que os pais socioafetivos possuam preferência na manutenção na guarda.

Entretanto, conforme Póvoas (2012), isso não impede que, sendo possível, possa se optar pela guarda compartilhada, nos casos em que haja harmonia de relacionamento entre os pais.

O direito de visitas àquele que não ficou com a guarda do menor, nos casos de multiparentalidade, segundo Póvoas (2012), deve ser fixado conforme o art. 1.589 do Código Civil. O referido artigo dispõe que:

O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visita-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Assim, nos casos de multiparentalidade, a regulamentação do direito de visitas não difere dos demais casos. O pai ou mãe, biológico ou afetivo, que não possuir a guarda da criança tem direito a fazer visitas ao filho, de modo a acompanhar o seu crescimento e educação, além de desfrutar da companhia do filho, desde que esse contato não seja prejudicial ao melhor interesse da criança.

Tratando sobre o assunto, Mauricio Póvoas (2012) explica que o direito de visitas nos casos de multiparentalidade é regulamentado nos mesmos moldes dos casos de biparentalidade. Para ilustrar a afirmação, o autor cita um julgado onde se decidiu que a menor deveria ficar com o pai e a madrasta, com quem possuía fortes vínculos afetivos, e à mãe biológica foi assegurado o direito de visitas, devido à importância desse contato para a criança:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. REVELANDO O ESTUDO SOCIAL E PSICOLÓGICO QUE A MENOR, HOJE COM NOVE ANOS DE IDADE, PREFERE A GUARDA DO PAI, COM QUEM JÁ SE ENCONTRA DESDE O AJUIZAMENTO DA AÇÃO, EM 2004, INTERNALIZANDO O PAI E A MADRASTA COMO CASAL PARENTA, É DE SE MANTER A DECISÃO, IMPONDO-SE, ENTRETANTO, PRESERVAR OS VÍNCULOS COM A MÃE E IRMÃOS (FILHOS DESTA) ATRAVÉS DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº70018995241, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 25 de abril 2007).

No que concerne aos efeitos da multiparentalidade em relação aos direitos sucessórios, Mauricio Póvoas (2012) aduz que a sucessão seria estabelecida entre os filhos e seus pais e entre seus parentes, respeitada a ordem de vocação hereditária estabelecida nos art. 1.829 a 1.847 do Código Civil.

Conforme o referido autor, seriam estabelecidas tantas linhas sucessórias quantos fossem os pais. Ele explica:

Se morresse o pai/mãe afetivo, o menor seria herdeiro em concorrência com os irmãos, mesmo que unilaterais. Se morresse o pai/mãe biológico também o menor seria sucessor. Se morresse o menor, seus genitores seriam herdeiros.

Assim, o filho que tiver, no seu registro de nascimento, múltiplos pais, será herdeiro de todos eles, o que lhe ensejaria benefícios. Do mesmo modo, no caso de falecimento do filho, todos os pais seriam sucessores.

Em vista do exposto, nota-se que os resultados provenientes do registro da multiparentalidade influem em vários campos da vida do menor, especialmente no que tange a estabelecimento de vínculos parentais, construção do nome, direitos sucessórios, obrigação alimentar, direito de visitas e guarda. Observa-se que esses efeitos não trazem maiores dificuldades para a vida da criança e, pelo contrário, contribuem para o seu melhor interesse, na medida em que o menor passa a possuir assistência de múltiplos pais.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do tempo, o instituto familiar sofreu diversas modificações, conforme a sociedade ia se modificando e reestruturando a forma de interpretar a função da família e de seus integrantes.

Nesse sentido, o modelo da família patriarcal, fundamentada no matrimônio, cujos interesses patrimoniais se sobrepunham a qualquer outro, foi sendo substituída pela família eudemonista, a qual possui como fundamento a busca pela felicidade e pelo pleno desenvolvimento de seus membros. Esse modelo familiar baseia-se em diversos princípios constitucionais, em especial no princípio da dignidade humana, o qual fundamenta todo o ordenamento jurídico, e no princípio da afetividade, o qual eleva o afeto a um bem jurídico digno de proteção e o torna determinante na solução de diversos impasses, principalmente na seara da família.

Em sintonia com essas modificações, o conceito de filiação também passou por transformações. A evolução histórica do conceito de filiação demonstra o quanto já progrediu no que tange a conceder tratamento isonômico aos filhos, deixando de diferenciá-los em legítimos e ilegítimos, conforme tenham nascidos ou não do matrimônio. Nesse viés, importante destacar o papel da Constituição Federal de 1988 como a maior responsável por essa mudança de interpretação, levando esse avanço a refletir na produção legislativa e jurisprudencial do país.

Embora não haja qualquer diferenciação discriminatória em relação à origem dos filhos, o conceito de filiação passou a receber diferentes classificações, conforme o critério a ser adotado quando da sua determinação, podendo ser o critério registral, o biológico ou o afetivo. O critério registral baseia-se na presunção de paternidade. Com o advento do exame de DNA, o qual passou a conferir maior grau de certeza e precisão quanto à transferência de carga genética entre pais e filhos, o critério biológico de filiação ganhou destaque frente ao critério jurídico. Por conseguinte, surgiu e se firmou como uma construção da sociedade contemporânea, o critério afetivo de filiação, que estabeleceu o conceito de pai em razão do que este representa na vida do filho, fundado no princípio da afetividade.

A partir de então, passa a se destacar a transição entre o paradigma do biologismo e o paradigma da socioafetividade. Assim, começam a surgir conflitos no âmbito jurisprudencial quando paternidades fundadas em critérios diferentes se esbarram uma na outra, no intuito de se fixar qual delas é a melhor para a criança. Nesse contexto, observa-se, com fundamento na interpretação constitucional, que não existe hierarquia entre os critérios de filiação. Entretanto,

nota-se que não existe paternidade que não seja fundada na afetividade, visto que o afeto é elemento caracterizador da função de pai, no contexto na família eudemonista.

Nesse viés, entende-se que não se pode desconstituir a filiação registral, uma vez estabelecido um sólido vínculo afetivo, visto que o registro é ato irrevogável, irretroatável e personalíssimo, salvo se provido de erro ou vício de vontade. Assim, a partir do registro de filiação, decorrerão efeitos quanto ao vínculo de parentesco, direito ao nome, fixação da guarda e do direito de visitas, o direito aos alimentos e os direitos sucessórios.

Do mesmo modo, é impossível a desconstituição da paternidade biológica, nos casos em que pai e filho estejam dispostos a estreitar os laços de afetividade. Outrossim, o genitor não pode isentar-se de suas responsabilidades patrimoniais com relação ao seu filho, com a alegação de que já existe outra paternidade de natureza puramente socioafetiva consolidada.

Diante do conflito de paternidades, biológica e socioafetiva, é importante pensar na sua solução pelo caminho que dê prevalência à dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos, principalmente da criança e do adolescente, que possuem proteção especial conferida pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto, surge o instituto da multiparentalidade como a melhor solução para resolver os casos em que, mesmo sem regulamentação normativa, uma criança possua efetivamente mais de um pai e mais de uma mãe. Essa opção se mostra como a melhor alternativa, principalmente para aqueles cuja paternidade é discutida, pois que prima pela observância absoluta do melhor interesse da criança e do adolescente, devido a múltipla oferta de afeto e assistência.

Nos dias de hoje, já se observam algumas decisões judiciais que optam pela multiparentalidade e determinam a averbação no registro de nascimento do menor para incluir o nome do segundo pai e/ou da segunda mãe, resultando na coexistência registral de paternidades. Essa mudança no registro de nascimento é importante, pois é se dela que emanam os efeitos decorrentes da dupla paternidade.

Importante destacar que, além de proporcionar múltipla oferta de afeto e assistência ao menor, a dupla paternidade também gera duplo encargo, devido à reciprocidade que existe no que diz respeito à obrigação alimentícia e aos direitos sucessórios.

Nesse contexto, necessário se faz que o ordenamento jurídico se adapte a essa nova realidade, que se faz presente em tantas famílias, pois que o instituto da multiparentalidade possui fundamento em princípios constitucionais.

Logo, diante do exposto, conclui-se que a filiação somente se completa quando for composta pelo paradigma do biologismo e pelo paradigma da socioafetividade, ao mesmo

tempo, ou seja, através da coexistência da paternidade biológica e da paternidade socioafetiva, ambas compõem a paternidade registral, ainda que sejam representadas por pessoas distintas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 de abril de 2015.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 13 de junho de 2015.

_____. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Apelação Cível N° 002444/2010; Relatora Des. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa; Julgado em 22.06.2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N° 70017530965, 8ª Câmara Cível, Relator: Des. José Ataias Siqueira Trindade, Julgado em 28 de julho de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N° 70027112192, Oitava Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 02/04/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N° 70018995241, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 25 de abril 2007.

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

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A Regulamentação de Visitas e o Princípio do Melhor Interesse da Criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazi. **Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. (vol. 6)

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.