



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
SUPERINTENDÊNCIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA
CURSO DE DOUTORADO

HILDA LEDOUX VARGAS

**FILHOS DO CORAÇÃO: O reconhecimento jurídico da multiparenta-
lidade nas famílias neoconfiguradas no Brasil**

SALVADOR-BAHIA
2015

HILDA LEDOUX VARGAS

FILHOS DO CORAÇÃO: O reconhecimento jurídico da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas no Brasil

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Católica do Salvador como exigência para obtenção do título de Doutor em Família na Sociedade Contemporânea.

Área de Concentração: Direito de Família

Orientador: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.

SALVADOR-BAHIA

2015

UCSal. Sistema de Bibliotecas.

V297 Vargas, Hilda Ledoux.

Filhos do coração: o reconhecimento jurídico da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas no Brasil/ Hilda Ledoux Vargas. – Salvador, 2015.

285 f.

Tese (doutorado) - Universidade Católica do Salvador.
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Doutorado em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientação: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.

TERMO DE APROVAÇÃO

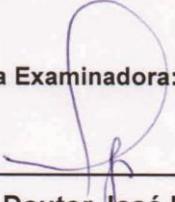
Hilda Ledoux Vargas

**“Filhos do Coração: a multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas
Brasileiras de acordo com o sistema jurídico nacional”.**

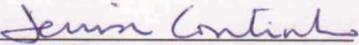
Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Família na
Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 21 de outubro de 2015.

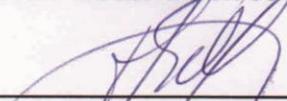
Banca Examinadora:



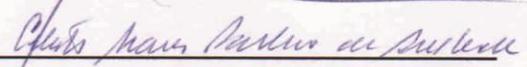
Prof. Doutor José Euclimar Xavier de Menezes - UCSAL
Orientador (a).



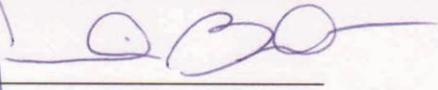
Prof.^a Doutora Denise Maria Barreto Coutinho - UFBA



Prof.^a. Doutora Maria Esther Martínez Quinteiro – Universidade de Salamanca



Prof.^a Doutora Celeste Maria Pacheco de Andrade – UNEB



Prof. Doutor Camilo de Lelis Colani Barbosa - UCSAL

A minha família com quem aprendi a amar e a compreender que muito mais que laços de parentesco, os vínculos familiares são construções do afeto, em suas mais variadas manifestações.

Meus sinceros agradecimentos

A Deus, pela vida e pelas oportunidades de crescimento;

A meus pais, professores de virtudes, orientadores de caráter, exemplos de racionalidade, amor, companheirismo e compromisso;

A minha filha, luz e motivação que me guiam;

A minha irmã, meu cunhado e meus sobrinhos, pela alegria que trazem a minha vida,

Ao professor Menezes, modelo de orientador e amigo; aquele que acolhe e impulsiona; confia e liberta.

À professora Isabel Lima, que acreditou em meu projeto e em mim.

À UEFS e à FAT pelo apoio e confiança;

A Gladyson e Line Ane pela solidariedade, profissionalismo e amizade.

Canção do Tamoio

(Antônio Gonçalves Dias)

Não chores, meu filho;
Não chores, que a vida
É luta renhida:
Viver é lutar.
A vida é combate,
Que os fracos abate,
Que os fortes, os bravos
Só pode exaltar.

II

Um dia vivemos!
O homem que é forte
Não teme da morte;
Só teme fugir;
No arco que entesa
Tem certa uma presa,
Quer seja tapuia,
Condor ou tapir.

III

O forte, o cobarde
Seus feitos inveja
De o ver na peleja
Garboso e feroz;
E os tímidos velhos
Nos graves concelhos,
Curvadas as fronte,
Escutam-lhe a voz!

[...]

V

E pois que és meu filho,
Meus brios reveste;
Tamoio nasceste,
Valente serás.
Sê duro guerreiro,
Robusto, fragueiro,
Brasão dos tamoios
Na guerra e na paz.

[...]

VIII

Porém se a fortuna,
Traindo teus passos,
Te arroja nos laços
Do inimigo falaz!
Na última hora
Teus feitos memora,
Tranquilo nos gestos,
Impávido, audaz.

[...]

X

As armas ensaia,
Penetra na vida:
Pesada ou querida,
Viver é lutar.
Se o duro combate
Os fracos abate,
Aos fortes, aos bravos,
Só pode exaltar.

No nascedouro do mundo ocidental laico, democrático e universal, em que a dignidade, a igualdade, a cidadania, a liberdade são os pilares da República, arquitetada sob o manto de um Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional), não é razoável que a família continue sendo compreendida, como sempre, tão-só pelos laços normativos do sangue. Isso porque o ser humano não é constituído unicamente pela genética, mas sim, pela linhagem da genética, da afetividade e da ontologia, mundos interligados, inter-relacionados, condicionados e compreendidos uns aos outros, mas, ao mesmo tempo, mundos diferentes e simultâneos de ser-no-mundo, em que um não exclui o outro. Embora a linguagem humana seja tridimensional, cuida-se, na verdade, de um único mundo, cuja compreensão é efetivada por nenhuma teoria mecânica, biológica ou psicológica, já que a essência do ser humano não é uma coisa, um objeto, e sim a existência, o aparecer e a imensa capacidade de reinventar o mundo pela linguagem, que está sempre pré-posta na vida. (WELTER, 2009, p. 25-26).

FILHOS DO CORAÇÃO: O reconhecimento jurídico da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas no Brasil

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo examinar a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade nas famílias formadas pelo casamento ou pela união estável, com filhos de um ou de ambos os membros do casal, provenientes de vínculos anteriormente desfeitos, aqui denominadas famílias neoconfiguradas. Essas famílias ganharam visibilidade, no Censo de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que, pela primeira vez, apontou sua existência e relevância social. A convivência no ambiente familiar, que se reconstrói sobre as dores e marcas de relacionamentos anteriores pode fazer frutificar um sentimento de parentalidade que se sobrepõe à biologia e transforma as pessoas envolvidas em “pais e filhos do coração”. A interpretação constitucional que se desenvolve neste trabalho reconhece a afetividade como elemento constituidor de vínculos parentais capazes de determinar o estado de filiação socioafetiva e como princípio jurídico de ordem constitucional garantidor da promoção da dignidade da pessoa humana e determinante da constituição de parentesco por outra origem, na forma do art. 1.593 do Código Civil de 2002. A tese proposta é que é possível o reconhecimento e a produção de todos os efeitos jurídicos da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, por meio da interpretação do texto constitucional, no contexto plural de família na sociedade contemporânea e das mudanças paradigmáticas verificadas no que diz respeito ao parentesco e à filiação, no direito brasileiro, a partir da Carta Constitucional de 1988. A interpretação do princípio da afetividade em conjunto com os princípios da dignidade da pessoa humana da liberdade, da igualdade, da solidariedade, da prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, da segurança jurídica e da vedação ao retrocesso permite este entendimento. Na literatura jurídica nacional, prevalece o entendimento de que é possível constituir parentesco por outra origem (socioafetiva), nas relações que se estabelecem entre pais biológicos, padrastos, madrastas e enteados, nas famílias neoconfiguradas. Os Tribunais de Justiça estaduais vêm se manifestando no sentido de acolher a multiparentalidade em casos de adoção à brasileira, de reprodução artificial heteróloga e de adoção por casais homoafetivos. Nas hipóteses em que padrastos e madrastas pretendem compartilhar a parentalidade com pais e mães biológicos, algumas decisões judiciais atribuem encargos ao padrasto ou à madrasta, como a guarda de seus enteados, assim como o direito a alimentos ao filho do cônjuge ou companheiro e vem admitindo, em nome do princípio da solidariedade, o direito de visitas. Entretanto, a escassez de estudos jurídicos e a ausência de tratamento legal específico sobre o tema justificam a pesquisa. Para o desenvolvimento do trabalho, foi utilizado o método dedutivo, com abordagem qualitativa, tendo como técnicas, a revisão de literatura, legislativa e jurisprudencial, para estudar as relações de parentalidade que se estabelecem nas famílias neoconfiguradas, ambiente propício para manifestações de afeto e solidariedade, que extrapolam os laços da consanguinidade. A conclusão é que uma vez comprovado o estado de filiação entre padrastos, madrastas e enteados, sem descaracterização da parentalidade biológica há que se reconhecer a multiparentalidade e os efeitos jurídicos dela decorrentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família, famílias neoconfiguradas, filiação socioafetiva, princípio da afetividade, multiparentalidade.

HEART CHILDREN: the legal recognition of the multiparenty in newconfigured families in Brazil

ABSTRACT

This paper aims to examine the possibility of recognizing the multiparenting in families formed by marriage or the common-law marriage with children of one or both members of the couple, from previously broken links, here called newoconfigured families. These families gained visibility in the 2010 Census, conducted by the Brazilian Institute of Geography and Statistics - IBGE, which, for the first time, pointed his existence and social relevance. The coexistence in the family environment, which is reconstructed on the pains and marks from previous relationships can bring to fruition a sense of parenting that overlaps the biology and transforms people involved in "parent-child heart." The constitutional interpretation that develops this work recognizes the affection as na element of parental bonds able to determine the state of soci-affective filiation and as a legal principle of constitutional order promoting human dignity and determining the kinship constitution, by the art. 1593 of the Civil Code of 2002. The thesis proposal is that is possible the recognition and production from all the legal consequences of multiparenting in newconfigured families, through the interpretation of the Constitution, the family context in contemporary plural society and paradigmatic changes verified with regard to kinship and affiliation, in Brazilian law from the Constitution of 1988. The interpretation of the affection principle in conjunction with the s of freedom, equality, solidarity, prevalence of child's best interest and adolescents, legal certainty principles allows the understanding that it is possible that a person may have recognized the paternal or maternal multiplicity, in the civil registry. In the national legal literature, the prevailing understanding that can be co-relatives by another source (socio-affective), the relations established between biological parents, stepfathers, stepmothers and stepchildren, in neewconfigure families. State Courts of Justice have been manifesting in order to host the multiparentanting in cases of "brasilian adoption mode", heterologous artificial reproduction and adoption by homosexual couples. In cases where stepparents wish to share parenting with parents and Biological mothers, some judgments attach charges to the stepfather or stepmother, such as custody of her stepchildren, as well as the right to food to the child's spouse or partner and It is admitting, on behalf of the principle of solidarity, the right to visits. However, the lack of legal studies and the absence of specific legal treatment of the subject justifies the weigh-quisa. For the development work, we used the deductive method with a qualitative approach, with the techniques, the literature review, legislative and judicial, to es-proaches relations of parenting that are established in newconfigured families, enabling environment for manifestations of affection and solidarity which go beyond the bonds of consanguininess. The conclusion is that after checking the state of affiliation between stepfathers, stepmothers and stepchildren without distortion of biological parenting we must recognize the multipa-rentalidade and the legal effects resulting therefrom

KEY WORDS: *Family Law, newconfigured families, socio-affection affiliation, affective prnciple, multiparenting.*

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 Distribuição percentual das unidades domésticas em domicílios particulares, por situação do domicílio.....	53
Gráfico 2 Taxas Gerais de Divórcios Brasil -2000 – 2013.....	75
Gráfico 3 Proporção de divórcio, segundo o tipo de família Brasil 2003 – 2013	76
Gráfico 4 Taxas de nupcialidade legal Brasil 2000 – 2013	76
Gráfico 5 Proporção de casamentos, por estados civis selecionados dos cônjuges. Brasil 2003 – 2013.	77

LISTA DE SIGLAS

ADFAS Associação de Direito de Família e das Sucessões
CAPES Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CEJ Centro de Estudos Judiciários
CC Código Civil
CJF Conselho da Justiça Federal
ECA Estatuto da Criança e do Adolescente
IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBDFAM Instituto Brasileiro de Direito de Família
IASP Instituto dos Advogados de São Paulo
LIND Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
ONU Organização das Nações Unidas
PR Partido da República
PT-BA Partido dos Trabalhadores da Bahia
PNAD Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
STJ Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
DELINEAMENTO TEÓRICO-METODOLÓGICO	25
CAPÍTULO 1 FAMÍLIAS NEOCONFIGURADAS BRASILEIRAS NO CONTEXTO DE MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS.	
.....	37
1.1 Os arranjos, as configurações e as entidades familiares da atualidade no direito brasileiro: uma nova família?	50
1.2 As famílias neoconfiguradas no direito brasileiro	67
CAPÍTULO 2 AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO E SUAS IMPLICAÇÕES NAS RELAÇÕES DE PARENTESCO E PARENTALIDADE.....	86
2.1 A afirmação da afetividade como princípio jurídico do direito de família	104
2.2 A consolidação da afetividade como princípio jurídico, suas interfaces com outros princípios de direito de família e repercussões nas relações de parentesco e parentalidade	118
CAPÍTULO 3 DESNATURALIZAÇÃO DO PARENTESCO E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: REPERCUSSÕES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	146
3.1 Reflexos da desnaturalização do parentesco sobre a prova da filiação no direito de família contemporâneo.....	157
3.2 Elementos socioculturais, afetivos e biológicos para a determinação da parentalidade/filiação	172
3.3 A posse de estado de filho como elemento determinante da filiação socioafetiva e seus efeitos.....	187
CAPÍTULO 4 TRATAMENTO JURÍDICO DA PARENTALIDADE NAS FAMÍLIAS NEOCONFIGURADAS BRASILEIRAS: MULTIPARENTALIDADE COMO SOLUÇÃO?.....	202
4.1 A parentalidade socioafetiva entre padrastos, madrastas e enteados, nas famílias neoconfiguradas e seus efeitos jurídicos	216
4.2 A multiparentalidade como expressão da possibilidade de coexistência entre o parentesco natural e socioafetivo, nas famílias neoconfiguradas	224
5 CONCLUSÃO.....	256
REFERÊNCIAS.....	263

APRESENTAÇÃO

O tema desta tese de Doutorado, cuja pesquisa se desenvolve no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador, alinhando-se na perspectiva interdisciplinar do próprio curso, examina a possibilidade jurídica do estabelecimento de múltiplos vínculos parentais formados com base na socioafetividade¹, sobretudo experimentado nas famílias neoconfiguradas.

A expressão *família neoconfigurada* foi concebida por mim para denominar as famílias, também conhecidas como reconstituídas², recompostas, reconstruídas, mosaico, tentaculares ou heterogêneas ou ensambladas, formadas pelo casamento ou pela união estável, com filhos de um ou de ambos os membros do casal, provenientes de vínculo (s) anterior (es), desfeitos, pela separação, divórcio ou viuvez.

As famílias neoconfiguradas foram, pela primeira vez, apresentadas pelo Censo de 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE, como “os núcleos constituídos depois da separação ou morte de um dos cônjuges”, o que demonstra a representatividade das famílias neoconfiguradas na sociedade brasileira. (BRASIL, 2012, s/p).

Os resultados da pesquisa realizada em famílias e domicílios, pelo Censo Demográfico de 2010 do IBGE (BRASIL, 2012) apontam um crescimento no número de divórcios e de casamentos em que ao menos um dos cônjuges é divorciado. Se computados os divorciados e separados judicialmente, esse grupo chega a quase 5% da população brasileira. E quase 20% dos que casam pela segunda ou terceira vez. Esse percentual representa a participação das famílias neoconfiguradas no universo das famílias brasileiras.

De acordo com o referido Censo Demográfico pode-se observar que em dez anos (do ano 2000 para 2010) houve um crescimento na quantidade de famílias neoconfiguradas (de 11,7 para 18,30 %), uma vez que novos núcleos familiares nasceram do segundo ou terceiro casamento de um ou de ambos os cônjuges. Essa quantidade pode ser bem maior se levarmos

¹ O dicionário define socioafetivo como “*adj.* Que envolve ao mesmo tempo, fatores sociais e afetivos”. Rocha (2005, p.653). O direito usa as expressões socioafetividade, socioafetivo e socioafetiva para designar as relações familiares ou de parentalidade que se caracterizam pela junção dos fatores social e afetivo como elementos formadores desses laços.

² Grissardi Filho (2003, p. 261) a prefere, “por ser a expressão *constituir* a mais corrente na literatura jurídica (constituir uma família, constituir o estado de casado), no sentido de ser a base de uma nova família, pela dissolução da precedente. Não no ato de conciliar, como denota o verbo compor, do qual deriva palavra recomposta, menos própria. O prefixo “re”, da expressão eleita, embora possa sugerir a repetição da família anterior, significa antes, uma mudança de estado, o que, evidentemente, não é o mesmo que estabelecer outra vez a situação prévia, na medida em que novos membros a ela se integram, com desapareço ao cônjuge ou companheiro anterior.” (os grifos são do original).

em consideração as famílias neoconfiguradas existentes em união estável, não pesquisadas pelo censo de 2010³.

O IBGE apresenta dados acerca da situação dos filhos em relação à família. A pesquisa do instituto aponta para o número de 918.182 famílias compostas somente com filhos do cônjuge, o que sinaliza para um percentual de 3,4% das famílias pesquisadas. São famílias neoconfiguradas nas quais há filhos de apenas um dos cônjuges, havidos de relação anterior. A mesma pesquisa informa o número de 1.943.164 famílias que não estão enquadradas nas categorias de família pesquisadas como aquelas constituídas somente com filhos do casal, somente com filhos do responsável ou somente filhos do cônjuge, denominadas de outras configurações, correspondendo a 7,1 % das famílias pesquisadas pelo IBGE (BRASIL, 2012). Embora não se possa identificar a composição desse dado, é possível inferir que famílias constituídas com filhos de ambos os cônjuges, de relacionamentos anteriores a essa união, estão inseridas nesse número, uma vez que não compõem nenhuma das categorias anteriores.

Essas informações levantadas pelo censo do IBGE de 2010 mostram as mudanças ocorridas na configuração da família brasileira e, pela primeira vez, revelam em dados quantitativos a existência da família neoconfigurada e sua composição. Esses números indicam a necessidade de se estudar as famílias neoconfiguradas brasileiras e suas relações interpessoais e sociais, sob o ponto de vista jurídico. As relações de filiação/parentalidade são uma dessas relações que merecem estudo e análise, pela complexidade e relevância social e jurídica de que se revestem.

O desafio de estudar essas famílias e as relações de parentalidade nela existentes e criadas pelo convívio e pelo estabelecimento de laços de afeto e solidariedade e pelo *animus familiae*, ou seja, pela vontade, pelo desejo de constituir família, se concretiza pela novidade no que diz respeito à identificação dessa configuração familiar pelos órgãos governamentais e pela sociedade. Os números informam que as famílias neoconfiguradas vêm crescendo em termos numéricos, na sociedade brasileira, indicando a necessidade de se produzir conhecimento acerca desse fato social e das relações de parentesco e parentalidade (compreendida como a relação que envolve a maternidade, a paternidade e a filiação), que nela se estabelecem.

A relação que envolve a paternidade, a maternidade e a filiação tem como fundamento, no direito brasileiro, a presunção registral de uma relação de parentalidade caracterizada pela unicidade dos vínculos paterno e materno. O sistema jurídico brasileiro não estabelece,

³ Apenas as famílias neoconfiguradas constituídas pelo casamento foram pesquisadas, pelo IBGE.

expressamente, o conceito de filiação. A determinação da filiação decorre da classificação de parentesco prevista nos artigos 1.593⁴ e 1.594⁵ do Código Civil vigente. Definido o parentesco nos termos do art. 1.593 do Código Civil, obtém-se o conceito de filiação como relação de parentesco estabelecida, em linha reta, em primeiro grau.

Entretanto, os vínculos de parentalidade não se formam por uma imposição legal, mas por fatores sociais e culturais que extrapolam a consanguinidade e avançam além daqueles reconhecidos por meio da formalidade dos cartórios de registro civil. Por muitas vezes o Direito é chamado a deixar os muros que circundam o universo jurídico e adentrar ao mundo dos fatos para solucionar conflitos que se estabelecem para a definição da parentalidade, quando colidem, entre si, as paternidades/maternidades biológica (natural) e socioafetiva.

Fatores sociais e culturais contribuem para o reconhecimento familiar e definem o *status* da filiação, que acaba por impor a parentalidade socioafetiva à realidade jurídica. O Código Civil brasileiro, no art.1.593, embora não preveja a filiação socioafetiva expressamente, permite a determinação da filiação “por outra origem”, além da consanguinidade e da adoção, sem, contudo, revelar qual seja, deixando ao intérprete essa função.

Em 2002, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu decisão, em Apelação cível nº 1.0024.09.600217-5/2002, na comarca de Belo Horizonte, que proclamou que “a paternidade socioafetiva não pode ser ignorada, ainda que o exame de DNA seja negativo, quando o próprio investigado assume a filiação da investigante publicamente e age como tal perante o meio social em que vive”. Decisões como esta repercutem no sentido do reconhecimento da parentalidade socioafetiva.

A ministra do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Nancy Andrichi, se posicionou, em 18 de agosto de 2011, em relatório da decisão unânime da Terceira Turma, no julgamento do Recurso Especial 1.087.163-RJ (2008/0189743-0), no sentido de que:

a verdade sociológica se sobrepõe à verdade biológica, pois o vínculo genético é apenas um dos informadores da filiação, não se podendo toldar o direito ao reconhecimento de determinada relação, por meio de interpretação jurídica pontual que descure do amplo sistema protetivo dos vínculos familiares⁶.

⁴ O Art. 1.593 da Lei n. 10.406/2002 - Código Civil estabelece: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

⁵ O Art. 1.594 do Código Civil dispõe: “Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até o ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente”.

⁶ A ementa da decisão do STJ tem o seguinte teor: PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. A paternidade biológica não tem o condão de

Na missão de promover a justiça, no caso concreto, magistrados e ministros de tribunais superiores recorrem à literatura jurídica jusfamiliarista e aos princípios gerais do Direito para fundamentarem suas decisões e pareceres. Os autores, por sua vez, se deparam com a dificuldade de interpretar conceitos abertos (como o de afetividade) ou mesmo construir institutos jurídicos não previstos expressamente na lei (como o de filiação socioafetiva), mas implicitamente previstos.

Lobo (1995, p. 71) informa que, nos Estados Unidos da América, as famílias nas quais as crianças de um casamento anterior convivem com padrastos e madrastas já são um dos temas mais populares nas investigações sobre a família⁷. Entretanto, critica esses estudos, por entender que em grande parte deles a família neoconfigurada é tratada como se fosse uma “estrutura uniforme”, sem levar em consideração variáveis como: idade das crianças quando das novas uniões de seus genitores; quantidade de anos em que convivem na família neoconfigurada; frequência do contato das crianças com seus genitores não guardiões. Se, por um lado, essas pesquisas têm o mérito de fazer emergir do anonimato as famílias neoconfiguradas, por outro, acabam por considerá-las uma espécie de “falsas famílias”, comparando-as com as famílias nucleares e negando-lhes a sua especificidade, o que acaba por estigmatizá-las, “reduzindo-as a um decalque imperfeito da família nuclear, pelo facto de se substituir um pai verdadeiro por um falso pai”, nas letras do mesmo autor (p. 73).

Diante da pluralidade de problemas que as famílias compostas por separados, divorciados ou viúvos, com crianças de uniões anteriores, a ausência de suporte jurídico-institucional se faz importante e significativa, porque coloca a família neoconfigurada “em

vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação. 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe. 3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família. 4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. 5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar públicas a condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados. 6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenececer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica. 7. Recurso especial provido. (STJ, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 18/08/2011, T3 – Terceira Turma).

⁷ São estudos desenvolvidos por sociólogos, demógrafos, e psiquiatras que pretendem medir o valor do primeiro e do segundo casamento, em termos de adaptação, êxito, estabilidade, felicidade familiar e socialização das crianças; sobre o efeito do recasamento nas crianças que vivem com padrastos e madrastas, sempre com foco nas crianças.

situação de desvantagem nas situações de tensão e conflito”, nas palavras de Lobo (1995, p. 76), para quem a institucionalização contribui para a manutenção da coesão familiar⁸.

No Brasil, os estudos ainda não refletem o cenário das famílias neoconfiguradas brasileiras. A necessidade de dedicação dos pesquisadores ao exame destas famílias no direito brasileiro se faz destacada, nas palavras de Ferreira; Espolador (2010, p. 109), aqui transcritas:

O que se percebe, perante o Direito em nosso país, é um total desconhecimento por parte de nossos operadores jurídicos da seara de família desta nova composição, relegando os membros das famílias recompostas total liberdade, diferentemente de outros países. Assim, não encontramos qualquer discussão doutrinária ou jurisprudência acerca da proteção dos filhos oriundos desta relação ou que confira responsabilidade aos pais, no presente ou no futuro.

Os critérios construídos pela literatura jurídica e jurisprudência brasileiras para determinação da filiação socioafetiva, para as relações entre padrastos, madrastas e enteados (art. 1.595 do Código Civil) não são suficientes para retratar a realidade das famílias neoconfiguradas, porque limitam a definição do parentesco a critérios objetivos e prendem-se à unicidade da filiação. Diante disso, o que se dizer das relações que se estabelecem entre padrastos, madrastas e enteados que constroem vínculos afetivos e sociais suficientes para que reconheçam os filhos do cônjuge ou companheiro (a) como seus “filhos do coração”? Essa preocupação é destacada por Teixeira; Rodrigues (2010, p. 193), quando assim se manifestam:

Não obstante a grande relevância do fenômeno na esfera sociológica, é incipiente a manifestação jurídica sobre o tema, não apenas em termos legislativos, mas também doutrinários e jurisprudenciais, situação que tende a mudar. O pronunciamento legal mais antigo cinge-se ao art. 1.595 do Código Civil de 2002, que prevê o parentesco por afinidade aos ascendentes, descendentes e irmãos. Entretanto, a lei se cala a respeito da maioria das relações jurídicas que se formam entre esses novos parentes afins e novos arranjos familiares.

A expressão “filhos do coração” é amplamente usada na linguagem leiga por padrastos, pais adotantes, antes de finalizado o processo de adoção, assim como em relação aos filhos de criação, em circunstâncias em que foram estabelecidas relações de parentalidade, por meio de laços sociais e afetivos substancialmente fortes. No que se refere aos padrastos e madrastas, observa-se, empiricamente, na rotina da advocacia, que a designação “enteado” é a-

⁸ Segundo a autora, “a taxa de divorcialidade elevada que afecta o recasamento após o divórcio é devido à institucionalização incompleta na nossa sociedade” (LOBO, 1995, p. 76).

bandonada pelos padrastos e madrastas, que preferem se referir a ele como filho, por meio da expressão “filho do coração”, para designar a força do afeto como formadora do laço parental que os une, equiparando-os aos “filhos de sangue”. A expressão vem sendo usada na literatura jurídica e na jurisprudência, como reconhecimento da voz popular, como aconteceu, por exemplo, em voto vencido do Min. Marco Buzzi em REsp 1167993, no julgamento de Recurso Especial 2009/0220972-2 pelo STJ, tendo como relator, o ministro Luis Felipe Salomão, na Quarta Turma, em 18/12/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 15/03/2013), em trecho a seguir transcrito:

Além disso, a análise desse conflito apresentar-se-ia inócua a este trabalho, na medida em que se perquire sobre a possibilidade de convivência e convergência dos dois critérios (biológico e afetivo) para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, que figuram como enteados, denominados, muitas vezes, por seus padrastos e madrastas, por “filhos do coração”.

O estudo do tema despertou o interesse da pesquisadora no desenvolvimento do seu trabalho, como advogada, na área do Direito de Família. A distinção jurídica entre os filhos biológicos do casal e aqueles reconhecidos pelo afeto como “filhos do coração” retratam a importância do reconhecimento da multiparentalidade nas famílias constituídas por uniões homoafetivas, por aquelas constituídas a partir da reprodução assistida heteróloga e, especialmente, nas famílias reconstituídas ou neoconfiguradas.

Nestas últimas, sobretudo, a convivência no seio de um lar que se reconstrói sobre as dores e marcas de relacionamentos anteriores, faz frutificar um sentimento de parentalidade que se sobrepõe à biologia e transforma as pessoas envolvidas em “pais e filhos do coração”. Sobre a multiparentalidade nessas famílias, aqui denominadas neoconfiguradas, é que recai o objeto de estudos deste trabalho de pesquisa.

Diante da ausência de tratamento jurídico específico e adequado para regular as relações entre padrastos e madrastas nas famílias neoconfiguradas, a que se referem Teixeira e Rodrigues, dúvidas se levantam em relação aos vínculos que podem se formar entre eles, como as que Valadares (2010, p. 116) apresenta: “Qual será o vínculo entre os meus, os seus e os nossos filhos? Poderia existir um vínculo paterno-filial entre seus membros capaz de repercutir efeitos no mundo jurídico? Poderiam coexistir a parentalidade socioafetiva e a biológica? Uma pessoa pode ter em seu registro de nascimento dois pais ou duas mães?”.

Essas são inquietações que refletem na pergunta que se formula nesta pesquisa: Qual o tratamento jurídico dispensado ao reconhecimento da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, no Brasil? Para o desenvolvimento deste trabalho, elementos psicanalíticos e

antropológicos foram trazidos para contribuir com a análise jurídica dos conceitos de parentesco, parentalidade, filiação e socioafetividade (como caracterizadora do estado de filho afetivo), com a pretensão de iniciar um debate envolvendo estas questões interdisciplinares.

A Constituição Federal de 1988, a Lei n. 10.406/2002 (Código Civil) e a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) trazem, além de regras, princípios que norteiam o tratamento destinado à família e à parentalidade no Direito brasileiro, que precisam ser questionados em relação a seu papel e função na aplicação e reconhecimento da multiparentalidade em face das regras impostas pela Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).

A tese proposta é de que o reconhecimento jurídico da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, no Brasil faz-se a partir da interpretação das normas jurídicas com fundamento nos princípios de ordem constitucional que garantem a promoção da dignidade da pessoa humana. A conjugação dos princípios jurídicos da liberdade, da igualdade, da solidariedade, da multiplicidade de formas de constituição de família, da afetividade, da prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, da segurança jurídica e da vedação ao retrocesso assegura a possibilidade de que uma pessoa possa ter em sua certidão de nascimento, o registro referente à multiplicidade paterna ou materna.

A multiparentalidade será examinada no Direito Brasileiro (delimitação espacial), a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (delimitação temporal), para se buscar identificar os fundamentos que possam garantir essa possibilidade (delimitação material).

Os resultados obtidos na busca pelos trabalhos científicos no portal da CAPES levam à constatação de que os estudos acadêmicos precisam avançar no sentido da pesquisa sobre as famílias neoconfiguradas e as relações de parentalidade que nela se desenvolvem para atender à demanda social pelo conhecimento em relação a essa realidade fática, que extrapola o campo da facticidade para apresentar impactos no campo jurídico.

Da mesma forma, diante da pesquisa realizada no site do Superior Tribunal de Justiça – STJ, órgão de última instância de julgamento⁹, para onde convergem as lides não solucionadas (os recursos contra as decisões tomadas) pelos tribunais estaduais em matéria de

⁹ A competência do STJ para deliberar, em última instância, sobre matéria de Direito de Família encontra-se definida pelo art. 105, III da Constituição Federal, aqui transcrita:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
 b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
 c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Direito de Família, observa-se que o Judiciário brasileiro ainda não assumiu uma posição definitiva sobre o tema, não se identificando ainda, nenhuma súmula acerca da parentalidade nas famílias neoconfiguradas.

Observa-se que os Tribunais de Justiça estaduais vêm se manifestando no sentido de acolher a parentalidade socioafetiva em detrimento da parentalidade biológica, quando a verdade biológica pretende desconstituir a filiação socioafetiva já estabelecida, como acontece nos casos de adoção à brasileira. Em outras situações, reconhecem a relação de multi ou pluriparentalidade para garantir que o filho possa ter um pai biológico e um pai socioafetivo, inclusive, com alteração do registro de nascimento, para que assim se concretize a multiparentalidade, distribuindo-se, entre os membros dessa relação, os encargos e direitos dela decorrentes, como ocorre nos casos de adoção por casal homoafetivo ou de reprodução artificial heteróloga.

Nas hipóteses em que padrastos e madrastas pretendem compartilhar a parentalidade com pais e mães biológicos, Dias (2009, p. 50) ressalta a resistência da jurisprudência em atribuir encargos ao padrasto¹⁰, assim como o direito a alimentos ao filho do cônjuge ou companheiro, ainda que comprovada a existência de vínculo afetivo entre eles e mesmo que o cônjuge ou companheiro tenha lhe assegurado a manutenção durante o período em que viveu com seu genitor. Contudo, vem admitindo, em nome do princípio da solidariedade, o direito de visitas.

Na literatura jurídica, autores reconhecem o parentesco por outra origem, na forma do art. 1.593, do Código Civil, como decorrente da socioafetividade, mas divergem em relação à atribuição de valor jurídico à afetividade. Enquanto uns defendem que a afetividade se situa no sistema jurídico como princípio constitucional implícito, outros desconsideram-na, sem ao menos reconhecer-lhe valor jurídico. Outros, ainda, não entendem a afetividade como princípio, mas atribuem a ela valor jurídico. Definir a posição que ocupa a afetividade no sistema jurídico é importante, em relação à produção de efeitos das relações que a tem como fundamento. No campo específico do reconhecimento da filiação socioafetiva, os efeitos, em relação aos que compreendem a afetividade como princípio ou mero valor jurídico a ser considerado, é indiferente, porque, por qualquer das duas concepções, a filiação socioafetiva é possível. Entretanto, pelo entendimento daqueles que defendem que a afetividade não tem valor jurídico, a filiação socioafetiva não pode ser reconhecida pelo Direito. Na literatura jurídica nacional prevalece o entendimento da possibilidade de reconhecimento da filiação socio-

¹⁰ A autora usa essa denominação, segundo ela própria, na ausência de melhor nome.

afetiva, considerada como princípio jurídico, no mesmo sentido das decisões judiciais e dos tribunais estaduais. Desse entendimento comunga a autora deste trabalho.

Pelo que se observa, a possibilidade de constituição de vínculos afetivos capazes de constituir parentesco por outra origem, nas relações que se estabelecem entre pais biológicos, padrastos e madrastas, nas famílias neoconfiguradas, ainda é incipiente no Brasil, tanto na área da pesquisa, literatura jurídica e jurisprudência, na área do Direito, como em outros campos das Ciências Sociais Aplicadas. E o Direito precisa acompanhar as modificações sociais que se verificam na família brasileira e responder aos anseios por justiça nos conflitos que envolvem as relações de parentalidade nas organizações familiares neoconfiguradas. Para isso, é preciso acelerar o desenvolvimento de estudos e a produção científica sobre o assunto, para instrumentalizar decisões judiciais capazes de cumprir a função de pacificação social que lhe é destinada pelo Estado Democrático de Direito.

O trabalho de pesquisa que ora se apresenta encontrou espaço propício no Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador. Busca contribuir para o exame da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, numa abordagem que pretende transcender o campo do Direito para tangenciar elementos de outras áreas do conhecimento. A tentativa é de conhecer e interpretar o fato social e jurídico representado por esse fenômeno como decorrência das transformações por que tem passado a família até chegar ao modelo aberto e plural que temos hoje.

O objetivo geral deste trabalho consiste em responder à pergunta que retrata o problema de pesquisa escolhido: Qual o tratamento jurídico dispensado ao reconhecimento da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, no Brasil? Para se atingir o objetivo geral, é preciso buscar alcançar objetivos específicos que consistem em: 1. compreender o conceito de família e sua conformação jurídica, no Brasil dos dias atuais, diante das mudanças paradigmáticas que alteraram o ordenamento jurídico familiarista ao longo do tempo; 2. analisar o papel da afetividade na construção do conceito de filiação socioafetiva; 3. examinar a filiação, sob o prisma da desbiologização do parentesco e as repercussões na concepção jurídica contemporânea de filiação socioafetiva; 4. analisar as relações de parentesco civil e os elementos a partir dos quais se estabelecem os vínculos parentais, no reconhecimento da posse de estado de filho, nas famílias neoconfiguradas, verificando a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade nessas relações.

Os capítulos deste trabalho foram construídos a partir dos objetivos específicos traçados. O primeiro deles denominado “Famílias neoconfiguradas brasileiras no contexto das mudanças paradigmáticas” aborda a compreensão das famílias neoconfiguradas, a partir do

conceito de família, bem como as mudanças sociais e culturais que alteraram paradigmas, e as formas como se manifesta na sociedade contemporânea e no direito nacional.

O segundo capítulo intitulado “Afetividade como princípio jurídico e suas implicações nas relações de parentesco e parentalidade” enfoca o exame da afetividade, com contribuições de noções de elementos psicanalíticos, como princípio jurídico, suas inter-relações com outros princípios do Direito de Família, e os impactos desse reconhecimento nas relações de parentesco e parentalidade.

No terceiro capítulo, designado como “Desnaturalização do parentesco e filiação socioafetiva: repercussões no sistema jurídico brasileiro”, a proposta é estudar a filiação socioafetiva, a partir de aspectos antropológicos e jurídicos que permitem identificar o estado de filiação socioafetiva no sistema jurídico nacional.

No quarto capítulo, apresentado como “Tratamento jurídico da parentalidade nas famílias neoconfiguradas brasileiras: multiparentalidade como solução?”, a intenção é conhecer qual o tratamento jurídico adequado (parentesco por afinidade, adoção unilateral ou parentesco socioafetivo) às relações que se estabelecem entre padrastos, madrastas e enteados, dentro do que está previsto na lei civil. Nesse capítulo também se examina a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade como forma de suprir lacunas e superar dilemas decorrentes da coexistência das parentalidades biológica e socioafetiva, nas famílias neoconfiguradas, a partir da análise de decisões judiciais de primeira e segunda instância, da literatura jurídica, sempre à luz dos princípios jurídicos.

O que se pretende de diferente que possa distinguir este trabalho das demais pesquisas já realizadas em torno da multiparentalidade é a ideia de examinar a questão retirando o tema da multiparentalidade do universo da reprodução humana assistida, que introduz a parentalidade nas relações homoafetivas e daquelas decorrentes da reprodução artificial heteróloga, trazendo-o ao campo das famílias neoconfiguradas. Examinar a possibilidade de estabelecimento de vínculos parentais a partir do envolvimento de madrastas, padrastos e enteados (as), sem descaracterização ou desfazimento do vínculo de parentesco biológico ou natural é o diferencial que permite a contribuição deste estudo para o estudo da família contemporânea e de sua percepção pelo Direito nacional.

DELINEAMENTO TEÓRICO-METODOLÓGICO

Inserida no programa de pós-graduação interdisciplinar *stricto sensu* em Família na sociedade contemporânea da Universidade Católica do Salvador, a investigação científica que norteia a construção desta tese de doutorado se desenvolve dentro da linha de pesquisa Aspectos Jurídicos da Família. Esta inserção interdisciplinar se justifica em decorrência de as questões que envolvem a família, a parentalidade, a socioafetividade (como definidora de relações de parentalidade) e a multiparentalidade, nas quais habita o objeto de estudo desta pesquisa, não são abrangidas inteiramente pelo Direito, como sustentam Pereira (2011), Dias (2015), Welter (2009), Tartuce e Simão (2013), alguns dos autores que se debruçam sobre o estudo da família, na compreensão de uma dimensão que extrapola a seara jurídica.

Complexo por natureza, o fenômeno jurídico e, mais especificamente, aquele que envolve relações familiares sugere a necessidade de subsídio por outras áreas de conhecimento, de acordo com Fávoro (2005, p. 213) para quem “o aporte de várias disciplinas faz-se necessário ao desempenho profissional do jurista, além de possibilitar adaptações e criar possibilidades em novos domínios, notadamente ante a amplitude e diversidade do conhecimento jurídico”. Em razão da relevância de se investigarem elementos que circundam a temática escolhida, alguns aspectos históricos, antropológicos e psicanalíticos foram trazidos para subsidiar a construção e/ou desconstrução de conceitos e apreciação das questões propostas. O exame metajurídico dos elementos determinantes da parentalidade e outras variáveis psicanalíticas e socioculturais podem fornecer ao Direito auxílio para a compreensão do fato (multiparentalidade), no contexto da família contemporânea, como reflete Nicolescu (s/d, p. 5), para quem:

The transcultural, transreligious, transpolitical, and transnational attitude permits us to better understand our own culture, to better defend our national interests, to better respect our own religious or political convictions. Just as in all other areas of nature and knowledge, open unity and complex plurality are not antagonistic¹¹.

Na Sociologia e na Antropologia a contribuição das noções básicas acerca da formação das relações de família, parentesco e filiação foram relevantes para a análise do atual modelo jurídico desses institutos. De acordo com Sarti (1992, p. 69) “a contribuição da Antropo-

¹¹ “A atitude transcultural, transreligiosa, transpolítica e transnacional nos permite entender melhor nossa própria cultura para melhor defender nossos interesses nacionais, para melhor respeitar nossas próprias convicções religiosas ou políticas. Exatamente como em todas as outras áreas da natureza e do conhecimento, unidade aberta e pluralidade complexa não são antagonísticas” – Tradução livre.

logia para o estudo da família está principalmente, na discussão sobre o parentesco” e a concepção de linhagem¹², agregando e complementando a análise desses institutos, no mundo jurídico. Da mesma forma, foi importante conhecer os marcos jurídicos históricos, para a compreensão das mudanças na lei, que representaram a substituição de paradigmas (a exemplo da substituição da família matrimonializada pela família aberta e plural, assim como a substituição do modelo legitimado da filiação para a igualdade entre os filhos), contribuindo para melhor entendimento do tratamento jurídico que recebem na contemporaneidade.

Contudo, as questões jurídicas referentes à família, ao parentesco e à filiação, por sua própria natureza, envolvem aspectos pertinentes à seara dos afetos e das relações que dizem respeito ao sentir-se pai, sentir-se mãe ou identificar-se como filho, apropriando-se do sentimento de pertencimento a uma família e instalando, no meio jurídico, a concepção de parentalidade, que vem sendo incorporada aos estudos de Direito de Família, por meio do que Villela em 1979, chamou de “desbiologização da paternidade”.

As primeiras linhas escritas por ele sobre o assunto introduziram a noção de parentalidade socioafetiva. Em seu estudo, o autor concluiu que a paternidade “tanto no registro histórico como no tendencial, reside antes no serviço e no amor que na procriação”, apresentando ao Direito as noções de papéis ou funções parentais trazidas pela Psicologia, posteriormente examinadas por Pereira (1999), pioneiro no estudo do Direito da Família sob o prisma da Psicanálise, num livro que trata do Direito de Família, numa abordagem psicanalítica.

O Direito absorveu a expressão “parentalidade”, numa perspectiva que alterou o entendimento dos juristas para admitirem que o critério eminentemente biológico para determinação da parentalidade não é mais suficiente para atender ao clamor social pelo reconhecimento de laços afetivos construídos pelo convívio e pelo amor como elementos definidores da relação entre pais e filhos. A parentalidade socioafetiva revelada pelo estado de filho afetivo, assim como a adoção à brasileira e os casos decorrentes da reprodução humana medicamente assistida são formas com que a socioafetividade se apresenta no mundo fático e adentra o meio jurídico, provocando questionamentos que são levados aos magistrados estaduais e tribunais brasileiros que se debatem entre a norma e a realidade, entre a verdade biológica da filiação e a verdade socioafetiva¹³.

¹² A concepção de linhagem, consanguinidade e aliança, que formam os elementos do parentesco, no campo da Antropologia, assim como os estudos que examinam as transformações sociais ocorridas na família e na sociedade, ao longo do tempo (objeto de estudos da Sociologia e da História), por exemplo, auxiliam o Direito na análise do fato social que dá origem ao fato jurídico, contribuindo para a interpretação da norma jurídica ou para o exame do julgador quando do exame do caso concreto, sob seu juízo.

¹³ A obra de Vencelau (2004) intitulada *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial retrata a discussão jurídica na literatura jurídica e nos tribunais*.

Nessa perspectiva, para desenvolver o tema da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas não se poderia deixar de analisar a afetividade como um dos elementos (ao lado do social e cultural) que constituem a socioafetividade que, por sua vez, determina a existência do estado de filiação socioafetiva, indispensável para a identificação da parentalidade e da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas. Num esforço de superação dos limites do juridicismo, buscou-se conhecer noções básicas do que se entende por afetividade e parentalidade, para compreender como esses institutos psicanalíticos se inserem na noção jurídica de parentesco, filiação e parentalidade, sem a pretensão de desenvolver um exame interdisciplinar ou estabelecer um diálogo com essa ciência.

Diante da incipiência de material legislativo, estudos científicos ou mesmo de uma orientação jurisprudencial firmada, consideraram-se neste trabalho os Enunciados de caráter principiológico emitidos pelo Conselho de Justiça Federal – CJF¹⁴, órgão do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Também são considerados neste trabalho, os Enunciados do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, como resultado dos estudos desenvolvidos e compartilhados nos Congressos que promovem e que servem como diretrizes para a criação do que chamam de “nova doutrina e jurisprudência” em Direito de Família, no que diz respeito a temas “palpitantes que ainda não encontram regras e que ainda são alvo de dúvidas”¹⁵.

Há, entretanto, vertentes do pensamento jurídico que se insurgem contra as ideias defendidas pelo IBDFAM em relação a temas polêmicos como o reconhecimento de direitos sucessórios e alimentares à concubina e das relações concubinárias como relações familiares; o parto anônimo; o registro civil de nascimento feito pela mãe; o direito do (a) enteado (a) a alimentos por conta do (a) padrasto/madrasta; o reconhecimento da parentalidade socioafetiva

¹⁴ A competência do CJF foi definida pelo art. 105, parágrafo único, inc. II, da Constituição Federal.

Art. 105. “Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

Parágrafo único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça:

I – [...]

II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante”.

¹⁵ O IBDFAM foi fundado em 1997 e formado por profissionais de várias áreas do conhecimento que se debruçam sobre o estudo da família, como juristas, professores, magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, advogados, psicólogos, psicanalistas, assistentes sociais. Dentre os integrantes da Diretoria do IBDFAM encontram-se autores respeitados do Direito de família brasileiro como Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Jose Fernando Simão, Zeno Veloso, Paulo Luiz Netto Lobo, Edson Fachin e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. O IBDFAM representa um espaço para a análise interdisciplinar acerca das repercussões jurídicas das múltiplas e variadas relações familiares na contemporaneidade e provoca discussões acerca de princípios, valores éticos, morais e jurídicos, divulgando o pensamento de seus integrantes por meio da Revista bimensal denominada Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. Observa-se que os magistrados e tribunais vêm usando os artigos científicos, livros e enunciados do IBDFAM como fonte subsidiária do Direito para orientar suas decisões, respaldados na literatura jurídica dos juristas que o compõem.

e da multiparentalidade dentre outros. A Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, capitaneado pela Profa. Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva é o mais expressivo deles¹⁶. A discussão acerca destes temas polêmicos não cabe nesta oportunidade, mas será ampliada à medida que se aproxime do tema da multiparentalidade a ser examinado em capítulo próprio, incorporando-se ao trabalho, as publicações que divulgam a concepção da ADFAS.

Para encarar o desafio de estudar a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, buscou-se verificar a existência de grupos de pesquisa existentes no Brasil, coordenados por professores doutores, que investiguem o tema. Na pesquisa exploratória realizada no portal da CAPES, utilizando-se os termos parentalidade, filiação socioafetiva, paternidade socioafetiva, maternidade socioafetiva e multiparentalidade e famílias reconfiguradas pôde-se observar que títulos com a palavra parentalidade foram encontrados em 24 (vinte e quatro) grupos¹⁷. A maior parte deles (quatorze) desenvolve estudos na área da Psicologia, envolvendo linhas de pesquisa que investigam casais e famílias em contexto clínico, bem como o desenvolvimento socioemocional das crianças, a sexualidade e a saúde. Entre os demais, encontraram-se um em História, um em Educação e dois em Antropologia, que se voltam ao estudo de gênero e sexualidades, desenvolvimento e contextos culturais.

Na área de Direito foram identificados cinco grupos, dos quais dois se dedicam aos aspectos constitucionais do Direito de Família, dois outros ao Direito de Família na perspectiva dos Direitos Humanos; e o quinto aos aspectos controvertidos da bioética no Direito de Família¹⁸. Nenhum deles cuida da multiparentalidade ou da filiação socioafetiva. Com os demais termos de busca escolhidos para a pesquisa, nenhum resultado foi encontrado. Ou seja: não há, até o momento da investigação, grupos de pesquisa cadastrados no portal da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior-CAPES dedicando-se ao estudo dessa temática. Os grupos de pesquisa validados pelo portal do CNPq e chancelados por suas

¹⁶ A ADFAS não emitiu, ainda, enunciados ou realizou Congressos específicos na área de família, mas publica, trimestralmente, a Revista de Direito de Família e das Sucessões, canal pelo qual divulga suas ideias.

¹⁷ A busca foi realizada levando em consideração os termos de busca apresentados como: nome do Grupo da linha e da palavra-chave de Pesquisa.

¹⁸ Esses foram os grupos de pesquisa encontrados na área de Direito: 1. Dos aspectos controvertidos da bioética no direito, que tem como líder Valéria Silva Galdino Cardin, da UEM; 2. Direitos Humanos, que tem como líderes Vanessa Oliveira Batista Berner e Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues, da UFRJ; 3. Direito de família: a nova família no Brasil, que tem como líder Leonora Roizen Albek Oliven, da UVA/RJ; 4. Direito Civil e Direitos Humanos, que tem como líderes Cláudia Elisabeth Pozzi e Rafael Antonio Deval, da UNICEP e 5. Direito Civil Constitucional Prospectivo, que tem como líder Pablo Malheiros da Cunha Frota, da Uni CEUB.

respectivas instituições, na área do Direito, têm produção científica, mas nenhum dos líderes desses grupos possui orientação em trabalhos doutorais.

As mesmas palavras-chave foram usadas para se buscar teses¹⁹ defendidas no Brasil, com o mesmo tema desta. Também no portal da CAPES, em consulta ao banco de teses, foram encontrados: 16 (dezesesseis) trabalhos doutorais, assim selecionados, por área: 07 (sete) na área de Psicologia; 01 (um) em Saúde Pública; 01 (um) em Demografia; 01 (um) em Tecnologia; 02 (dois) em Letras e 02 (dois) em Sociologia. Os temas destes trabalhos são bem diversos, o que retrata a amplitude da temática. Dentre eles: Transplante hepático pediátrico; psicodinamismo de famílias homoparentais femininas; Família e parentalidade; adoção e adoção de crianças por casal homoafetivo; mulheres lésbicas e maternidade; casais sem filhos: repercussões individuais e na vida conjugal; Crenças e práticas maternas sobre desenvolvimento do autorreconhecimento infantil. Um único trabalho foi encontrado na área de Direito com o tema: Princípios da paternidade responsável.

Realizada a busca pelas palavras filiação socioafetiva, paternidade socioafetiva, maternidade socioafetiva, famílias reconfiguradas e multiparentalidade, nenhuma tese foi encontrada. Diante da pequena quantidade de trabalhos acadêmicos produzidos em nível de doutorado na área de Direito, estendeu-se o espectro da busca a dissertações de mestrado, ficando o registro que os desafios de construção de conhecimento nesse tema, de forte atualidade e inequívoca demanda de tratamento especializado, são significativos.

Vinte e quatro trabalhos de mestrado foram encontrados usando-se o termo de busca “parentalidade”. Destes, apenas 04 (quatro), na área de Direito. Dois deles se dedicam ao exame da responsabilidade civil pelo abandono afetivo de filhos menores; outro estuda o afeto como paradigma da parentalidade e outro dedica-se à multiparentalidade nas famílias recompostas como efeito da parentalidade socioafetiva.

Outras dissertações de mestrado foram identificadas pela pesquisa com os termos de busca “filiação socioafetiva”, “paternidade socioafetiva”, “maternidade socioafetiva” e “multiparentalidade”. Nenhuma, com o termo de busca “famílias reconfiguradas”. Entretanto, a diversidade e a falta de afinidade dos estudos encontrados com o que se propõe este trabalho, permitiram desconsiderá-las para fins de enumeração e detalhamento, exatamente porque o critério da pertinência não se conferia a esses trabalhos como possíveis elementos que cooperariam na composição do estado da arte de sustentação deste estudo. As dissertações de mes-

¹⁹ Em nível de mestrado acadêmico, os números apontam para uma quantidade maior de pesquisas realizadas. Entretanto, elegeram-se, para esse estudo, as teses de doutorado para subsidiar a pesquisa aqui desenvolvida, como recorte epistemológico e como nível de investigação mais elevado na hierarquia do universo de pesquisa.

trado formam um conjunto categorizado como significativo, por cooperar no mapeamento do que a comunidade científica brasileira, da área do Direito, tem investigado sobre o tema em baila.

O resultado da pesquisa no portal da CAPES indicam a relevância de se desenvolverem estudos acadêmicos sobre as famílias neoconfiguradas e as relações de parentalidade e parentesco que nela se desenvolvem, especialmente no campo jurídico.

Em pesquisa ao site do Superior Tribunal de Justiça – STJ, órgão de última instância de julgamento²⁰, para onde convergem as lides não solucionadas (os recursos contra as decisões tomadas) pelos tribunais estaduais em matéria de Direito de Família, encontraram-se 126 (cento e vinte e seis) decisões monocráticas envolvendo a temática da parentalidade socioafetiva. Entretanto, essas decisões não interessam ao presente trabalho por não atingirem o cerne do questionamento que orienta a pesquisa desenvolvida. São decisões tomadas unicamente pelo relator do recurso para indeferi-lo ou convertê-lo em diligência, se insuficientemente instruído, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil brasileiro²¹, sem atacar o mérito da causa.

Foram identificadas, pelo mesmo sistema de pesquisa, 25 (vinte e cinco) acórdãos de decisões colegiadas do STJ, pelo termo de busca “filiação socioafetiva”. Por essa palavra-chave encontraram-se decisões que deliberaram sobre pedidos de ações negatórias de paternidade socioafetiva ou seu reconhecimento em vida ou *post mortem*, em confronto ou não com a ancestralidade biológica; a maternidade socioafetiva; a adoção à brasileira²² e a multiparentalidade. Dessas, apenas uma diz respeito à multiparentalidade, em relação a adoção por casal homoafetivo. Nenhuma decisão do STJ foi encontrada com o termo de busca “família reconstituída” ou “multiparentalidade”.

²⁰ A competência do STJ para deliberar, em última instância, sobre matéria de Direito de Família encontra-se definida pelo art. 105, III da Constituição Federal, aqui transcrita:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
 b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
 c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

²¹ Art. 557 da Lei n. 5.869/1973: “Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído”.

²² A adoção à brasileira é um fenômeno social típico do Brasil, em que alguém assume a paternidade/maternidade de quem sabe não ser seu filho, no registro civil de nascimento, furtando-se ao processo legal previsto para a adoção.

Apenas uma Súmula, no STJ foi encontrada em relação à paternidade socioafetiva: a Súmula 301²³ que conferiu presunção relativa de paternidade nos casos em que o investigado (em ação de investigação de paternidade) se recusa injustificadamente a realizar o exame de DNA. A Lei n. 12.004/09 que alterou a Lei n. 8.560/92 consagrou a orientação da Súmula 301 do STJ, estabelecendo a presunção de paternidade, em casos de recusa à submissão ao exame de DNA. Entretanto, estabeleceu essa presunção como relativa, uma vez que permite que seja “apreciada em conjunto com o contexto probatório”, na forma do art. 2º, parágrafo único²⁴. O que significa dizer que o Superior Tribunal de Justiça ainda não se manifestou acerca da multiparentalidade entre pais biológicos, padrastos, madrastas e enteados, no campo das famílias neoconfiguradas.

Foram localizadas algumas (poucas ainda) decisões de primeiro e segundo graus de jurisdição, por meio de pesquisa exploratória nos sites oficiais dos tribunais estaduais e dos repertórios de jurisprudência que serão analisadas neste trabalho, com o intuito de buscar compreender o pensamento dos julgadores e conhecer a fundamentação por eles apresentada para a decisão proferida.

A construção do conhecimento requer decisões metodológicas, nas palavras de Rocha e Barreto (2008, p. 6). Para o estudo do tema proposto nesta pesquisa adotou-se a epistemologia do pensamento sistêmico, uma forma de abordagem da realidade²⁵ que não nega a ciência, mas acredita que ela não é suficiente para promover o desenvolvimento humano e para descrição do universo. “Assim, o pensamento sistêmico sugere que diante da diversidade de aspectos que envolvem o fenômeno família, é fundamental levar em conta a complexidade, através da contextualização, social, histórica e cultural”, como destacam Boing, Crepaldi e Moré (2008, p. 254).

A escolha epistemológica pelo pensamento sistêmico não afasta a opção pela teoria da complexidade de Morin (2005)²⁶. Ao contrário, dela se aproxima. Justifica-se a opção por

²³ STJ - Súmula 301: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

²⁴ Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992 - Art. 2º- “A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

²⁵ O pensamento sistêmico surgiu no século XX, em contraposição ao pensamento "reducionista-mecanicista" herdado dos filósofos da Revolução Científica do século XVII, como Descartes, Bacon e Newton. Rocha e Barreto (2008, p. 6)

²⁶ Para Morin (2005, p. 330), o pensamento complexo é o “[...] conjunto de princípios de inteligibilidade que, ligados uns aos outros, poderiam determinar as condições de uma visão complexa do universo (físico, biológico, antropológico)”.

ambos, por perceber que são complementares. A escolha pela complexidade justifica-se pela própria natureza do Direito, como ciência social aplicada e por suas relações com outros campos do saber. É na sociedade, no convívio entre as pessoas, acompanhando a cultura de um povo que o Direito tem suas raízes. É do fato social (desde que a ele a sociedade atribua valor) que nascem as normas jurídicas. É, portanto, nesta fonte que o Direito tem firmadas suas raízes. O Direito nasce da sociedade e para ela se projeta, levando soluções para os problemas sociais, em concreto. Sobre a complexidade nas pesquisas na área de Direito, manifestam-se Rodrigues; Grubba (2012, p. 3657):

[...] muito embora exista o direito como um código normativo ou, em outras palavras, o direito positivado, essa não é a única dimensão do Direito, que é, em última instância, um *ente* social altamente complexo, no qual encontram-se as dimensões social, política, econômica, cultural e ambiental – todas dentro de contextos espaciais e temporais, ou seja, histórica e geograficamente situadas. Daí que a pesquisa *do* Direito, se se quer científica, também deve ser *complexa*, de modo a abarcar a *complexidade* intrínseca do seu objeto de estudo.

Por conta disso, para que a pesquisa em Direito possa produzir conhecimento novo deve extrapolar o exame tautológico da regra para buscar os princípios que a norteiam, além das fontes que a fizeram brotar no ordenamento jurídico, sem deixar de perceber o contexto político, econômico, cultural em que o tema está inserido, buscando dialogar com essas dimensões.

O Direito de Família está visceralmente ligado à vida em sociedade. As relações de parentalidade socioafetiva e o fenômeno da multiparentalidade que são objeto de investigação neste trabalho exigem uma análise metajurídica, preocupada com suas inter-relações, com os efeitos concretos que esses institutos jurídicos produzem no meio social. Eis porque a opção pela complexidade para guiar o pensamento, a interpretação e a análise do tema proposto.

De acordo com a complexidade, apesar de se buscar, neste trabalho, um exame sistêmico²⁷, não se deixará de observar e dar importância às partes, ou seja, aos institutos, em sua individualidade, com suas especificidades jurídicas. Por isso, dedicam-se capítulos específicos ao exame da família, do parentesco e da filiação, assim como à filiação socioafetiva e à parentalidade, buscando compreender a estrutura atual de cada um, a partir de suas origens e transformações ao longo do tempo.

²⁷ Para a complexidade, “a concepção de *sistema* é utilizada como uma noção de apoio para designar um conjunto de relações que se constituem na formação de um todo complexo. Podemos dizer que existe, por conseguinte, uma reinvenção da ideia de *teoria geral dos sistemas*, para a noção de *paradigma sistêmico*, presente em todas as teorias independentemente dos seus campos de aplicação aos fenômenos”. (RODRIGUES; GRUBBA, 2012, p. 3654)

Entendendo as relações humanas como relações psicossocioculturais, pode-se perceber como os temas do Direito de Família estão intimamente ligados aos elementos individuais, sociais, culturais, políticos, religiosos e ideológicos entre outros e buscar, dentro da incompletude do saber específico, aproximar-se de uma compreensão mais complexa e completa dos fatos jurídicos para integrar o Direito à complexidade humana e social. Com essa integração, a pesquisa jurídica, que neste estudo se apresenta, poderá servir de instrumento para compreender melhor a realidade e promover a articulação entre as diferenças e divergências entre o Direito e outros campos do saber, com o objetivo maior de promover a pacificação social.

Algumas correntes de pensamento se dedicam ao estudo da teoria do conhecimento ou epistemologia que cuida das etapas e limites do conhecimento como o racionalismo, o empirismo, o criticismo kantiano ou idealismo transcendental, o positivismo, o idealismo hegeliano ou dialética, o fenomenologismo, o funcionalismo e o estruturalismo também são chamados de metodologias, de acordo com Vieira (2005, p. 90-92). Para evitar confusões semânticas e de conteúdo, usa-se neste trabalho, a nomenclatura métodos de abordagem e métodos de procedimento, como sugerem Figueiredo; Souza (2005, p. 70) para distinguir a metodologia adotada para a pesquisa. Contudo, antes de distinguir entre os métodos de abordagem e de procedimento é preciso ressaltar que “a escolha do método está intrinsecamente relacionada às diferentes formas de perceber a realidade” e “é o objeto de estudo quem determina o método a ser adotado”, nas palavras de Figueiredo; Souza (2005, p. 70).

A pesquisa que “procura aumentar o conhecimento sobre o homem, a natureza e a própria humanidade” e “faz crescer o patrimônio comum da ciência pela descoberta de leis e efeitos” é classificada por Boaventura (2011, p. 56) como básica ou fundamental, em contraponto à pesquisa aplicada, que produz conhecimento útil à solução de um problema social específico²⁸. A investigação acerca da possibilidade jurídica da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas desenvolvida neste trabalho de doutoramento é, portanto, básica ou fundamental, porque pretende promover a interpretação jurídica do fato social (multiparentalidade), ampliando o conhecimento e contribuindo para o crescimento do patrimônio científico nesta área.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho é qualitativa, por não buscar dados estatísticos, mas basear-se na subjetividade inerente ao tema de estudo escolhido. De acordo com Boing; Crepaldi; Moré (2008, p. 260) a abordagem qualitativa mostra-se adequada às pesqui-

²⁸ Gil (2010) apresenta quatro categorias para essa classificação: 1. Pesquisa básica pura; 2. pesquisa básica estratégica; 3. pesquisa aplicada e 4. Desenvolvimento experimental.

sas com famílias “pois permite apreensão do caráter multidimensional dos fenômenos estudados”.

Tratando-se de pesquisa na área das ciências sociais, não basta escolher o método qualitativo para a condução da análise. É preciso identificar, ainda, qual o método de abordagem ou de raciocínio mais condizente para o exame do objeto. Para isso, considera-se raciocínio, “um processo lógico de pensamento pelo qual de conhecimentos adquiridos se pode chegar a novos conhecimentos com o mesmo coeficiente de validade dos primeiros”, no dizer de Severino (2007, p. 81). O método de abordagem escolhido para essa pesquisa foi o dedutivo, ou seja, aquele que “parte do geral para o particular, isto é, através de uma cadeia de raciocínio descendente com base em teorias ou leis, chega-se a uma conclusão”, nas palavras de Figueiredo; Souza, (2005, p. 67).

Como métodos de investigação ou de procedimento foram usados os métodos Histórico e Comparativo (de investigação) e Funcionalista (de interpretação) das Ciências Sociais, pela necessidade de contextualização da família, do parentesco e da filiação, numa análise com esses mesmos institutos jurídicos, em suas origens e em outras épocas para buscar compreendê-los de forma sistêmica, inseridos no meio social da contemporaneidade.

A análise de discurso foi usada para interpretar o discurso contido nos textos legislativo, jurídico-literário e jurisprudencial, por se constituir “um enfoque teoricamente coerente com a análise de fala e textos”, nas palavras de Gill (2003, p. 245). Por meio dela, me foi possível assumir uma posição em relação à temática da pesquisa, quando decisões judiciais e posições da literatura jurídica se mostram divergentes. De acordo como pensamento do autor (p. 245-246): “Para afirmar que determinado enfoque é um discurso analítico, alguém deve necessariamente dizer algo mais; não é apenas uma questão de definição, mas implica assumir uma posição dentro de um conjunto de argumentos muito questionado – mas importante”.

Referindo-se à análise de discurso, o autor (p. 245) observa que: “Desenvolvido inicialmente em trabalhos da sociologia do conhecimento científico e da psicologia social, ele está agora produzindo análises dentro de um conjunto diverso de campos, e constitui”.

No que diz respeito à Metodologia Jurídica utilizada para interpretação e integração da norma, recorreu-se à Hermenêutica Jurídica que tem por objeto “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direi-

to”²⁹, como esclarece Maximiliano (2006, p.1). Segundo o mesmo autor, “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”. É o que pretende-se fazer neste trabalho de pesquisa: buscar interpretar a norma jurídica para além da regra, analisando princípios e o contexto sociocultural e emocional em que está inserida a temática da pesquisa.

Embora se tenha em mente que por melhor que seja a norma, sintética e bem escrita, sempre haverá espaço para a interpretação, porque nunca espelharão todos os aspectos da realidade. O brocardo jurídico *ne que leges, ne que senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quando que incider int comprehe andantur*³⁰ exprime bem essa constatação. E para promover a interpretação do Direito, a Hermenêutica jurídica apresenta oito métodos ou processos de exegese: 1. O gramatical, filológico ou literal; 2. O lógico, dogmático; 3. O sistemático; 4. O histórico; 5. O *occasio legis*; 6. O teleológico; 7. O sociológico; 8. O da apreciação de resultado. A opção deste trabalho foi pela conjugação dos procedimentos metodológicos de exegese gramatical, lógico, sistemático, histórico e sociológico, por entender que se complementam e contribuem para a maior aproximação de um bom resultado na interpretação da norma.

Em defesa da conjugação de métodos para a interpretação na pesquisa jurídica, Vigo, assim se posiciona, tratando, inicialmente, dos métodos histórico e sistemático, se posiciona Vigo (2005, p. 40):

O primeiro tem por objeto as palavras de que se serviu o legislador para comunicar seu pensamento. O método lógico se preocupa com esse pensamento enquanto procura elucidá-lo, analisando suas diferentes partes e as relações entre elas. O elemento histórico comparará a lei com o direito anterior ao seu estabelecimento. O método sistemático visualizará a lei como parte do sistema, atendendo aos laços que unem as instituições e as regras de direito. Ao intérprete não cabe escolher entre esses elementos, mas sim recorrer aos quatro, dado que assim esgotará o conteúdo da lei. O resultado interpretativo fica assegurado através de um caminho rigorosamente prefixado.

De acordo com as peculiaridades do Direito, podem-se empregar todos os tipos de pesquisa, métodos e procedimentos metodológicos. Entretanto, atentando à natureza do fenômeno jurídico, as técnicas ou procedimentos metodológicos que “melhor se acomodam à pro-

²⁹ Hermenêutica e Interpretação não se confundem. “Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”. (MAXIMILIANO, 2006, p.1)

³⁰ Nem as leis nem os *sentus-consultos* podem ser escritos de tal maneira que em seu contexto fiquem compreendidos todos os casos em qualquer tempo ocorrentes. Tradução de Maximiliano (2006, p. 10).

blemática do Direito parecem ser a pesquisa bibliográfica ou documental, com ênfase nas fontes de estudo do Direito”, nas palavras de Boaventura (2011, p. 58).

Neste trabalho, como técnicas ou procedimentos metodológicos foram usados: a pesquisa documental, em relação às bases de dados do IBGE; a bibliográfica realizada por meio da revisão de literatura nas áreas do Direito, da História, da Antropologia, da Psicologia e da Psicanálise, tomando-se por referência livros, artigos científicos e trabalhos acadêmicos de doutorado. Também foi realizada uma revisão legislativa e de jurisprudência, por meio do exame de leis, e projetos de lei, assim como de decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ, obtidas no site deste Tribunal Superior e de tribunais estaduais, coletadas por meio de consulta a fontes secundárias, durante a revisão de literatura e demais documentos escritos em geral, incluindo aquela realizada por meio eletrônico.

CAPÍTULO 1 FAMÍLIAS NEOCONFIGURADAS BRASILEIRAS NO CONTEXTO DE MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS.

A possibilidade de uma pessoa ser reconhecida juridicamente como filho (a) de dois pais ou duas mães, em função da multiparentalidade estabelecida por laços afetivos e sociais no âmbito das famílias neoconfiguradas é um fato social que vem ganhando relevo para a sociedade. Os resultados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD realizada pelo IBGE, conforme dados indicados na Apresentação deste trabalho, indicam que as famílias neoconfiguradas crescem estatisticamente, o que aponta para uma maior representatividade dessa estrutura familiar na sociedade contemporânea. Acompanhando essa realidade social, a literatura jurídica vem dedicando estudos ao tema da multiparentalidade para buscar soluções às questões parentais que se manifestam no seio dessa estrutura familiar³¹.

As ações que buscam do Judiciário uma decisão que não exclua a parentalidade biológica (determinada pela consanguinidade) em função da parentalidade socioafetiva (que se define pelo amor e pelo estado de filiação socioafetiva consolidada nas relações sociais) retratam a repercussão jurídica deste fato social e sinalizam a necessidade de um exame acurado do assunto³².

A temática está intimamente ligada às modificações percebidas na estrutura da família contemporânea brasileira, e à formação de novas estruturas familiares a partir da viuvez, separação ou divórcio de um ou de ambos os cônjuges ou companheiros, num contexto que

³¹. Maurício Bunazar, com o texto *Pelas portas de Villela: Um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sócio-jurídica*; Carmela Salsamendi de Carvalho, com o livro intitulado *Filiação socioafetiva e “conflitos” de paternidade ou maternidade*; Julie Cristine Delinski, como o livro *O novo direito da filiação*; Giselle Câmara Groeninga, com a obra *Família: um caleidoscópio de relações*; Paulo Luiz Netto Lôbo no texto *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausulus*; João Batista Amorim de Vilhena Nunes, com o texto *A paternidade nos dias atuais (vínculo de fato, de direito e de amor)*; Maria Goreth Valadares com o texto *Os meus, os seus e os nossos: as famílias mosaico e seus efeitos jurídicos*; Rose Melo Vencelau com o livro *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial* são exemplos dos estudos desenvolvidos pela literatura jurídica brasileira acerca do tema da parentalidade socioafetiva estabelecida nas famílias neoconfiguradas (dentre outras formas em que se apresenta).

³² A decisão tomada pela juíza substituta Carine Labres, na comarca de São Francisco de Assis, no Rio Grande Do Sul, no Processo n. 125/11.000.12.218, em que se reconheceu a multiparentalidade para que duas crianças pudessem ter, a inclusão do nome da madrasta como mãe, sem excluir o nome da mãe biológica do registro é exemplo da realidade que se apresenta, no Judiciário brasileiro. Entretanto, a maior parte das decisões judiciais e dos estudos acerca da multiparentalidade diz respeito à reprodução humana medicamente assistida, em que se estabelece o conflito entre a mãe que cedeu o óvulo e a mãe que gerou e/ou a mãe que adotou a criança gerada em útero alheio ou em relação à paternidade dupla, nas hipóteses de inseminação artificial em casais homoafetivos. Poucas são, ainda, as decisões acerca da multiparentalidade derivada das relações que envolvem madrastas, padrastos e enteados, no campo das famílias neoconfiguradas. Por isso, este estudo tem a intenção de buscar contribuir para a compreensão dessas relações jurídicas face à possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade no contexto familiar das famílias neoconfiguradas.

ultrapassa os limites da família tradicional (centrada no casamento) para abranger a diversidade das manifestações familiares na sociedade.

Para desenvolver o tema da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas vale, portanto, buscar conhecer a família, suas configurações e as modificações percebidas na estrutura da família contemporânea brasileira, bem como o tratamento jurídico dispensado às relações de parentesco³³ parentalidade e filiação, ao longo do tempo, sob o olhar da interdisciplinaridade. É isso que enfoca este capítulo: o exame do estado da arte na literatura jurídica, em relação às alterações percebidas na família, a partir da Constituição Federal de 1988 até os dias de hoje.

Em função da temática escolhida para o desenvolvimento deste trabalho, algumas das disciplinas que estudam a família foram chamadas a contribuir com suas concepções próprias e complementares entre si, para a difícil tarefa de conceituação desse fenômeno social e jurídico, o qual ganha contornos tão específicos em relação às áreas do conhecimento que sobre ele se debruçam.

O tema família “é, ao mesmo tempo, atraente e perigoso”, no dizer do historiador Casey (1992, prefácio), justificando sua afirmação no fato de que a popularidade do tema já fez com que se tornasse explorado por muitas áreas do conhecimento, como a História, a Antropologia, a Psicologia e a Psicanálise. De acordo com Petrini (2004, p. 48):

À medida que as ciências humanas foram se estruturando como disciplinas específicas, começaram a estudar a realidade do matrimônio e da família, segundo as mais diversas perspectivas epistemológicas, contribuindo para elucidar aspectos muitas vezes não suficientemente considerados. A família passou, então a ser estudada sob o ponto de vista dos interesses econômicos que nela se encontram; sob o ponto de vista jurídico, pelos aspectos contratuais que o matrimônio e todas as relações familiares contêm; sob o ponto de vista político, especialmente quando se trata de grandes famílias detentoras do poder; sob o ponto de vista psicológico, para estudar os influxos que as relações familiares têm na constituição e no desenvolvimento psíquico de seus membros; sob o ponto de vista pedagógico, como primeira fonte de educação para as diversas etapas dos ciclos familiares; sob o ponto de vista da sociologia, estudando os processos de socialização, bem como os reflexos dos diversos condicionamentos sociais na realidade familiar; e assim por diante. A lista das disciplinas que se ocupam da família ainda inclui a arquite-

³³ O conceito de parentesco é de elaboração do campo das Ciências Sociais. Alguns dos autores da Antropologia de meados do século XIX tinham uma primeira formação em Direito e interesse em história do Direito, segundo informa Cabral (2003), p. 89). Dentre eles Henry Sumner Maine e Lewis Henry Morgan, responsáveis pela introdução da antropologia como disciplina universitária, em 1860. A partir deles, “noções como “pessoa”, “filiação”, “descendência”, “linhagem”, “herança”, “sucessão”, “parentesco”, “casamento”, “afim”, “incesto” e muitas outras se tinham tornado indispensáveis ao pensamento antropológico”. É importante esclarecer que “estes conceitos legais que a antropologia herdou da teoria do direito não se aplicam a sociedades exóticas, mas que se aplicam às culturas onde eles próprios foram forjados” (CABRAL, 2003, pp. 91/2).

tura, a urbanística, a medicina, antropologia cultural, a psiquiatria, a sexologia, a ética, a bioética.

Entretanto, por mais que se explore essa temática, será sempre atual e desafiadora, uma vez que a família se modifica, reestrutura-se, mas permanece viva no seio da sociedade, como forma de relação social constitutiva da espécie humana, como observa Petrini (2004).

Para Coulanges (2004, p. 63), a família sempre existiu independentemente de tempo, espaço e povo, porque é uma instituição natural da espécie humana, em razão de sua condição neotênica, que reflete a impossibilidade de o ser humano sobreviver, nos primeiros anos de vida, sem cuidados especiais a ele dedicados por outra pessoa. Entretanto, a origem da família é controvertida.

Não há comprovação fática acerca da vida do homem em família, na Antiguidade, dizem os antropólogos³⁴. As conclusões tiradas acerca da família primitiva baseiam-se na observação a monumentos históricos ou de grupos como as tribos indígenas da América, grupos polinésios ou africanos, que ainda cultivam padrão de vida rudimentar ou quase selvagem, chamados de primitivos atuais, de acordo com Pereira (2011). Estudos especializados sistematizados por Lévi-Strauss (2011) indicam que há dúvidas em relação à origem da família, na Antiguidade, tendo como base estruturas familiares representadas pelo sistema poligâmico (na polígina), poliândrico ou monogâmico (formado pelo par andrógino). De acordo com os críticos, nada há que comprove que a família passou, obrigatoriamente, por fases evolutivas.

O fato é que, diante da diversidade de interpretações acerca da estrutura da família ou a forma como surgiu na humanidade, nada pode ser comprovado sem ressalvas. Os registros literários e históricos capazes de retratar as primeiras formas de organização da família no mundo ocidental remontam à Roma ou à Grécia antigas, de acordo com Pereira (2011, p. 30). Conforme Gagliano; Pamplona (2011, p.49), somente no Direito Romano a expressão família ganhou significado jurídico, com acepção distinta da que temos hoje³⁵. Entretanto, ressaltam os autores, que a adoção da família romana como modelo original de família significa “muito mais um prestígio do estudo do Direito Romano para o sistema jurídico ocidental do que, propriamente, uma verdade histórica”.

³⁴ (MAC LENAN, SPENCER, MORGAN, GABRIEL TARDE, WESTERMARK, ENGELS, BACHOFEN, dentre outros, citados por PEREIRA, 2011, p.29)

³⁵ Na Roma antiga, a palavra família foi usada para designar o organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder e o direito de vida e morte sobre todos eles. Nas palavras de Donati (2008, p.55), “A partir da civilização grega, e depois na romana, a família é compreendida como um agregado natural que coincide com a “casa” (*oikia*) como dupla união, de um homem e de uma mulher (com seus filhos) e entre patrão e escravo (“domésticos” de *domus* = casa, ou *famili* de *famuli* = servos)”.

Na antiga língua grega, a palavra *ἐπίστιον* significava “aquilo que fica perto de um fogo sagrado”, e era usada para denominar “um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo fogo sagrado e oferecer o repasto fúnebre aos mesmos ancestrais”, descreve Coulanges (2004, p.64), que entende ser esta a origem da palavra família. De acordo com Glanz, (2005, p. 17) a expressão família tem sua raiz etimológica no latim *família*, que se origina da língua dos oscos, povo do norte da península italiana (*famel*, da raiz *famul*), que significa servo ou “conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão”, nas palavras de Farias e Rosenvald (2014, p. 40). Mas essa ainda não é uma afirmação conclusiva. Família tem origem no sânscrito que a converteu para o latim *famelia* e *famulus*, de acordo com Rizzardo (2009, p. 11), que postula:

O radical *fam.* corresponde àquele outro *dhā*, da língua ariana, que dá ideia de fixação, ou de coisa estável, tendo da mudança do ‘dh’ em ‘fl’ surgido no dialeto do Lácio, a palavra *faama*, depois *famulus* (servo) e finalmente família, esta última a definir, inicialmente, conjunto formado pelo pater famílias, esposa, filhos e servos, todos considerados primitivamente, como integrantes do grupo familiar, daí Ulpiano, no ‘Digesto’, já advertir que a palavra ‘família’ tinha inicialmente acepção ampla, abrangendo pessoas, bens e até escravos.

Como se pode observar, nem na matriz grega, nem na latina, a palavra família contém em si o sentido de geração ou de parentesco. “A verdadeira significação de família é propriedade, designa o campo, a casa, o dinheiro, os escravos”, na expressão de Glanz (2005, p. 18). Contudo, línguas antigas como o hebraico e o sânscrito empregam a palavra família no sentido de casa. Um dos termos gregos, *gueneá*, *geneás* “indica gênero ou origem, e também usado como família, indicando os antecedentes, os antepassados, ou seja, a família de origem ou a família extensa”, segundo o autor (p. 19).

A conceituação de família apresenta dificuldades nos mais diversos segmentos das ciências sociais. Etimologicamente, portanto, destaca-se a amplitude do significado da palavra família que engloba desde o sentido de propriedade e escravos até o significado de casa, ascendência e descendência.

Antropologicamente, a família é considerada um fenômeno universal que supõe aliança (entre pessoas de sexo distinto) e filiação, de acordo com Lévi-Strauss (2011) e, para existir, precisa de duas outras famílias “uma pronta a fornecer um homem, a outra, uma mulher, que por seu casamento farão nascer uma terceira e assim sucessivamente”, nas palavras de Roudinesco (2003, p.16). As leis da troca e da proibição do incesto definem o estabelecimento dos laços matrimoniais e determinam a constituição da família no aspecto antropológico.

Na Sociologia, essa conceituação é considerada “um quebra-cabeça”, no dizer de Donati (2008, p.49), que entende que é necessário que se deixe de considerar a família como uma coisa para que se adote uma visão relacional, definida como: lugar-espço (a casa), modelo (padrão simbólico) e relação social (que implica intersubjetividade e conexões estruturais entre sujeitos). A necessidade de relativização do conceito de família em razão do tempo e do lugar onde ela é analisada é percebida por Groeninga (2003, p.125), que a considera “um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração”. Na mesma linha, Groeninga entende que “a família é sistema de relações que se traduzem conceitos e preconceitos, ideias e ideais, sonhos e realizações. Uma instituição que mexe com nossos mais caros sentimentos”.

Nesta pesquisa desenvolvida em torno da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, a percepção da família pela visão relacional amplia o espaço da pesquisa para perceber a família como fenômeno social, psicológico e jurídico, não apenas como a temos hoje, mas como ela se articulou, como se transformou, como reagiu às influências valorativas e culturais na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro ao longo do tempo.

Entretanto, alguns questionamentos se levantam em função da multiplicidade de formas com que se manifesta a família na contemporaneidade: A pluralidade de formas de expressão subtraiu da família a univocidade de seu conceito? Parece que há uma zona de desconforto em relação à concepção de família, por não estarem bem definidos os seus contornos. Diante da abertura do conceito de família, em função de seu caráter relacional, indaga-se: Afinal, o que é e o que não é família?

A família não pode ter uma definição padrão ou assumir uma forma fixa ou invariável. Em razão das diferenças sociais, culturais, econômicas, políticas e religiosas entre os agrupamentos humanos, observam-se formas distintas de família, com fundamentos morais muitas vezes diferentes e contraditórios, de acordo com Nalini (2009, p. 69). Pode, então, a família sujeitar-se a diversos significados, variando eles de acordo com o grupo social e o período de tempo em que seja concebida.

De acordo com o pensamento de Groeninga (2003, p. 128), a família não funciona apenas como célula *mater* da sociedade, mas como “matriz de constituição do psiquismo humano que conhece para ser”. Além disso, entende a referida autora, que o psiquismo se constitui por meio das semelhanças e diferenças e que a família “é lugar privilegiado dessas vivências e do estabelecimento das diferenças – entre pais e filhos, entre funções, entre os sexos e gêneros, entre o público e o privado”.

Entendendo a família como um fato social e também psicológico, Cecarelli (2007, p.95) observa que “o significativo família é representado, como todo significativo, por fatores conscientes e inconscientes, que definem a maneira e engendram as categorias pelas quais o mundo social é organizado”. Com o enfoque no significativo psicológico, Petrini considera que a família responde às necessidades humanas e sociais e por isso é tida como um recurso para a pessoa e a sociedade. Segundo ele (2004, p. 56):

A família constitui um recurso para a pessoa, nos mais diversos aspectos de sua existência, estando presente como uma realidade simbólica que proporciona experiências no nível psicológico e social, bem como orientações éticas e culturais. Nela se encontram os elementos fundamentais da identidade simbólica do indivíduo enquanto ser humano, que o diferenciam de um indivíduo animal.

Na mesma linha de pensamento, discorre Pereira (1999, p. 35) para quem a família é “uma estrutura psíquica e que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações na *polis*”. É possível perceber, portanto, o importante papel que desempenha a família no que se refere ao desenvolvimento do indivíduo, no campo da psicanálise. O caráter suprafuncional da família abarca aspectos sociais, psicológicos e até mesmo políticos e econômicos que contribuem para a dificuldade de sua conceituação, como acentua Donati (2008, p. 55).

As dificuldades de definição da família devem-se em grande medida ao seu caráter “suprafuncional”, isto é, ao fato de que ela não existe para satisfazer uma ou algumas funções sociais, mas constitui um leque potencialmente indefinido, visto ser uma relação social plena, ou seja, é um “fenômeno social total” que direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente – implica todas as dimensões da existência humana, desde as biológicas, às psicológicas, econômicas, sociais, jurídicas, políticas e religiosas.

A função de garantir que a família funcione como “núcleo fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular, as crianças”, foi implementada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990)³⁶. Alicerçada na solidariedade como um dos fundamentos da afetividade, que inaugura uma nova realidade fática e jurídica, a família permite a pluralidade de formas de expressão, como assinala Lôbo (2011, p. 18):

Reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua his-

³⁶ Preâmbulo do Decreto n° 99.710/1990 - Convenção sobre os Direitos da Criança.

tória. A afetividade, assim, desponta, como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social.

Mesmo nas sociedades especializadas da atualidade, a característica da suprafuncionalidade, fundada na solidariedade e na afetividade, marca a família como um dos símbolos mais “fortes, estáveis e relevantes ao longo da vida social, desde o início da história humana até hoje”, nas palavras de Donati (2008, p.55). E é nessa perspectiva, com os olhos voltados à percepção do caráter eudemonista da família, que a pesquisa sobre a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas se desenvolve neste trabalho doutoral, buscando compreender, neste capítulo, como as transformações sociais se projetaram na concepção de família, no Brasil atual, provocando mudanças paradigmáticas que permitiram o reconhecimento das famílias neoconfiguradas como entes familiares, a partir da Constituição Federal de 1988.

Na dimensão jurídica, que integra o “fenômeno social total”, a família é compreendida como uma instituição social à qual a Constituição Federal e o Código Civil de 2002 dispensam proteção, sem, contudo, defini-la. E a Constituição Federal assim o fez no sentido de reconhecer que a família não tem conceito único e consagrou “uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando a permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente construídos”, como refletem Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 41).

Também, para o Direito, o conceito de família não é estático, mas reflete o contexto histórico e social de cada época, modificando-se à medida que se alteram as relações sociais, culturais, geração para geração, de acordo com Groeninga (2003). Entre os juristas, poucos se lançam ao desafio de conceituar a família. Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 41) concebem a família como “núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”. Pereira (2011, p. 28), por sua vez, a compreende como “organismo jurídico ou um organismo natural, no sentido evolutivo. Mais particularmente o é neste outro, de um agrupamento que se constitui naturalmente, e cuja existência a ordem jurídica reconhece”.

É preciso cautela ao atribuir à família caráter de sociedade, no campo do Direito. Não se pode considerar a família como sociedade na forma da lei, porque não tem existência própria distinta da de seus membros, não possui autonomia patrimonial, nem jurídica, não podendo assumir obrigações em nome próprio, firmar contratos ou atuar em juízo. Ademais, não se encaixa em nenhuma pessoa jurídica de direito privado ou público prevista no Código Ci-

vil³⁷. A expressão sociedade não é, portanto, juridicamente adequada para retratar a família, ainda que considerada como uma reunião de pessoas com um objetivo comum. Talvez a nomenclatura grupo, agrupamento ou entidade familiar (terminologia usada pela Constituição Federal) goze de maior rigor técnico.

Alguns³⁸ se insurgem contra a ideia de personificação da família, defendida por Savatier, como informa Pereira (2011). Sob o argumento que a personificação da família “desfiguraria a sua imagem, já que na vida de relação a família não procede por direito próprio e como órgão autônomo, senão que se organiza em razão de seus membros e opera através da atuação deles, individualmente considerados”, este último (p.28) comunga da mesma opinião de Venosa (2013, p.8), que sustenta o argumento de que a família seria detentora de direitos extrapatrimoniais e seria suficiente para atribuir-lhe personalidade jurídica. Em suas palavras:

Em nosso direito e na tradição ocidental, a família não é considerada uma pessoa jurídica, pois lhe falta evidentemente aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações. Os pretensos direitos imateriais a ela ligados, o nome, o poder familiar, a defesa da memória dos mortos, nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família. Com maior razão, da mesma forma se posicionam os direitos de natureza patrimonial. A família nunca é titular de direitos. Os titulares serão sempre seus membros individualmente considerados.

A discussão acerca da família como sociedade estabelecida entre seus membros não é a única polêmica em torno da natureza jurídica da família. Para Venosa, a família teria a natureza de “grupos com personificação anômala”. Essa denominação foi criada por Venosa para referir-se às entidades jurídicas com características de pessoas morais, mas que não possuem personalidade própria, por faltarem-lhes requisitos à personificação. A família estaria inserida nessa denominação, ao lado da massa falida e do espólio, embora a família se distinga desses outros institutos, por não ter representação processual.

A tutela da família pela Constituição Federal de 1988 está inserida no Título VIII dedicado à Ordem Social, dentro do Capítulo VII, destinado à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso. Vale ressaltar que a Carta Constitucional de 1988 não definiu família. Nem poderia fazê-lo diante do dinamismo que reveste a concepção de família na sociedade

³⁷ A atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, denominada atividade de empresa é que dá o caráter empresarial a essas sociedades, de acordo com o art. 966 do Código Civil. Não há, na família, atividade de empresa. Logo, não pode ser considerada sociedade, na forma do Código Civil.

³⁸ Dentre eles, Sá Pereira, Orlando Gomes, Dabin, Enrique Dias de Guíjarro, Planiol, Ripert, apresentados por PEREIRA, 2011, p.28.

contemporânea. O art. 226³⁹, que abre o capítulo VII da Constituição, se refere à família como “base da sociedade” e a ela atribui “especial proteção do Estado”, sem, contudo, dizer o que entende por família. Entretanto, a Carta Magna ampliou expressamente a tutela à família estendendo-a à união estável e à comunidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, nos termos dos §§ 3º⁴⁰ e 4º⁴¹ do art. 226. No parágrafo quarto do art. 226, a Carta Constitucional de 1988 usa a expressão entidade familiar para se referir a família, sem atribuir significado a esta expressão.

O Código Civil de 2002 acompanhou a Constituição de 1988 e também não apresentou um conceito de família. Ao cuidar do Direito de Família, no Livro IV, o Código Civil destina quatro títulos para tratar de aspectos do Direito de Família, dividindo o Direito de Família em: Direito Pessoal (Título I), no qual se cuida do casamento e das relações de parentesco; Direito Patrimonial (Título II), referindo-se ao regime de bens do casamento, ao usufruto e administração dos bens de filhos menores, aos alimentos e ao bem de família; União Estável (Título III) e Tutela e Curatela (Título IV). Pelo Código Civil de 2002, o tratamento jurídico dado ao Direito de Família inicia-se pelo casamento, dedicando-se à união estável em tratamento específico, atribuindo-lhe título próprio.

No Congresso Nacional, dois projetos de lei encontram-se em tramitação e pretendem criar um Estatuto próprio para a família ou para as famílias brasileiras. Embora tenham o mesmo objetivo, refletem ideias divergentes e, por vezes, antagônicas.

O primeiro⁴² deles tramita, simultaneamente, na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 2.285/2007, formulado pelo IBDFAM e apresentado à Câmara pelo deputado Sérgio Carneiro, do Partido dos Trabalhadores da Bahia (PT-BA) e no Senado Federal, como PLS 00470/2013, apresentado pela senadora baiana Lídice da Mata, do Partido Socialista Brasileiro (PSB-BA), com algumas alterações. Por meio deles, pretende-se implantar o Estatuto das Famílias (no plural) que pretende acolher a diversidade e a pluralidade das formas de manifestação da família como fenômeno social, no mundo jurídico, situando, expressamente, a afetividade como princípio orientador do Direito de Família, em toda sua abrangência.

³⁹ Estabelece o art. 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

⁴⁰ Reza, o art. 226, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁴¹ O Art. 226, §4º da Constituição Federal assim estabelece: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

⁴² O critério escolhido pela autora deste trabalho de doutorado para tratar um e outro projetos de lei como “primeiro” e “segundo” foi o cronológico, levando em consideração o ano em que foram apresentados às Casas Legislativas federais.

O projeto de lei de iniciativa do IBDFAM apresenta o conceito de família adotando as nomenclaturas *entidade familiar* e *família* indistintamente, como sinônimas, estabelecendo, no primeiro artigo, a amplitude de sua abrangência, ao afirmar que “Este Estatuto regula os direitos e deveres no âmbito das entidades familiares”. Embora a Constituição Federal já utilize a expressão entidade familiar, não se refere a ela como família, mas como uma espécie a ela equiparada.

No artigo terceiro apresenta o conceito de família a partir da esfera de sua proteção, da seguinte forma: “É protegida como família toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar, em qualquer de suas modalidades”. Conceber a entidade familiar como sinônimo de família significa estabelecer a plena igualdade entre a família casamentária, a família constituída pela união estável, assim como a homoparental e todas as demais formas de expressão de família da contemporaneidade.

O segundo, denominado Estatuto da Família (no singular), foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo pernambucano Anderson Ferreira, parlamentar representante do Partido da República (PR-PE) e recebeu a denominação e o número do Projeto de lei 658313/2013. Pela proposta do Estatuto da Família, a afetividade não foi contemplada como valor jurídico. A nomenclatura no singular reflete a forma singular de atribuir o *status* de família unicamente às uniões matrimoniais entre pessoas de sexos distintos.

Se aprovado, o projeto de lei de iniciativa do IBDFAM, neste particular, trará contribuição importante para a concretização da igualdade entre as configurações familiares, com relação ao conceito jurídico de família⁴³ porque entendo que o Direito deve conceber a família, no contexto da faticidade, considerando o momento sociocultural, econômico e político em que se apresente, destinando a ela tratamento adequado e compatível com a realidade de seus membros e de sua estrutura própria. A concepção de família para o Direito deve se basear na ideia de organismo em constante estado de mudança. Alterando-se de acordo com as necessidades impostas pela vida de cada um de seus integrantes, a família se expande e se retrai, de acordo com as circunstâncias. Não comporta definições ou uniformismo, mas sustenta-se na solidariedade e na afetividade, para buscar a realização do desenvolvimento de cada um de seus integrantes e a felicidade de todos como objetivo maior, no sentido captado pela Constituição Federal, da realidade brasileira.

⁴³ Os dois projetos apresentam, ainda, muitos outros pontos de diferenciação e divergência entre si, mas não importa, neste espaço, aprofundar a análise comparativa das duas propostas legislativas, por questões de escolha metodológica, sob pena de a discussão tangenciar outro objeto de estudos que não aquele escolhido para este trabalho de doutoramento. O que aqui se pretende é apresentar as propostas legislativas em discussão no Congresso Nacional para demonstrar que, assim como a literatura jurídica, o legislador ainda não firmou uma posição definitiva em relação ao tratamento jurídico dispensado à afetividade.

Numa concepção constitucionalista, Rizzardo (2009, p.12) conceitua a família considerando o que mais se adapta aos novos regramentos jurídicos como “o conjunto de pessoas, com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais e morais, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados”. A família, para ele, é “uma sociedade, por impulso natural”, por constituir a união de indivíduos mediante laços e interesses para finalidades “congenitas de seus membros, ditadas por necessidade de convívio ou sociabilidade”.

A família, no Direito, pode ser compreendida pelo sentido amplo (*lato sensu*) ou estrito (*stricto sensu*). No sentido amplo, o conceito jurídico de família se aproxima do conceito de família ampliada, porque abrange “todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção”, nas palavras de Gonçalves (2014, p. 17).

As relações entre padrastos/madrastas e enteados (que podem ser estabelecidas pela afinidade jurídica e pela socioafetividade) são examinadas, neste trabalho como incorporadas ao conceito de família, na concepção ampla, na interpretação do texto constitucional. Entretanto, esse pensamento não é unívoco. Há quem entenda que as relações de padastro e madastria não são relações de família, no sentido jurídico, porque a família para o Direito seria apenas aquela estabelecida entre os cônjuges e seus descendentes, sem que se reconheça valor jurídico à afetividade⁴⁴. Segundo Pereira (2011, p. 25):

Ao conceituar a “família”, destaca-se a diversificação. Em sentido genérico e biológico, considera-se família, o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). Na largueza desta noção, os civilistas enxergam mais a figura da romana *Gens* ou da grega *Genos* do que a família propriamente dita.

No sentido estrito, a família se apresenta como aquela que pode ser denominada “pequena família, porque o grupo é reduzido ao seu núcleo essencial: pai, mãe e filhos”, correspondendo à ideia de família nuclear e à *domus* dos romanos, como defende Gonçalves (2014, p. 17).

O Direito da Infância e Juventude preconizado pela Lei n. 8.069/90, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, no art. 25, conceitua a família nuclear, chamando-a

⁴⁴ O assunto será explorado de forma mais adequada, em capítulo próprio onde examinar-se-á a natureza jurídica da afetividade pela concepção de autores que a defendem como princípio jurídico, outros como valor jurídico, mas sem reconhecer-lhe natureza principiológica e outros, ainda que não atribuam valor jurídico à afetividade.

de natural, como aquela formada “pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”, sem deixar de referir-se à família extensa, no parágrafo único do mesmo artigo. Críticas são apresentadas a esse conceito por Pereira (2011, p. 26), que alerta para o fato de que a família natural, tal qual concebida pelo ECA exclui os irmãos, o que representa violação ao direito fundamental à convivência familiar, pois “não se pode afastar os irmãos do conceito de família natural, a determinar a preferência para o acolhimento, presentes os pressupostos da afetividade, cuidado e responsabilidade”.

Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a família pode ser, ainda, classificada como extensa ou substituta. A família substituta é aquela que recebe a criança ou o adolescente, sob guarda, tutela ou adoção, na forma dos arts. 28 a 32 do referido Estatuto.

O conceito de família extensa ou ampliada, concebida pelo Direito, nos termos do parágrafo único do art. 25 da Lei 12.010/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, da seguinte forma: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Este conceito jurídico aproxima-se da ideia de laço familiar apresentada por Fonseca (2005, p. 54) para descrever as relações familiares da seguinte forma:

Assim, definimos o laço familiar como uma relação estreita e duradoura entre determinadas pessoas que reconhecem entre elas certos direitos e obrigações mútuos. Essa identificação pode ter origem em fatos alheios à vontade da pessoa (laços biológicos, territoriais), em alianças conscientes e desejadas (casamento, compadrio, adoção) ou em atividades realizadas em comum (compartilhar o cuidado de uma criança ou de um ancião, por exemplo).

À primeira vista, pode-se pensar que o conceito jurídico de família extensa se distanciaria da ideia de laço familiar, porque se restringe aos vínculos de parentesco, uma vez que a lei refere-se a “parentes próximos”. Contudo, numa interpretação sistemática da lei, observa-se que, por força do art. 1.593 do Código Civil, o parentesco pode resultar da consanguinidade ou de outra origem. Esta “outra origem” a que se refere o texto legal, se manifesta por meio do reconhecimento do vínculo socioafetivo, formador do parentesco. Logo, pessoas ligadas entre si por laços socioafetivos (não biológicos ou consanguíneos) constituídos a partir de vínculos afetivos e socioculturais que se consolidam com o tempo e a convivência e repercutem na identificação do sujeito como pertencente a uma família, podem ser reconhecidas co-

mo parentes, aproximando-se a concepção jurídica, da sociológica. Estaria presente, aí, na família extensa, a família socioafetiva⁴⁵.

Para fins sucessórios, o Código Civil serve-se do conceito de família *lato sensu*. Entretanto, limita os efeitos na sucessão legítima aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau, por força dos arts. 1.829⁴⁶ e 1.839⁴⁷, ambos do Código Civil.

No que diz respeito ao direito a alimentos⁴⁸, o Código Civil, no art. 1.694 prevê que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros “os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” e estabelece, no art. 1.696, a reciprocidade da obrigação entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes. Mais uma vez, o Código Civil estende sua proteção para além da família nuclear. Reconheceu o sistema jurídico nacional, o direito de alimentos à companheira, após a Constituição Federal de 1988, que considerou a união estável, entidade familiar digna de proteção e tutela, como destaca Pereira (2011, p. 26). Em capítulo próprio, analisaremos a possibilidade de determinação de prestação de verba alimentar entre padrastos, madrastas e enteados, por força do reconhecimento da parentalidade socioafetiva entre eles.

O Direito Previdenciário também tem a família extensa como referência na concessão de benefícios. Para a Lei n. 8.213/91, considera-se dependente do segurado: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido; os pais; o irmão, não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Os enteados e tutelados equiparam-se a filhos e são considerados dependentes⁴⁹.

⁴⁵ A família socioafetiva será objeto de análise mais detalhada neste trabalho, no capítulo dedicado ao estudo da parentalidade e da socioafetividade como formadora de vínculos de filiação.

⁴⁶ O art. 1.829 do Código Civil de 2002 estabelece: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III- ao cônjuge sobrevivente;
IV- aos colaterais”.

⁴⁷ O art. 1.839 do Código Civil vigente determina: “Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”.

⁴⁸ Nasce o dever de prestar alimentos quando “quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”, de acordo com o art. 1.695 do Código Civil). A fixação dos alimentos leva em consideração a proporção entre as necessidades de quem os pleiteia e os recursos da pessoa obrigada, conforme prevê o art. 1.694, §1º do Código Civil.

⁴⁹ Contudo, a criança ou adolescente, sob guarda, fora excluído da relação de dependência previdenciária pela Lei 9.528/97. No entanto, a Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) decidiu que o menor sob guarda tem direito à pensão por morte e pronunciou a inconstitucionalidade da alteração do artigo 16, parágrafo 2º da Lei 8.213/91 efetivada pela Lei 9.528/97, em

Observa-se que o Direito não adota uma forma única de família para destinar proteção ou estabelecer direitos e deveres, nem restringe sua proteção à família nuclear. Como regra, o Direito de Família destina-se às pessoas unidas pelo casamento; àquelas que vivem em união estável; aos filhos e suas relações com os pais; à proteção dos filhos, pela tutela ou dos incapazes, pela curatela, além da proteção às relações pessoais, patrimoniais e assistenciais entre os membros da família, como assinala Venosa (2013, p. 2). Mas, pode-se observar que o Direito amplia a proteção de suas normas para abranger enteados, cunhados e companheiras, em diversas esferas do Direito, consolidando a tutela da família ampliada.

Para se compreender o fenômeno família, não basta conhecer seus conceitos sociológico, antropológico, psicológico ou jurídico. “É preciso também saber qual a sua história e como se deram as mudanças que caracterizam a desordem de que parece atingida na atualidade”, conforme entende Roudinesco (2003, p.17).

Na mesma linha de pensamento, destaca Donati (2008, p.55) a importância do recuo da análise às formas familiares originárias como “uma maneira relativamente simples de compreender persistência e variabilidade, continuidade e descontinuidade das formas familiares” para reconduzir a família “à formação histórico-social na qual se apresenta”.

Reconhece-se, neste trabalho, que várias e diversas são as formas com que a família se apresenta, rompendo o paradigma do modelo matrimonializado para, diante do contexto sociocultural contemporâneo, incorporar a afetividade e constituir-se em variadas configurações, recebendo, a partir delas, diversas designações, mas sempre objetivando o desenvolvimento pessoal de seus membros, na busca pela felicidade. Talvez esse seja o segredo da família: consolidar-se como espaço de afeto, solidariedade e crescimento para seus integrantes, que mesmo após o divórcio, buscam aninhar-se em outra estrutura familiar com essas características, para seguir ao encontro da felicidade almejada por todos.

1.1 Os arranjos, as configurações e as entidades familiares da atualidade no direito brasileiro: uma nova família?

A subscrição da Declaração Universal dos Direitos Humanos pelos países, em todo o mundo, promoveu a inserção de princípios inspirados nos ideais iluministas, nos sistemas jurídicos dos países signatários, promovendo alterações de valores sociais e jurídicos que terminaram por derrubar o paradigma do patriarcalismo, quando transformações sociais, econô-

micas, políticas e religiosas, marcaram a sociedade ocidental, especialmente após a Segunda Grande Guerra e implantaram um novo sistema baseado na liberdade, na igualdade e na dignidade da pessoa humana, como sustenta Braga (2012).

A adoção de um novo modelo econômico, a partir do séc. XVIII, com a Revolução Industrial “fez estremecer os alicerces da família como instituição”, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho quando destacam que nesse período se temia pelo fim da família, em virtude das alterações impostas pela nova realidade econômica.

A família não acabou, como se temia. Segundo Segalen (1999), a família manteve-se como uma instituição ativa que acompanhou as mudanças sociais e econômicas, no contexto da industrialização e dos movimentos urbanos, naquela época. Mas, esse período marcou o fim da “concepção uniforme e conservadora de um único formato de família”, nas letras de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.50).

Verificaram-se novas formas de composição e de relacionamento familiar. A maior longevidade permitiu a existência de maior número de casais idosos e a redução da taxa de natalidade modificaram a realidade da família que cresceu em número e reduziu em dimensão, possibilitando a convivência entre gerações diversas, nos países industrializados, com repercussões sociais e previdenciárias, de acordo com Venosa (2013).

A família extensa cedeu espaço a uma maior quantidade de famílias nucleares, constituídas por casais (que iniciam a vida sozinhos) e idosos que terminam a vida familiar, também sozinhos. Na observação de Galano (2011), a família nuclear se consolidou a partir do êxodo rural das populações para a cidade (que promoveu a ruptura dos laços familiares na família extensa) e definiu o espaço privado da família. Essas alterações no ciclo de vida familiar, na fase de formação de um novo núcleo e conclusão do núcleo primário, favoreceram o aumento na quantidade de famílias e redução da dimensão delas, de acordo com a conclusão de Saraceno (1997).

Durante as décadas de 1960 e 1990, a Sociologia dedicou-se ao estudo da industrialização e da urbanização, na França⁵⁰. Não se acreditava, nesse período, no papel social da fa-

⁵⁰ Pela tese de Talcott Parsons, levada à França por François Bourricaud, na década de 1960, os processos de industrialização e urbanização transformaram a família num grupo doméstico, baseado no casamento, mas isolado de sua parentela, orientado para valores de racionalidade e eficácia. O papel do pai era instrumental, destinado ao fornecimento de bens materiais e à promoção da ligação com a sociedade. O papel da mãe consistia em dedicar-se ao interior da família. A família perdeu a característica de ser unidade de residência e de consumo; a função política e religiosa. Pela tese funcionalista de Parsons, as mudanças sociais promovidas pela industrialização e urbanização “segmentam a família, primeiro isolando-a da sua rede de parentesco e, seguidamente, reduzindo as dimensões do grupo doméstico a um lar conjugal, com um pequeno número de filhos”. (SEGALLEN, 1999, p.105).

mília, rejeitando seu campo privado pela força do pensamento marxista⁵¹. Este foi marcado, no mundo ocidental, por muita ansiedade decorrente das rápidas transformações sociais. A família era concebida como uma relação entre pessoas que se unem “em busca de relações íntimas ou de realização sexual”, como observa Nicolau Jr. (2008, p. 36) que destaca problemas com a autoridade parental, como marco desse período, em razão das separações, dos divórcios e recomposições familiares.

Na década de 1990, as sociedades ocidentais atravessaram um processo de desindustrialização marcada pela terciarização do trabalho e a concentração da produção industrial nos países asiáticos. A família voltou a despertar interesse aos sociólogos, embora ainda não lhe tenha sido atribuída força social. A instituição conjugal era frágil, assim considerada pelo desinteresse pelo casamento; pela quantidade de divórcios e famílias monoparentais, na observação de Segalen (1999).

Em toda a civilização ocidental, de acordo com Venosa (2013, p.6), o “controle e o descontrole da natalidade”, as separações, divórcios e as uniões entre pessoas separadas fizeram nascer um novo paradigma para o Direito de Família, abalando o princípio da indissolubilidade do vínculo do casamento.

Em razão dessas mudanças paradigmáticas, elaboram-se novas e variadas entidades ou configurações familiares, além daquela concebida como nuclear, constituída pelas “pessoas que habitam o mesmo teto, em regra, o casal e os filhos, economicamente dependentes dos pais”, nas palavras de Brauner (2001, p. 10) As separações e divórcios, segundo Saraceno (1997, p.432) contribuíram para o surgimento de novas formas de convivência, estruturas familiares e de novas e simétricas constelações de parentela. Matos (2013, p. 320), assim analisa esse fato social:

É no influxo do divórcio, do reconhecimento e da dissolução da união estável, da adoção por pessoa solteira ou adoção unilateral, da união entre pessoas do mesmo sexo, da maternidade ou paternidade fora do casamento, da fecundação assistida, isto é, da desconstituição da família em seu viés tradicional, que se vão encontrar elementos fáticos (materiais) para a formação de novos núcleos familiares por pessoas que, noutros tempos, eram integrantes de outras famílias ou mesmo de uma família monoparental. Desmembra-se para, posteriormente, reconstituir, através de laços afetivos, a família com elementos de uma anterior.

⁵¹ Foi um período de “cegueira sociológica” em relação à família e ao parentesco. (SEGALLEN, p.103.)

Além do divórcio, outras alterações ocorreram nos padrões do ciclo de vida familiar⁵² modificando modelos sociais e fazendo surgir, ao lado da família nuclear, outras configurações familiares.

Entretanto, ao lado da pluralidade das formas de família, persiste, nesse cenário, a família tradicional exercendo a função social “sem equivalente funcional na sociedade e, portanto, sempre mais decisivas para o desenvolvimento de uma sociedade civil digna deste nome”, como destaca Belardinelli (2007, p.24).

Para ele, a expressão “família tradicional” guarda em si uma ambiguidade, uma vez que o adjetivo “tradicional” remete à família extensa do passado, com avós, filhos e netos dividindo o mesmo teto, com uma rígida distribuição de papéis e subordinação da mulher ao homem. Ao mesmo tempo, designa aquilo que parece um fenômeno universal, representado pela união estável e duradoura entre um homem, uma mulher e sua prole. Nessa acepção, “tradicional” significaria uma espécie de elemento constitutivo da família, que ainda sobrevive ao lado de outras plúrimas formas de família, usado para designar “uma família que tem uma identidade fixa ou rígida, o feedback negativo ou negentrópica (e com isto, assim parece, é incapaz de mudar e, portanto, torna-se culturalmente desclassificada)”, nas palavras de Donati (2008, p. 74).

Outra observação apontada pelos estudiosos diz respeito à relevância da família como instituição social. “A família parece ter-se transformado de célula primária da vida social em célula primária, quando muito, da vida do indivíduo; portanto, um fato eminentemente privado e não mais uma instituição com relevância pública”, como diz Belardinelli (2007, p.24). O que chamam de “movimento para a individualidade”, característico da sociedade industrial tornou incertos os contornos da família. Destacou-se, nesse período, a afetividade como marca da família (conjugal e a alargada), num contexto que ele chama de neoparsoniano, como local de intensa afetividade.

No Brasil, assim como no mundo ocidental, as mudanças verificadas no interior da família, quanto a sua forma de organização, têm sido observadas pelos demógrafos do IBGE, que apontam para uma realidade na qual se observa uma maior diversidade em relação aos tipos de famílias. De acordo com os dados apresentados pelo Relatório dos Resultados das amostras do Censo Demográfico de 2010 (BRASIL, 2010, p. 69).

⁵² A exemplo das mudanças referentes ao papel da mulher na família, à redução dos índices de natalidade, o aumento da expectativa de vida, e o crescimento no número de casamentos entre pessoas, em que ambas ou ao menos uma delas era divorciada.

A esperança de vida aumenta cada vez mais, mas, por outro lado, as taxas de fecundidade diminuem. As famílias atuais passam a ter mais avós e netos. Os arranjos familiares são menos tradicionais, cresce o número de uniões consensuais e, com o aumento dos divórcios, há também um crescimento significativo das famílias reconstituídas, nas quais os filhos podem ser apenas de um dos cônjuges. Outro efeito conhecido das separações e dos divórcios é o aumento do número de crianças que crescem em famílias monoparentais. Em relação à economia doméstica, muitos casais têm optado por se estabelecer no mercado de trabalho antes de decidir ter filhos. Consequentemente, a postergação da fecundidade feminina gera mudanças nos padrões da organização da família.

Os dados estatísticos levantados no último censo demográfico, que pesquisou as famílias e os domicílios, em 2010, fornecem informações acerca do comportamento das famílias brasileiras na atualidade, servem como ferramentas para o delineamento de políticas públicas⁵³ e apresenta as mudanças encontradas na família brasileira, em suas formas de configuração nos últimos anos.

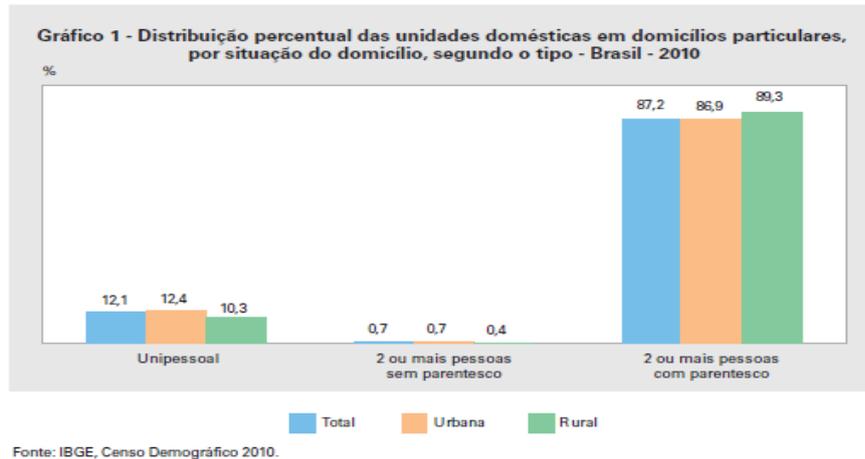
De acordo com o último censo do IBGE, as famílias brasileiras⁵⁴ da contemporaneidade são constituídas por pessoas ligadas ou não pelo parentesco. Da observação da tabela a seguir tem-se que a quantidade de famílias formadas por duas ou mais pessoas sem parentesco, entre si, embora comparativamente pequena, apresenta representatividade. Compõem esse número, as unidades domésticas⁵⁵ formadas por parceiros do mesmo sexo.

⁵³ O relatório do censo demográfico realizado pelo IBGE em 2010, que apresenta os resultados da amostra para famílias e domicílios, informa que a Divisão de Estatística da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa vem buscando subsidiar os sistemas estatísticos nacionais, tendo produzido recentemente documento com o objetivo de conceituar e identificar os novos tipos de família que vêm surgindo nas sociedades contemporâneas (BRASIL, 2012, p.64).

⁵⁴ De acordo com o relatório do censo demográfico de 2010, realizado pelo IBGE, a família é considerada “um dos eixos principais da sociedade” e apresenta relevante papel na economia do Brasil, como “fonte de produção doméstica, criando economias de escala para as pessoas que vivem juntas”. O IBGE atribui à família uma importante função social e política no sentido de formação de núcleo de muitas redes sociais, colocada no centro do debate político, como sujeito de políticas públicas, “especialmente nos programas de transferência de renda, que objetivam o combate à pobreza e a erradicação da miséria” (BRASIL, 2012, p.3).

⁵⁵ A nomenclatura unidades domésticas é nova. Foi adotada, no Brasil, no censo de 2010, por se entender necessária a necessidade de se distinguir da denominação de domicílio, anteriormente usada tanto para se referir à estrutura física da moradia quanto às pessoas que nela viviam. (BRASIL, Censo (2010, p.65). Considerou-se como unidade doméstica no domicílio particular “a pessoa que morava sozinha; ou o conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência”. (BRASIL, 2010, p. 36).

Gráfico 1 Distribuição percentual das unidades domésticas em domicílios particulares, por situação do domicílio



As unidades domésticas são compreendidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (BRASIL, 2012, p. 65) como o “conjunto de pessoas que vive em um domicílio particular, cuja constituição se baseia em arranjos feitos pela pessoa, individualmente ou em grupos, para garantir alimentação e outros bens essenciais para sua existência”. Sua formação se dá “a partir da relação de parentesco ou convivência com o responsável pela unidade doméstica, assim indicado e reconhecido pelos demais membros da referida unidade como tal”, de acordo com o relatório, que sinaliza para a visibilidade que essas famílias adquiriram, nos últimos dez anos.

A expressão unidades domésticas é criticada por Fonseca (2005, p.53) por entender que o IBGE define a vida familiar a partir da moradia, por considerar que essa é uma visão limitada da família, por não levar em consideração aspectos mais dinâmicos da vida familiar que extrapolam a casa, no sentido de moradia. Como exemplo há a rede de ajuda mútua que se revela nas classes populares, manifestada pela circulação de crianças entre as casas ou na repartição de comida entre diversos núcleos familiares.

A crítica parece pertinente, porque, na realidade social, a rede familiar pode ou não incluir pessoas ligadas pela consanguinidade. Ascendentes, cunhados, padrastos, compadres, enteados acabam se sentindo membros da família após ter compartilhado com ela uma ou mais experiências intensas. Essa integração em forma de rede de ajuda mútua torna difícil distinguir os limites de cada uma das unidades domésticas e/ou as linhas divisórias entre as famílias. De qualquer forma, há que se reconhecer que, diante da complexidade com que se apresentam as variadas configurações familiares, torna-se difícil definir um critério que abranja todas as suas especificidades. O que importa é que, pela primeira vez, esse dado foi pesqui-

sado e revela-se publicamente a existência das famílias constituídas por pessoas, independentemente dos laços de consanguinidade⁵⁶.

O IBGE não apresentou, no Censo Demográfico de 2010, diretamente dados relativos às famílias reconstituídas ou neoconfiguradas mas, oferece indícios de sua existência. Os resultados da pesquisa apontam um crescimento no número de divórcios (o maior aumento observado de uma década para outra), relacionando esses dados ao crescimento das famílias neoconfiguradas. De acordo com o Relatório do IBGE (BRASIL, 2012, p. 4) percebe-se

Maior diversidade com relação aos tipos de famílias – arranjos menos tradicionais, crescimento do número de uniões consensuais e, como os divórcios aumentaram, há também um crescimento significativo das famílias reconstituídas, onde os filhos podem ser apenas de um dos cônjuges.

Apesar de constatada a existência e representatividade das famílias neoconfiguradas na sociedade brasileira, ainda não foi realizada, pelo IBGE, uma pesquisa que a apresentasse em dados mais específicos que permitissem uma análise mais detalhada dessa configuração familiar. Por isso, faz-se relevante, neste espaço de pesquisa, o exame das relações de parentesco, parentalidade e filiação nas relações entre padrastos, madrastas e enteados, nas famílias neoconfiguradas diante do tratamento jurídico que lhes é dispensado.

Nesse sentido, conforme Amazonas; Braga (2006), “o contexto histórico propiciou ambiente favorável para essa nova realidade: a multiplicidade de formas que pode assumir a família hoje” Amazonas, Braga (2006, p. 177). Sensível às alterações no modo de vida das famílias (a exemplo do crescimento da longevidade humana, a participação da mulher no mercado de trabalho, o divórcio, o controle da natalidade, as tecnologias de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, as uniões homoafetivas dentre outras), a Constituição Federal de 1988 implantou um novo sistema jurídico em relação à família, estabelecendo, por força do art. 226 e seus parágrafos: a igualdade entre os cônjuges; a igualdade entre os filhos do casal e aqueles havidos fora do casamento, proibindo a discriminação entre eles.

Nesse novo sistema jurídico, a Constituição Federal encampou o que denomina de entidades familiares, como a união estável e família monoparental, entendida como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ao conceito de família jurídica.

A expressão “entidade familiar” consagrada pela Constituição Federal de 1988 é usada como um eufemismo, nas palavras de Glanz (2005, p. 167) para denominar as uniões

⁵⁶ Outras mudanças foram observadas pelo Censo de 2010 em relação às famílias brasileiras. Segundo este levantamento, o Brasil registra mais de 60 mil pessoas vivendo com parceiros, em relações homossexuais ou homoafetivas. É a primeira vez que esse dado foi pesquisado.

sem casamento, como sinônimo de família. Todavia, apesar do reconhecimento constitucional, foi usada uma denominação específica para distingui-las da família tradicional (casamentária) o que sugere a desigualdade ou, pelo menos, um tratamento diferenciado às entidades familiares, num contexto jurídico que equipara essas uniões à família casamentária, sem contudo, considerá-la igual.

Com a inserção no texto constitucional da tutela às entidades familiares, a Carta Magna permitiu a proteção da “nova família” ou da “família moderna”, “calcada muito mais no suporte emocional do indivíduo que no formalismo dos cartórios”, no dizer de Luz (2002, p. 25). Concretizou-se, também, na Constituição Federal de 1988, a proteção à união estável, comprovada por meio da “posse de estado de casados” ou o “estado de família” já previstos nos arts. 203⁵⁷ e 206⁵⁸ do Código Civil de 1916, como hipótese de presunção de casamento⁵⁹.

Contribuiu a Carta Magna de 1988 para a mitigação de valores, promovendo uma mudança paradigmática no Direito Brasileiro Contemporâneo. O paradigma da família patriarcal⁶⁰ previsto na legislação brasileira, por meio do Código Civil de 1916 foi substituído por um novo paradigma, lastreado na igualdade, no afeto e na solidariedade, trazido pela Constituição Federal de 1988, como destaca Lôbo (2011, p. 17).

Valores como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a afetividade passaram a integrar a concepção de família e a lastrear a interpretação da lei e da Constituição para sua aplicação às causas de família. Alçados ao patamar de princípios jurídicos norteadores do Direito de Família contemporâneo, pela Constituição Federal de 1988, esses valores impulsionaram profundas alterações no tratamento jurídico dispensado à família, como observa Nicolau Jr (2008, p. 106):

De qualquer forma, faz-se mister enfocar a família como instrumento de transmissão de valores formativos do indivíduo, na construção de sua organização subjetiva, em prol da realização do pressuposto de dignidade huma-

⁵⁷ O art. 203 do Código Civil de 1916 assim determinava: “O casamento de pessoas que faleceram na posse do estado de casado as não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do registro civil, que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o matrimônio impugnado” (BRASIL, (2003), art. 203 do CC.(1916).

⁵⁸ Observe-se o que determinava, o art. 206 do Código Civil de 1916: “Na dúvida entre as provas pró e contra, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo matrimônio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados. (BRASIL (2003), art. 206 do CC (1916).

⁵⁹ A posse de estado foi incorporada ao direito brasileiro, por influência do Direito Romano que também influenciou os Códigos Francês, Português e Italiano. Pelo Direito Romano, para reconhecimento da posse de estado, necessários eram três requisitos: *nomen*, *tractatus* e *fama*, de acordo com GLANZ, 2005, p. 165. Esses ainda são os requisitos examinados pelos Tribunais para reconhecimento de uniões estáveis (pela posse do estado de casados) ou da parentalidade socioafetiva (pela posse do estado de filho).

⁶⁰ Dois fatores são apontados por Lôbo (2011, p. 20) para o desaparecimento da família patriarcal: a emancipação social, econômica e jurídica da mulher e a urbanização ocorridas no século XX.

na. Desse modo, supera-se o modelo clássico que entendia a família como ente a ser defendido e a família se encaminha para uma nova visão resultante da miscigenação do público e o privado, que só existe em função dos indivíduos que a compõem.

Com base nesses valores, o conceito de família baseado na interpretação do texto constitucional “vai dando espaço para que a família, nessa concepção contemporânea do direito, se inclua como ente aberto e plural”, nas palavras de Fachin (2010, p. 24), para quem a família não exclusivamente matrimonializada assume caráter eudemonista e caminha para a igualdade, numa concepção sociológica aberta e plural.

Percebe-se, diante das inovações trazidas pela Carta Constitucional, que “O desenho familiar não tem mais uma única configuração. A família se torna plural”, de acordo com Fachin (2010, p. 36). E em razão da pluralidade pela qual se manifestam as relações ou configurações familiares não é prudente buscar a formação de conceitos que possam “enjaular, em *numerus clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família”, nas letras de Fachin (2010, p. 41).

Na formação histórica e social da família não existe um processo de anulação das diferenças que possa promover a homogeneização das configurações familiares. Ao contrário: “qualquer que seja a formação histórico-social considerada, a família se apresenta sempre como uma relação, que mediando as ligações entre os indivíduos, faz sempre diferença e constitui diversidades sociais”, na análise de Donati (2008, p.39)

A pluralidade de configurações familiares representa um problema, no que diz respeito à identidade específica da família, que a Sociologia busca enfrentar. “A identidade da família se perde em dinâmicas que afundam na zona latente do social, lá onde todo tipo de relação íntima – só pelo fato de ser íntima e ter certa continuidade no tempo- pede para ser reconhecida como “familiar””, na expressão de Donati (p. 59).

Em suas pesquisas, Féres-Carneiro e Magalhães (2011, p. 119) identificam oito arranjos conjugais entre homens e mulheres hetero e homossexuais, que dão origem a configurações familiares não previstas expressamente no ordenamento jurídico nacional: “‘ficar com’, namoro, noivado, união estável, primeiro casamento, recasamento, casamento em casas separadas e poliamor”.

No campo do Direito, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 132) defendem a inexistência de família na relação entre pessoas conhecida como “ficar com”⁶¹, assim como no na-

⁶¹ Os autores não se arriscam a apresentar um conceito para a “ficada”, tratando-a como um “tipo de união passageira, de cunho afetivo ou meramente sexual” mas, asseguram que essas relações não apresentam “natureza propriamente familiar”.

moro⁶². O cerne da discussão diz respeito à fragilidade dos laços que se estabelecem nessas relações, especialmente, na primeira, marcada pela fugacidade, transitoriedade e precariedade de afeto. Entretanto, reconhecem nelas eventuais efeitos jurídicos, na medida em que podem servir como indício de presunção de paternidade, conforme julgado apresentado pelos autores do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 557.365/RO, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7-4-2005, DJ 3-10-2005, p. 242, 3ª Turma).

O noivado, conhecido pelo Código Civil como esponsais, em que “homem e mulher firmam a promessa recíproca de unirem-se, por meio do casamento, formando uma comunhão familiar de vida”, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 134), se distingue da ficada e do namoro e a esta relação atribuem-se efeitos jurídicos no campo do Direito de Família, como, por exemplo, a responsabilidade civil extracontratual, por sua ruptura inesperada e sem fundamento.

As pesquisas desenvolvidas por Féres-Carneiro, aqui apresentadas para identificação das variadas configurações familiares possíveis, recebem a contribuição de Lôbo (2011, p. 78-79), que apresenta o perfil das famílias brasileiras contemporâneas traçado a partir de onze unidades de convivência identificadas pela PNAD, entre outras, a saber⁶³:

- a) Homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
- b) Homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos;
- c) Homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);

⁶² O namoro, “não se notabiliza simplesmente pelo envolvimento sexual, mas também pelo comprometimento afetivo”, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 132). Os autores, também não reconhecem, nesse tipo de relacionamento afetivo, “roupagem jurídica familiar” e apontam para a posição jurisprudencial atual que não reconhece a união estável ou mesmo o dano moral pela ruptura dessa relação afetiva, “dada a sua tessitura instável, mais pertinente à Moral do que propriamente ao Direito”.

⁶³ Lôbo (2011, p. 80) destaca que algumas normas jurídicas atribuem a outros grupos sociais a qualificação de entidade familiar para fins legais específicos. São elas: Lei n. 8.009/90 (impenhorabilidade do bem de família); Lei n. 8.245/91 (Locação de imóveis urbanos, no que diz respeito à proteção da família, incluindo todos os residentes que vivam na dependência econômica do locatário); Constituição Federal (arts. 183 e 191 que tratam da usucapião especial em benefício do grupo familiar que possua o imóvel urbano ou rural como moradia); Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha (coíbe a violência doméstica no âmbito da família, considerada como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”). Já há quem defenda que os animais de estimação também integram a família, como destaca a revista Exame, nos termos seguintes: “Foi-se o tempo em que os animais de estimação eram criados no quintal de casa, comiam restos do almoço e tomavam banho de mangueira com água fria. À noite, os cães trabalhavam como guardas e os gatos caçavam os ratos. Quando muito, bicho de quatro patas era presente para criança. Não é mais assim. Bicho de estimação é gente da família. A pesquisa da Consumoteca, feita em parceria com Exame PME, confirmou a impressão de muitas pessoas — os donos de cães, gatos, peixes e animais exóticos, como chinchilas e calopsitas, aquele passarinho com um imponente topete colorido que fica subindo pelo corpo das pessoas e aprende a falar e dar beijo, tratam seus bichos (quase) como filhos”, diz a reportagem publicada em 16.01.2014.

- d) Homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável);
- e) Pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);
- f) Pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental);
- g) União de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
- h) Pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) Uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) Uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- k) Comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação.

De acordo com Lôbo (2011, p.79-80), há três características comuns capazes de atribuir a configuração de entidade familiar a estas unidades de convivência: a afetividade, a estabilidade e a publicidade ou ostensividade da convivência. Contudo, a literatura jurídica predominante interpreta o art. 226 da Constituição Federal no sentido de tutelar apenas as unidades de convivência descritas nas letras “a” a “f” (o casamento, a união estável e a entidade monoparental), explicitamente previstos na norma constitucional, de acordo com Lôbo (2011, p. 80). Para essa corrente doutrinária, a enumeração da Constituição Federal é *numerus clausus* e funda-se na primazia do casamento, devendo os demais tipos de entidades familiares receber proteção jurídica limitada.

Vale salientar que esse entendimento não é pacífico. Há discussões acerca da atribuição da qualidade de entidade familiar àquelas previstas entre as letras “g” e “k” considerando a tese da igualdade entre os tipos de entidades familiares, como decorrência natural do pluralismo amparado pela Constituição Federal. Levando em consideração a dignidade da pessoa humana e a liberdade de escolha da forma de constituição da entidade familiar que melhor corresponda ao projeto de felicidade de seus membros, Lôbo (2011, p. 83) entende que a interpretação que compreende a enumeração em *numerus clausus* não se sustenta, pelos seguintes argumentos:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art.226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais en-

tidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.

Sem a intenção de ampliar a análise para os critérios de interpretação aplicáveis às normas jurídicas ditas de inclusão e de exclusão das entidades familiares do rol do art. 226 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tem afirmado o conceito amplo e inclusivo de entidade familiar para dar efetividade à aplicação de leis que tutelam interesses pessoais decorrentes de relações familiares. Uma dessas decisões é apresentada por Glanz (2005, p. 159) como exemplo da tendência interpretativa do STJ e refere-se a uma decisão em que este tribunal decidiu por incluir no conceito de entidade familiar os solteiros para garantia da impenhorabilidade do bem de família. Em suas palavras: “São as famílias unipessoais formadas por uma só pessoa, solteira, separada, divorciada ou viúva, mas que mantém um lar só seu”.

Com o mesmo fundamento e para o mesmo fim (garantir a impenhorabilidade de imóvel como bem de família), o STJ reconheceu como entidade familiar a comunidade constituída entre irmãos solteiros⁶⁴. A controvertida situação da família concubinária também foi enfrentada pelo STJ, no REsp 100.888 que garantiu à concubina o direito ao seguro de vida contratado por homem casado, em favor dela. Segundo Nicolau Júnior (2008, p. 106):

Configura-se, dessa forma, a crise consubstanciada exatamente no fato de que os modelos existentes já não atendem às necessidades jurídicas, filosóficas e ideológicas dos tempos atuais, mas, por outro lado, ainda não se dispõe de outra configuração consagrada e aceita socialmente.

No terreno da Sociologia, a crise em relação aos modelos familiares se concentra no reconhecimento indiscriminado de configurações conjugais ou afetivas às quais se atribuem a qualificação de familiares, em função de o senso comum orientar para a pluralização das entidades familiares. Para Donati (2008, p. 67), a pluralidade de formas que adquiriu, a família não significa legitimar todos os modos de convivência. Em suas palavras:

Parece que falar de pluralização da família equivale a legitimar a ideia segundo a qual deveríamos considerar família todos os modos de convivência (o conceito de casal torna-se evanescente), com ou sem matrimônio, entre sexos diferentes ou iguais, com dois genitores ou um só (e genitores naturais, ou somente legais), até todas as formas de “arranjos de vida” (*living arran-*

⁶⁴ REsp. 159.851. Lôbo, (2011, p.88).

gements) virtualmente possíveis, sob a única condição de que os indivíduos envolvidos sintam-se ligados por relações afetivas e de cuidados recíprocos – particularmente intensas, independentemente do tempo de duração e das modalidades destas relações.

No intuito de buscar separar o que é família (ou entidades familiares) dos arranjos ou modos de convivência, a “teoria da morfogênese familiar” aborda a compreensão do que dá sentido à família, o que faz a identificação familiar. Por essa teoria, as relações sociais estão sujeitas a processos de mudanças rápidos e profundos e a família deve então ser compreendida como morfogênese social, ou seja, a gênese de novas formas de família(s). A morfogênese requer um padrão estrutural sobre o qual se constrói a gênese de novas estruturas familiares, que é chamada de estrutura latente e, no caso da família, está relacionada à tríade pai-mãe-filho, como observa Donati (2008, p. 78). O autor propõe chamar de “genoma familiar”, em analogia ao genoma biológico, a estrutura latente que compõe o núcleo constitutivo da família, e que confere identidade à relação familiar. Em sua percepção, quatro elementos compõem o genoma familiar e estão interligados: o dom⁶⁵, a reciprocidade, a generatividade e a sexualidade. A conjugação desses quatro elementos é que daria à família seu sentido próprio. De acordo com suas palavras (p. 80):

Nessa partilha / presença recíproca, feita de referências / significados e de conexões / vínculos / laços, emerge aquela relação de pertença que chamamos “a família”. A ligação de casal e a de genitor /filho são duas relações diferentes que geram uma outra relação, a estrutura relacional que os conecta; nesta última repousa aquela realidade – em sentido próprio e pleno – que chamamos família.

A combinação dos quatro elementos que compõem a família podem se dissociar dando vida a várias outras combinações de relações familiares, que se formam como “variações sobre o tema”, formando o pluralismo familiar da sociedade contemporânea. Contudo, os vínculos familiares se distinguem daqueles não familiares. Os primeiros se caracterizam pela “renegociação das relações de troca entre os sexos e entre as gerações”. São relações marcadas pelos quatro elementos do genoma familiar. Os vínculos não familiares “emergem como conexões típicas de estilos de vida caracterizados por orientações à individualização e à privatização das ligações interpessoais, como âmbito primário de uma vida só metaforicamente familiar”, nas letras de Donati (2008, p.81).

Considerando os contornos incertos da família, Belardinelli (2007) apresenta uma dúvida: será que existe um conceito indiferenciado de família ou há um critério para se distin-

⁶⁵ O dom se traduz pela doação recíproca entre duas pessoas, com base no amor. (Donati, 2008,p.79).

guir o que é família daquilo que não é? Há quem sustente que o que distingue a família de outras formas de relações sociais é “o modo específico de viver a diferença de gênero, que implica sexualidade, e as relações entre as gerações, que implicam parentesco”, como pensa Petrini (2004, p. 49).

O que distingue a família de um mero grupo e a transforma em uma instituição social “é o reconhecimento de reciprocidade entre os sexos e entre as gerações”, nas palavras de Bertocchi (2006, p.50). Se isso não acontece, o relacionamento permanece na fase de coabitação simples, sem laços de reciprocidade. Conforme o autor (p. 142):

cio che transformo il mero gruppo in una istituzione sociale è il riconoscimento della reciprocità fra i sessi e fra le generazioni non avviene, le relazioni rimangono allo stadio di semplice “convivenza”, senza vincoli di reciprocità. I confini della famiglia non sono barriere né di tipo biologico né tanto materiale, ma sono modalità culturali di considerare le relazioni sociali attese come legittime e stabili fra i sessi e fra le generazioni, collegate da una discendenza a cui possono aggiungersi relazioni di parentela e/o di servizio rispetto alle funzioni che sono inerenti alle prime⁶⁶.

A identificação proposta por Lévi-Strauss (2011) de três tipos de relações pessoais configuradoras da família ajuda na difícil tarefa de identificar a existência de família em um relacionamento entre pessoas. O primeiro tipo de relação capaz de configurar família é a “aliança”, que representa a união entre duas pessoas hetero ou homossexuais, com ou sem filhos resultantes dessa relação. O segundo é a filiação, que representa o vínculo consanguíneo, adotivo ou socioafetivo entre pais e filhos havidos de união matrimonializada ou não. O terceiro é a consanguinidade capaz de unir irmãos, tios e sobrinhos e primos numa relação de família. Discorre o autor (p. 34):

O que diferencia verdadeiramente o mundo humano do mundo animal é que na humanidade uma família não poderia existir sem existir a sociedade, isto é, uma pluralidade de famílias dispostas a reconhecer que existem outros laços para além dos consanguíneos e que o processo natural de descendência só pode levar-se a cabo através do processo social da afinidade.

⁶⁶ “o mero grupo transforma em uma instituição social é o reconhecimento de reciprocidade entre os sexos e entre as gerações. Se isso não acontece, as relações permanecem na fase de “coabitação” simples, sem laços de reciprocidade. Os limites da família não são barreiras biológicas, nem materiais, mas formas culturais de considerar as relações sociais como expectativas legítimas e estáveis entre os sexos e entre gerações, ligadas por uma linhagem a que podem ser adicionados relações de parentesco e / ou serviço quando comparado com funções que são inerentes ao primeiro”. Tradução nossa.

A aliança é concebida por Lévi-Strauss (p.68) como “a relação social, situada além do vínculo biológico, implicado pelos termos “pai”, “mãe”, “filho”, “filha”, “irmão”, “irmã” que desempenha o papel determinante”. Para ele (2011, p. 68), a aliança:

É tão imperiosamente exigida pela natureza quanto a filiação, mas não da mesma maneira nem na mesma medida. Porque, no primeiro caso, só é exigido o fato da aliança, mas – nos limites específicos – não sua determinação. A natureza atribui a cada indivíduo determinantes veiculados por seus pais efetivos, mas não decide em nada quais serão esses pais. A hereditariedade, portanto, considerada do ponto de vista da natureza, é duplamente necessária, primeiramente como lei – não há geração espontânea -, em seguida como especificação da lei, porque a natureza não diz somente que é preciso ter pais, mas também que tu serás semelhante a eles. Ao contrário, naquilo que se refere à aliança, a natureza contenta-se em afirmar a lei, sendo indiferente ao conteúdo dela.

A Antropologia deu um passo decisivo para a desnaturalização da família identificada até então como biológica, ao deslocar a atenção da própria família como unidade, dirigindo-a para o sistema de parentesco. Com isso, o foco principal dos estudos antropológicos na família deixou de ser a unidade mínima definida pelas três relações básicas do parentesco (aliança, filiação e consanguinidade) e passou a se centrar na família como um sistema, como acentua o autor (p. 45).

Como contribuição jurídica à questão socioantropológica enfrentada em torno da identificação do que é família das relações que a ela se assemelham, mas não podem ser reconhecidas como tal, a Carta Magna de 1988 reconheceu “como uma das marcas – talvez a mais importante – da família moderna o *afeto* (*affectio familiae*), sem o qual ela realmente não existe, mesmo que formalmente persista um vínculo jurídico ligando determinadas pessoas”, nas letras de Alves (2010, p.137).

O Código Civil de 2002 reconheceu outra forma de vinculação entre as pessoas capazes de fazer estabelecer uma relação de parentesco entre elas. Além do vínculo de sangue, da afinidade e da adoção, o art. 1.593 do Código estabelece que o parentesco pode resultar de outra origem⁶⁷, conforme dispõe o art. 1.593 do Código Civil vigente. Alguns intérpretes do Direito (autores e julgadores) entendem que a expressão “outra origem” contempla as relações de afetividade estabelecidas entre as pessoas capazes, pela sua intensidade e notoriedade, de criar relações de parentesco socioafetivo⁶⁸.

⁶⁷ De acordo com o art. 1.593 do Código Civil, “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

⁶⁸ Outro ponto de vista é defendido por Rizzardo (2009, p. 403), para quem, “o único e real parentesco que existe é o consanguíneo ou natural, em face de aspectos genéticos comuns que portam as pessoas”. Para ele, portanto,

Embora fundada em bases “aparentemente tão frágeis”, na expressão de Lôbo (2011, p. 17), a família contemporânea recebeu proteção do Estado⁶⁹, no Brasil e na maioria dos países, por força da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de novembro de 1948, assumindo essa proteção, a condição de princípio jurídico oponível ao próprio Estado, como destaca Lôbo (2011, p. 17). Por outro lado, na análise de Pereira (2011, p. 33), observa-se maior intervenção do Estado, “na medida em que os poderes privados declinam”.

Identificada como unidade social pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ONU/1989 (Decreto nº. 99.710/1990) que a considera “núcleo fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular, as crianças” ainda há discussões acerca da natureza jurídica da família e nem mesmo a concepção da doutrina majoritária que atribui à família, a natureza de instituto⁷⁰ está livre de polêmica, na análise de Venosa (2013, p. 8).

Nesse cenário em que a família assume variadas formas de configuração, sem que se possa compará-la ao modelo familiar anterior, para considerá-la melhor ou pior, sem molduras a delimitar-lhe o contorno, as famílias neoconfiguradas surgem no contexto jurídico, à medida em que se reconhecem relações de parentalidade entre seus membros, sem a existência de vínculo biológico entre eles. A afetividade que marca a família contemporânea e lhe serve de fundamento, aliada às outras duas características (a estabilidade e a publicidade ou ostensividade da convivência) permitem avançar fronteiras para o reconhecimento da filiação-socioafetiva e da multiparentalidade, no contexto destas entidades familiares, que serão examinadas nos capítulos seguintes.

Não se pode afirmar que, com as alterações paradigmáticas sentidas nas relações familiares e em suas configurações plurais, a família perdeu funções (econômica, política, religiosa, procracional, por exemplo) ao longo da história. Embora a família já não mais exerça com a mesma força de antes essas funções, elas não foram perdidas, mas resignificadas, à medida que a família adquire e assume outras funções, como a promoção da felicidade de seus membros, na visão de Donati (2008, p. 59).

apenas as pessoas com laços de consanguinidade são parentes entre si. Em seu entendimento, “somente por impropriedade de linguagem se pode atribuir tal designação a outras pessoas, como o cônjuge e os afins”.

⁶⁹ De acordo com Lôbo (2011, p. 84) “a proteção da família é mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana”.

⁷⁰ “As instituições são um universo de normas de direito organizadas sistematicamente para regular direitos e deveres de determinado fenômeno ou esfera social” (VENOSA, 2013, p.8).

Nem mesmo o pluralismo das formas com que se manifesta a família é capaz de pôr em crise a identidade familiar, uma vez presentes os elementos sociais e jurídicos que indicam a identificação do genoma familiar a partir do qual se pode reconhecer a família.

A família permanece como gênese das organizações, estruturas ou entidades familiares que apontam para o pluralismo de formas de expressão de um instituto jurídico singular, que se mantém vivo e importante para a formação das pessoas que o integram e da sociedade para a qual se expande.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 39), “família é gênero, que comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do Direito”. Em defesa ao uso da palavra no singular defende que “assim como não podemos pluralizar ‘o amor’, por sua intrínseca plenitude, o mesmo se dá, em nosso sentir, com a noção de ‘família’”. Na pluralidade das formas de expressão e manifestação ou na singularidade da importância do papel que desempenha para a sociedade e para a formação dos indivíduos como homens e cidadãos, “o estudo da família processa-se atualmente sob o signo da perplexidade, ante as surpreendentes transformações por que tem passado a estrutura familiar na contemporaneidade”, segundo Nicolau Júnior (2009, p.106).

Na linguagem do senso comum, não se realiza uma distinção semântica entre o vocábulo “famílias”, no plural e “família”, no singular, nem com os adjetivos “familiar, familiares” (acompanhando o substantivo em sua forma singular ou plural). É comum o uso de jogos linguísticos que aplicam figuras retóricas, como a analogia⁷¹ e a metáfora⁷².

A analogia é usada, na linguagem leiga, exemplificativamente, para se referir à convivência *more uxório*, por estar baseada na semelhança do casamento. A metáfora, por sua vez, é mais usada na linguagem do senso comum, quando se refere a um grupo de pessoas ligadas por um profundo afeto ou vínculos de solidariedade, como ocorre ao se fazer referência às comunidades religiosas ou mesmo à convivência entre os empregados de uma empresa, que costuma ser descrita, metaforicamente, como “uma família”, embora, em nenhuma dessas situações, exista família em sentido próprio.

Distinguir o que é família das relações apenas metaforicamente familiares não é tarefa fácil no contexto contemporâneo da pluralidade de formas com que a família se manifesta. Caberá à jurisprudência enfrentar o desafio de interpretar a legislação e aplicá-la ao caso con-

⁷¹ Também chamada de Comparação, pela gramática, “consiste em estabelecer entre dois seres ou fatos uma relação de semelhança, atribuindo a um deles característica(s) presente(s) no outro” (PATROCÍNIO, 2011, p. 65).

⁷² A metáfora é definida pela gramática como o “emprego de uma palavra com sentido diferente do seu sentido usual, baseado em uma comparação implícita (subentendida) entre dois elementos” (PATROCÍNIO, 2011, p. 66).

creto, desprovida de preconceitos e com a caneta carregada com a tinta dos princípios constitucionais que refletem os valores éticos da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da afetividade que fundamentam a família como fato social e jurídico.

Qualquer que seja a forma ou configuração que se apresente, a família contemporânea ressignifica seu papel, transforma-se na sua estrutura, remodela-se em seus valores, e ganha sustentabilidade em princípios éticos e morais alçados à categoria de princípios fundamentais que vinculam a interpretação hermenêutica das normas jurídicas para deixá-las adstri-tas à igualdade, à liberdade, à dignidade da pessoa humana, à solidariedade e à afetividade.

Esses valores que permeiam a noção de família na contemporaneidade incidem sobre as relações que se estabelecem no interior da família, a exemplo das relações parentais (formadas, reciprocamente, entre pais e filhos), destacando-se, neste trabalho de pesquisa, as relações de parentalidade socioafetiva desenvolvidas e cultivadas no seio das famílias neoconfiguradas.

1.2 As famílias neoconfiguradas no direito brasileiro

A família neoconfigurada, denominada por Grisardi Filho (2003, p. 257) como família reconstituída, é por ele conceituada como “a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm filhos de um vínculo anterior”. Fruto do divórcio⁷³, do rompimento de uma união estável, da monoparentalidade ou da viuvez, a família reconfigurada, na percepção de Bunazar (2010), é fato social que permite que uma mesma pessoa participe na constituição de mais de um núcleo familiar, simultaneamente.

Os primeiros estudos sobre as famílias neoconfiguradas foram iniciados na década de 1970, nos Estados Unidos. No Brasil, somente a partir da década de 1980 os trabalhos sobre essa temática foram iniciados, em número reduzido, no que diz respeito ao recasamento e às famílias neoconfiguradas, embora se reconheça o empenho dos pesquisadores nas áreas psicossociais e de saúde em relação a temas como: conjugalidade, consequências do recasamento no desenvolvimento dos filhos, recasamento e saúde e modelos de intervenção, dentre outros, de acordo com Silva, Trindade e Silva Jr. (2012).

É por meio da edificação de nova configuração familiar envolvendo famílias monoparentais que ela se forma e se concretiza como entidade familiar, “cada vez mais presente

⁷³ A palavra divórcio vem do latim *divortium* (que quer dizer separação) derivada de *divertere*, que significa “tomar caminhos opostos, afastar-se”, na lição de Cano, Gabarra; Moré; Crepaldi (2009, p. 215)

num cotidiano onde os desenlaces conjugais deixaram de ser uma exceção”, como constata Valadares (2010, p. 116).

Definida como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁷⁴”, pelo art. 226, § 4º da Constituição Federal, a família monoparental se constitui de forma involuntária, por meio do rompimento de uma relação conjugal anterior (separação, divórcio ou viuvez) ou voluntariamente, como ocorre nas hipóteses de adoção por pessoas solteiras ou nas produções independentes, pela análise de Valadares (2010, p. 117).

Entre os pesquisadores várias denominações foram adotadas. Os termos família intacta, original, nuclear ou de primeiro casamento são usados para nomear as famílias que constituíram o primeiro casamento ou união de um ou de ambos os cônjuges. Por seu turno, as famílias neoconfiguradas são adjetivadas como recasadas, reconstituídas, recompostas, recombinações, tentaculares, mosaico, mista, misturada, refeita, reorganizadas, reestruturadas, transformadas, rearmadas, agrupadas, combinadas, sequenciais, em rede, dentre outras, como se observa pela revisão de literatura.

Para nomear as famílias em que os filhos são fruto de diversos leitos, Roudinesco (2003, p.155) elegeu as denominações “coparentais”, “biparentais”, “multiparentais” ou “pluriparentais”, por refletirem as alterações na forma de se pensar a família, na passagem do biologismo à cultura; do verticalismo dos laços de parentesco à horizontalidade das relações múltiplas de parentalidade. Nas palavras da autora:

De agora em diante esta não será mais vista apenas como uma estrutura do parentesco que restaura a autoridade derrotada do pai, ou sintetizando a passagem da natureza à cultura através dos interditos e das funções simbólicas, mas como um lugar de poder descentralizado e de múltiplas aparências. Em lugar da definição de uma essência espiritual, biológica ou antropológica da família, fundada no gênero e no sexo ou nas leis do parentesco, e em lugar daquela, existencial, induzida pelo meio edípiano, foi instituída outra, horizontal e múltipla, inventada pelo individualismo moderno, e logo dissecada pelo discurso dos especialistas.

Na língua inglesa, essa estrutura familiar é denominada *step family* ou *blended family*, sem expressão correspondente na língua nacional. Na língua francesa, adotou-se a nomenclatura *famille recomposée* (família recomposta), segundo Gouveia (2010, p. 46).

O prefixo “re”, de acordo com o gramático Patrocínio (2011, 185), dá ao substantivo que o acompanha o sentido de “repetição, movimento para trás”, de reformulação e de recriação, e faz recair a ênfase na família nuclear, como observam Silva, Trindade e Silva Jr (2012,

⁷⁴ O ECA também a define, quase nos mesmos termos, em seu art. 25, ao defini-la como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

p. 436). Dessa forma, as denominações recasadas, reconstituídas, reconstruídas⁷⁵ e recompostas, assim como todas as outras que se formam como prefixo “re” inferem a ideia de reorganização de uma configuração familiar desfeita, pelos membros que a integravam anteriormente.

Tome-se o exemplo de um casal que se divorciou e depois de algum tempo, reconciliados, casaram-se novamente. Entende-se, então, que essa seria uma família recasada, recomposta ou reconstituída. Da mesma forma, poder-se-ia usar qualquer uma das demais expressões trazidas no parágrafo anterior, caso a reconciliação se desse sem casamento, mas pela união estável entre os conviventes.

A Argentina adotou a nomenclatura família *ensamblada*, também usada no Brasil, que vem de *ensamblar* que significa, em língua portuguesa, o “ato de unir ou ajustar peças de madeira. Entalhar⁷⁶”. Gouveia (2010, p. 45) acredita que a expressão *ensamblada* decorre de uma metáfora com a linguagem musical que se popularizou na literatura jurídica argentina. Segundo ele,

A denominação ‘famílias ensambladas’ provém da linguagem musical. Os ‘ensambles’ são obras musicais escritas para um grupo de solistas e a palavra não apenas se refere ao conjunto musical como também descreve o grau de coerência com a execução musical, e o resultado do esforço de todos, proporciona algo harmônico e gratificante tanto para os músicos como para o auditório.

Tanto a metáfora com a obra musical destinada aos solistas como o significado da palavra no dicionário remetem ao sentido de união de peças, de esforço comum, de ajustes e de coerência para algo harmônico e gratificante para todos. Esse talvez seja o objetivo da família neoconfigurada: buscar unir, em harmonia, famílias com características e modo de relação diferentes. A expressão funda-se nos objetivos das famílias neoconfiguradas que se confundem com os objetivos de outras famílias como as homoparentais ou adotivas, por exemplo.

Da mesma forma, outras denominações até então aplicadas não são capazes de trazer uma significação própria para as famílias neoconfiguradas porque confundem essa configuração familiar com um arranjo de peças isoladas (como sugere o termo família mosaico) ou ainda com aquela que *estende seus tentáculos*⁷⁷ para abarcar outros entes além daqueles que

⁷⁵ GRISSARDI FILHO (2003, p. 261) adota a expressão majoritariamente usada pela literatura especializada, por entender que ela se refere à constituição de uma família, ou do estado de casado. Considero, todavia, a expressão inadequada porque pode sugerir a reconstituição da mesma família anteriormente desfeita.

⁷⁶ De acordo com o dicionário. (FERREIRA, 1999, s/p).

⁷⁷ Figura de linguagem usada para aproximar-se da família tentacular.

compõem o núcleo familiar, como por exemplo, avós, netos (as), sobrinhos (as), tios (as), confundindo-a, dessa forma, com a família extensa⁷⁸ ou extensiva.

Enfrentando a imprecisão denominativa para essas famílias sugere-se, aqui neste trabalho, a qualificação “*neoconfigurada*”, considerando-a a mais adequada para denominar essas famílias, porque expressa uma nova configuração familiar diferente da anterior. A escolha dessa nomenclatura encontra substrato no dicionário que confere à palavra *configuração* o significado de “forma exterior de um corpo; aspecto, figura, feitio⁷⁹”. O prefixo “neo” atribui o sentido de novo à palavra que integra⁸⁰. Portanto, o adjetivo “*neoconfigurada*” nos remete à compreensão de um novo *status* familiar, com uma nova configuração (ou seja, com uma nova forma exterior).

A diversidade de denominações indica a dificuldade de encontrar um nome próprio que designe a família neoconfigurada. A mesma dificuldade encontrada para nomear a família decorrente da união de pessoas (ambas ou apenas uma delas), que passaram pelo divórcio, separação ou viuvez, com filhos de uniões anteriores, de um ou de ambos, os cônjuges ou companheiros, se manifesta na designação das pessoas que integram o novo núcleo familiar criado por essa união. Padrasto, madrasta, enteado e enteada são as expressões usadas para o marido da mãe, a mulher do pai, o filho da esposa ou a filha do marido. Entretanto, para Grisardi Filho (2003, p.262), essas são expressões criticadas pelos autores, porque usadas no imaginário social para designar o cônjuge ou companheiro de alguém em estado de viuvez e por refletirem, em caráter pejorativo, a crueldade retratada por personagens de contos de fadas, da literatura infantil.

A Língua Portuguesa não dispõe de palavra específica para nomear os membros das famílias neoconfiguradas. “Sequer existem nomes que identifiquem este caleidoscópio familiar”, nas palavras de Dias (2015, p. 141). A literatura apresenta expressões como pais/mães sociológicos (as), pais/mães sociais, pais/mães políticos (as), pais/mães de acolhida, pai/mãe/filho afim. Outras expressões criativas para nomear padrastos/madrastas e enteados/enteadas, identificadas na prática da advocacia na área de família, ou mesmo empiricamente, no convívio social, são encontradas como: “paidrasto”, “mãedrastra”, “pai/mãe/filho (a)

⁷⁸ A família extensa ou ampliada é conceituada pelo parágrafo único do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente como “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

⁷⁹ ROCHA; PIRES, 2005, p.187.

⁸⁰ ROCHA; PIRES, 2005, p. 491.

emprestado (a)”, “pai/mãe/filho (a) do coração”, “pai/mãe/filho (a) postiço (a)”, “segundo pai/segunda mãe”, “quase filho (a) pai/mãe”⁸¹.

Dentre as denominações apresentadas, as expressões pai/mãe/filho afim parecem adequadas, à primeira vista, por se reconhecer nelas pertinência em relação ao conceito de parentesco por afinidade, estabelecido pela lei⁸², entre as pessoas que integram as famílias dos cônjuges ou companheiros entre si, a exemplo das sogras, sogros, genros, noras e cunhados, unidos, todos eles, pelo parentesco por afinidade⁸³. De acordo com Matos (2013, p. 322):

Dessa forma é que rompidas as primeiras núpcias e advindo novo casamento ou mesmo união estável, e identificando-se por elementos objetivos (conduta e comportamentos) a existência do afeto entre os componentes da nova entidade familiar a conjugar novas relações de parentalidade, ter-se-á que os filhos originários da primeira relação ganham, por assim dizer, pais *afins* ou mães *afins*, bem como irmãos *afetivos* ou por afinidade, da mesma forma que os companheiros passam a ter novos parentes por afinidade, limitando-se, porém, aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro (art. 1.593, §1º, do CC.2002).

Contudo, esta não parece ser a denominação mais adequada quando reconhecida a multiparentalidade, hipótese em que pais biológicos e padrastos e madrastas compartilham a parentalidade. Encontrar uma denominação para as famílias neoconfiguradas que retrate sua “complexidade estrutural”, nas palavras de Costa; Dias (2012, p. 73), por conta da complexidade das relações afetivas que nela se estabelecem, ou que corresponda à diversidade de possíveis combinações entre seus elementos permanece como um desafio, assim apresentado por Lobo (1995, p. 74):

A mãe com filhos à sua guarda de um casamento ou união anterior (o caso, sem dúvida, mais frequente); a mãe e o pai com os filhos de ambos à sua guarda; o pai com filhos do casamento anterior à sua guarda. Pode ainda dar-se o caso de haver guardas conjuntas entre os dois pais biológicos das crianças e algumas delas viverem, portanto, ora com um, ora com outro, durante períodos alternados.

⁸¹ Algumas dessas expressões foram percebidas empiricamente, na vivência da advocacia na área de família, da profissional que desenvolve este estudo, assim como mencionadas por Féres-Carneiro; Magalhães (2011, p. 124) como encontradas na clínica, que desenvolvem profissionalmente, com famílias recasadas

⁸² De acordo com o art. 1.595, §§1º e 2º do Código Civil “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”.

⁸³ O parentesco por afinidade se estabelece por meio do casamento ou da união estável entre um casal, fazendo nascer um vínculo jurídico que une cada um dos cônjuges ou companheiros aos parentes consanguíneos do outro. “As núpcias geram um sistema de aliança entre duas famílias, onde um dos esposos se enlaça familiarmente com os consanguíneos de seu cônjuge com o mesmo grau de proximidade” (MADALENO, 2009, p.360).

Seja qual for a combinação entre os membros da família neoconfigurada, a dinâmica familiar nesses casos é marcada pelo fato de que “homens e mulheres necessitam conciliar uma gama de relações potencialmente conflituosas: prole de uniões distintas, a nova relação conjugal e a permanência do contato com o(a) ex-parceiro(a) em função dos filhos em comum”, segundo Costa; Dias (2012, p. 73). Destaca-se a tendência à repetição de antigos padrões relacionais, trazidos dos relacionamentos anteriores, até a criação progressiva de uma nova identidade familiar⁸⁴, tomando a família nuclear como modelo. Todos esses fatores fazem com que essa estrutura familiar seja concebida como complexa, porque, conforme Féres-Carneiro; Magalhães (2011, p.123):

composta, inicialmente, por pais biológicos e posteriormente integrada e reintegrada por novos cônjuges e seus filhos de outras uniões, assim como os meio-irmãos, quase-irmãos e irmãs, avós legais ou eletivos, tecendo uma vasta rede de relações entre adultos e crianças que muitas vezes, não podem ser identificadas ou nomeadas.

As famílias neoconfiguradas não tinham visibilidade nos dados estatísticos apresentados pelo IBGE até 2010, conforme já analisado na apresentação deste trabalho. Tomando por base os dados do Registro Civil de 2013, publicados em 2014, as estatísticas apontam a crescente união entre indivíduos divorciados e pessoas solteiras, por meio do casamento. Mas, não registram as uniões informais ou estáveis, o que compromete a compreensão exata acerca da quantidade de pessoas que reestruturam novas famílias após o divórcio, a viuvez ou a separação e a representatividade dessas famílias, em termos percentuais, na sociedade brasileira. De acordo com Grisardi Filho (2003, p. 264), “conjecturas demográficas estimavam que na virada do século o número de crianças que se criam em famílias reconstituídas é superior aos que se criariam em famílias de primeiras núpcias” e aponta para o fato de que os dados apresentados pelas estatísticas do IBGE podem não representar a magnitude dessas famílias. Ainda, em suas palavras:

No Brasil, o censo não se organizou para obter tais informações, mas é certo que há uma tendência reducionista de casamentos e, em sentido inverso, de um aumento do número de divórcios, formando um elevado contingente de

⁸⁴ De acordo com Lobo (1995, p. 75) os estudos dos sociólogos indicam o tempo de cinco anos como referência para a construção da identidade familiar própria e para a consolidação de uma família de recasados com crianças de um casamento anterior. “Se um casamento em famílias neoconfiguradas ultrapassar cinco anos, tem tantas possibilidades de terminar em divórcio como os primeiros casamentos”, analisa, a autora.

famílias monoparentais, que podem vir a se reconstituir. Descabe, assim, ignorar a presença e a magnitude destas famílias.

Embora o IBGE não se dedique diretamente à pesquisa das famílias neoconfiguradas, o crescimento da representatividade dessa entidade familiar em nossa sociedade pode ser percebido, por indícios⁸⁵. O primeiro indício diz respeito à quantidade de divórcios, com informações obtidas a partir de 1984, quando as Estatísticas do Registro Civil passaram a ser divulgadas.

Gráfico 2 Taxas Gerais de Divórcios Brasil – 2000 – 2013



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2000-2013 e Projeção da População por Sexo e Idade para o Período 2000-2030 - Revisão 2013.

Nota: Exclui-se a população de menos de 20 anos e sem declaração de idade.

Pelo gráfico, percebe-se que a quantidade de divórcios permanecia estabilizada até 2009. Observa-se um crescimento da taxa de divórcios entre os anos de 2009 a 2011 e, posteriormente, uma estabilização, com tendência decrescente desses dados até 2013. Atribui-se ao crescimento dos divórcios entre 2009 e 2011 à possibilidade de concessão do Divórcio, sem prévia separação judicial e sem a exigência de prazos mínimos, estabelecida pela Emenda Constitucional n. 66, de 2010⁸⁶, que alterou o art. 226 da Constituição Federal, bem como pela possibilidade de realização do divórcio em tabelionatos, através de escritura pública, nas hipóteses de consenso e quando não haja filhos menores ou incapazes, por concessão do art.

⁸⁵ Carvalho (2012, p. 18).

⁸⁶ “Art. 1º da Emenda Constitucional n. 66/2010, “O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

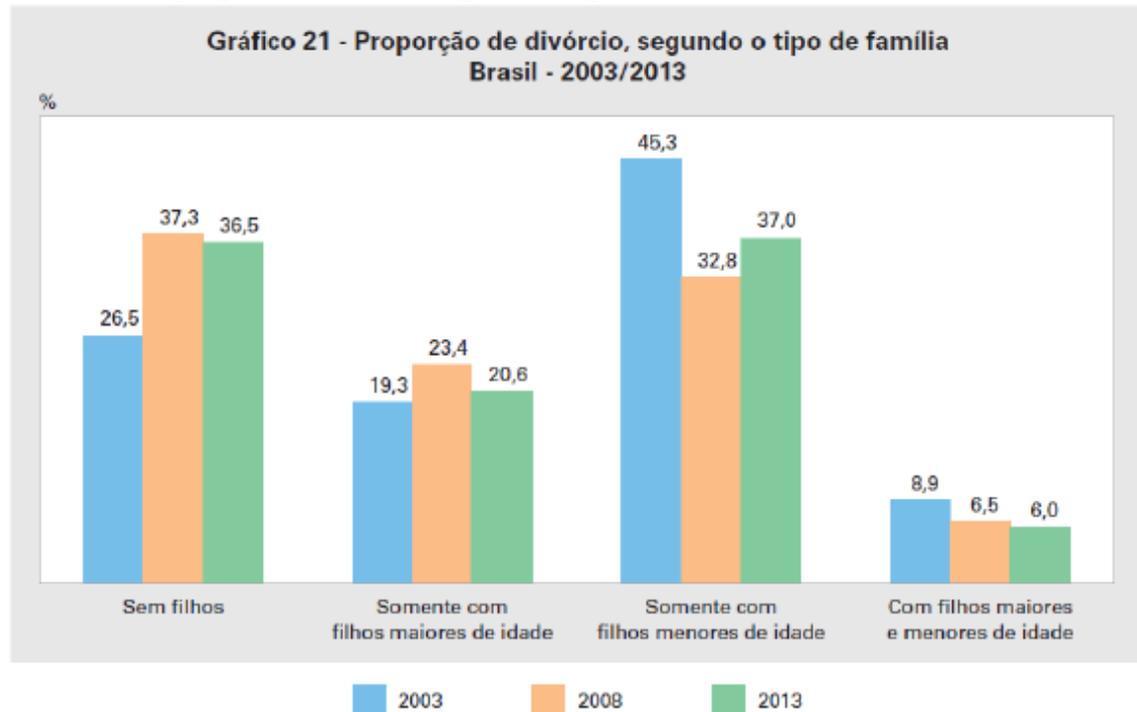
‘Art. 226. [...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”’. (BRASIL, 2010, art. 1º CF.).

3º da Lei n. 11.441/2007⁸⁷, que alterou o art. 1.124-A do Código de Processo Civil para fazer inserir essa possibilidade.

Outro elemento a considerar diz respeito à composição das famílias que se divorciam. A maior parte delas, de acordo com o gráfico a seguir, com filhos (menores ou maiores de idade). As famílias fruto do divórcio que trazem filhos do casamento desfeito podem vir a constituir famílias neoconfiguradas.

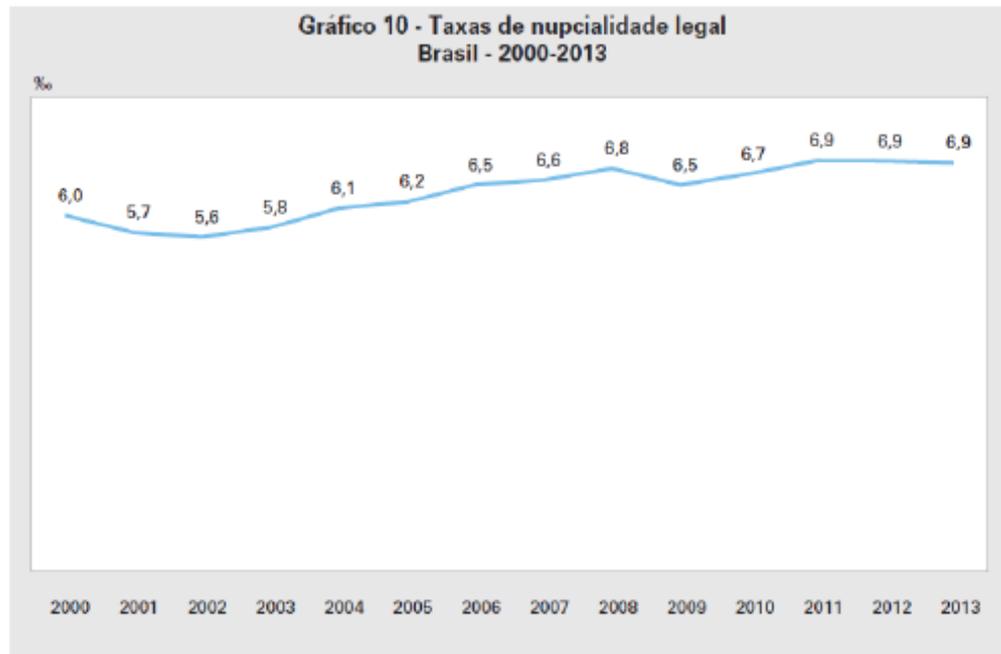
Gráfico 3 Proporção de divórcio, segundo o tipo de família Brasil 2003 – 2013



Outro indicativo da presença das famílias neoconfiguradas em nossa sociedade apresenta-se pela observação do crescimento das taxas de nupcialidade, como se observa do gráfico a seguir:

⁸⁷ Pelo art. 3º da Lei n. 11.441/2007, “A Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A: “Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento”.

Gráfico 4 Taxas de nupcialidade legal Brasil 2000 – 2013



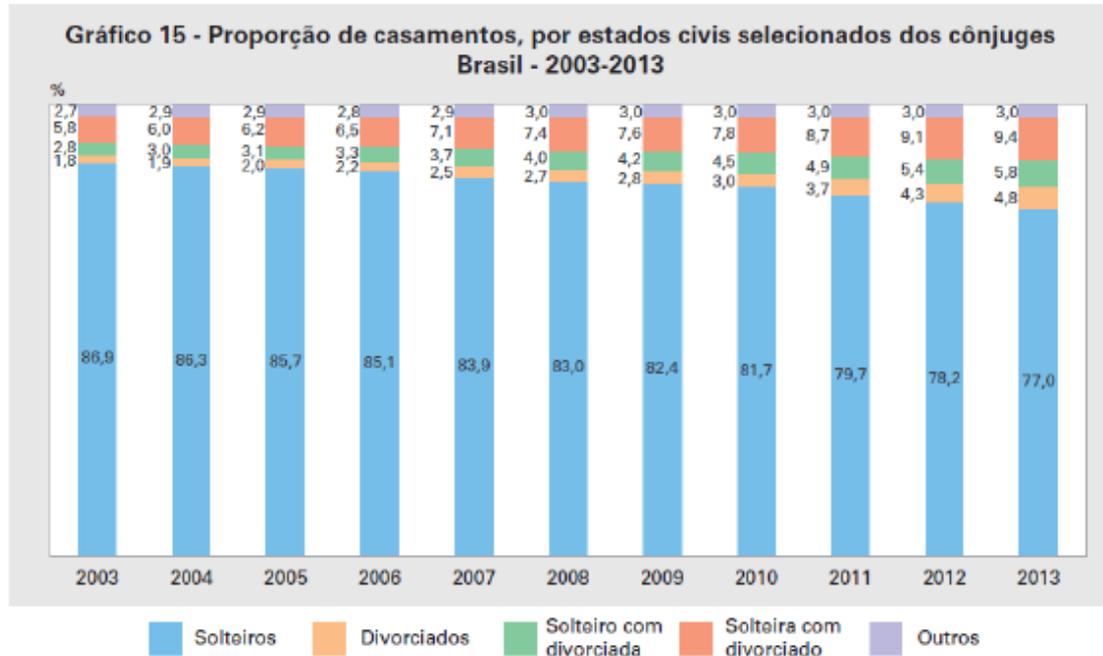
Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2000-2013 e Projeção da População por Sexo e Idade para o Período 2000-2030 - Revisão 2013.

Nota: Excluída a população de menos de 15 anos e sem declaração de idade.

A taxa de divórcio envolvendo famílias com filhos, a taxa de nupcialidade e os resultados da PNAD para levantamento de dados socioeconômicos realizada em 2013⁸⁸, com dados divulgados em dezembro de 2014, apontam para um número crescente de casamentos realizados entre pessoas divorciadas e entre pessoas solteiras e divorciadas, sugerem a concretização da constituição de famílias neoconfiguradas, conforme gráfico a seguir.

⁸⁸ Os resultados da pesquisa anual de indicadores socioeconômicos por amostra de domicílios - PNAD de 2013, investiga diversas características socioeconômicas e demográficas, umas de caráter permanente nas pesquisas, como as características gerais da população, de educação, trabalho, rendimento e habitação, e outras com periodicidade variável, como as características sobre migração, fecundidade, nupcialidade, saúde, segurança alimentar e outros temas que são incluídos no sistema de acordo com as necessidades de informação para o País.

Gráfico 5 Proporção de casamentos, por estados civis selecionados dos cônjuges. Brasil 2003 – 2013.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2003-2013.

É o terceiro indício que se extrai das informações trazidas pelo IBGE, por meio da PNAD de 2013, que apresentam as taxas de casamentos entre pessoas divorciadas e apresentam, ainda que por meio de indícios ou indiretamente, a participação das famílias neoconfiguradas no cenário familiar da sociedade brasileira. Segundo que consta da página 4 do Relatório do Censo Demográfico realizado pelo IBGE em 2010, com resultados publicados em 2012, as conclusões da pesquisa indicam

Maior diversidade com relação aos tipos de famílias – arranjos menos tradicionais, crescimento do número de uniões consensuais e, como os divórcios aumentaram, há também um crescimento significativo das famílias reconstituídas, onde os filhos podem ser apenas de um dos cônjuges.

As famílias neoconfiguradas ainda sem visibilidade formal nas estatísticas, mostram-se aos demógrafos do IBGE de forma incompleta. Não há dados que possam informar acerca das famílias neoconfiguradas constituídas, após o divórcio ou viuvez de um ou de ambos os cônjuges ou companheiros, por meio da união estável. Estudos realizados em Portugal, em 2006, apresentam resultados que informam que as famílias neoconfiguradas, “diferente das que casam pela primeira vez, tendem a informalização das relações, seja porque entendem que

o casamento formal não acrescenta nada à relação ou porque as separações anteriores foram muito traumáticas⁸⁹”, segundo Carvalho (2012, p. 19).

A família neoconfigurada não é uma novidade. Apesar de se tornar mais perceptível, no Brasil, depois da década de 1970, com a possibilidade do divórcio e da realização de casamento entre pessoas divorciadas, elas já existiam em decorrência da viuvez de um dos cônjuges, na análise de Carvalho (p. 21).

O divórcio, “é um processo que ocorre no ciclo vital da família, desafiando sua estrutura e sua dinâmica relacional”, nas palavras de Cano; Gabarra; Moré; Crepaldi (2009, p. 215). Condenado moralmente pelos segmentos religiosos conservadores, que temiam que sua propagação resultasse na morte da família, e compreendido como uma situação de fracasso, como observa Roudinesco (2003, p. 152), o divórcio se consolidou juridicamente, no Brasil, por meio da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que permitiu às pessoas a oportunidade de um novo casamento.

Antes da Lei do Divórcio, o alto índice de mortalidade feminina no parto permitia ao pai, que ficava sozinho, casar-se novamente, “pela necessidade da presença de uma mulher na casa, que devia se ocupar das tarefas domésticas, como o cuidado das crianças e a alimentação”, introduzindo a madrasta na família, considerada “como pessoa má e que vinha ocupar o lugar sagrado da mãe”, nas palavras de Carvalho (2012, p. 21). Era comum, segundo ela, a adoção da criança pelo novo cônjuge, a modificação de seu nome e o apagamento do passado para melhor garantir o retorno à norma da família nuclear, em uma lógica de assimilação”. Operava-se, assim, a transmissão da parentalidade, de forma clara e definitiva, estabelecendo-se novas relações de parentesco formadas por laços de cuidado não definidos pela consanguinidade, de acordo com a autora (p. 21), que assim analisa:

Nos casos em que ambos os cônjuges formam nova família após a viuvez, e havendo a morte de um deles, os filhos do cônjuge falecido ficam sob a responsabilidade do cônjuge vivo, ainda que este não seja o genitor. Neste caso, há a percepção de relações que já se distanciavam da filiação e da consanguinidade.

O divórcio, quando introduzido na legislação brasileira, foi visto como “uma transgressão social, e ainda era relativamente pouco frequente”, nas palavras de Carvalho (p. 21).

⁸⁹ Assim como em Portugal, supõe-se que aqui, no Brasil, também se constituam famílias neoconfiguradas, por meio de uniões consensuais e estáveis, mas não há como extrair indícios desta suposição, por faltar elementos de pesquisa que possam ser analisados, o que reduz a visibilidade das famílias neoconfiguradas e sua pequena expressividade no perfil da família brasileira contemporânea, de acordo com Carvalho (2012, p. 19).

As crianças que viviam nessa estrutura familiar, considerada “problemática” ou “de alto risco”, ou apenas com um de seus pais biológicos, eram encaradas pelos cientistas sociais, nos anos 1950 e 1960 como potenciais delinquentes, de acordo com Lobo (1995, p. 71).

O divórcio fez modificar a condição social do padrasto e da madrasta, que deixaram de ser vistos como substitutos do genitor falecido e passaram a ser considerados como “uma nova figura nas relações familiares, convivendo conjuntamente com a figura do pai biológico”, segundo Carvalho (2012, p.22), ao referir-se ao padrasto. Essa modificação, segundo o autor, provocou “uma reordenação dos vínculos do filho, já que este passa a conviver com seus dois pais separados e seus novos cônjuges”.

Se antes da Lei do Divórcio, era mais frequente o casamento de viúvos, em razão da mortalidade feminina no parto, e a introdução de madrastas na família, hoje há mais filhos convivendo com padrastos que com madrastas, segundo informa a autora (p. 22), pelo fato de serem as mães, as detentoras da guarda dos filhos, após o divórcio, na maioria das vezes. Depois da guarda compartilhada tornar-se regra, para a definição da guarda dos filhos, no divórcio, por determinação da Lei n. 13.058/2014, que alterou o art. 1.584, § 2º do Código Civil⁹⁰, ainda não houve tempo suficiente para se avaliar se essa realidade mudou ou assim permanece.

A psicanalista Kehl (2003) ressalta que “as separações e as novas uniões efetuadas ao longo da vida dos adultos foram formando, aos poucos, um novo tipo de família”, que ela chama de “tentacular” para se referir à família neoconfigurada. Roudinesco (2003, p. 153) destaca:

Daí o surgimento da noção de “família recomposta”, que remete a um duplo movimento de dessacralização do casamento e de humanização dos laços de parentesco. Em lugar de ser divinizada ou naturalizada, a família contemporânea se pretendeu frágil, neurótica, consciente de sua desordem, mas preocupada em recriar entre os homens e as mulheres um equilíbrio que não podia ser proporcionado pela vida social. Assim, fez brotar de seu próprio enfraquecimento um vigor inesperado. Construída, desconstruída, reconstruída, recuperou sua alma na busca dolorosa de uma soberania alquebrada ou incerta.

⁹⁰ O art. 1º da Lei n. 13.058/2014 estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e determina, no art. 2º, que o art. 1.584, §2º do Código Civil passe a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.584. [...].

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Na França, a família neoconfigurada engloba o núcleo da família nova e os sistemas familiares anteriores e seus afins, num complexo familiar no qual coexistem duas famílias neoconfiguradas para cada criança cujos pais se casam novamente, formando a noção de “constelação familiar”, que engloba a ideia de família como espaço de circulação das crianças, em que “são ignoradas as fronteiras que separam os lares”, como informa Grisardi Filho (2003, p.258).

Para que se reconheça um grupo familiar como família neoconfigurada, é necessário, por consequência, a existência de, ao menos, um filho de um ou de ambos os cônjuges ou companheiros. Controvérsias surgem quando se indaga sobre a possibilidade de os grupos familiares formados por genitores não guardiões, ou seja, aqueles que não detêm a guarda dos filhos serem reconhecidos como família neoconfigurada.

Para Grisardi Filho (p. 257), as composições familiares formadas pelos genitores guardiões assim como aquelas formadas por genitores que não detêm a guarda dos filhos devem ser considerados como “núcleos reconstituídos”, em função de a lei (Código Civil) os considerar parentes por afinidade.

Valadares (2010, p. 118 - 119) polemiza ao assegurar que apenas o núcleo familiar formado por pais guardiões, novos cônjuges ou companheiros, bem como os filhos de um ou de outro, podem ser considerados família mosaico, pelas razões que apresenta, a seguir transcritas:

Primeiro, porque as famílias monoparentais são aquelas formadas pelos descendentes e um dos genitores, qual seja, o guardião. Depois, pelo fato de os efeitos jurídicos porventura existentes serem em decorrência não apenas do parentesco por afinidade, mas principalmente pelo vínculo afetivo formado entre os descendentes e os parceiros dos pais, o qual só será possível levando em consideração a relação estabelecida e construída no dia-a-dia entre eles. Dificilmente existirá esse laço entre o companheiro do genitor não-guardião e o filho desse, ainda mais se considerarmos a distância física que haverá entre eles.

As razões apresentadas não se sustentam diante do instituto da guarda compartilhada que distribui igualmente entre os genitores as responsabilidades decorrentes da guarda, educação e demais cuidados com a criação dos filhos. Valadares (p. 119) reconhece que na hipótese de compartilhamento da guarda da prole serão consideradas família mosaico os dois núcleos familiares formados pelo genitor guardião e pelo não guardião.

Todavia, a autora (p. 119) defende que isso não ocorre quando a guarda competir unilateralmente a um deles, por entender “ser a mesma residência fator determinante para a configuração dessa família”, com fundamento no art. 1.632 do Código Civil que estabelece

que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

O argumento se fragiliza à medida em que não se pode extrair da leitura e da interpretação do art. 1.632 do Código Civil a necessidade de a família neoconfigurada ou de qualquer outra espécie de entidade familiar se caracterizar pela unidade de residência entre pais e filhos.

Além disso, a ideia de exclusão dos genitores não guardiões da concepção de família neoconfigurada, em razão de não deterem a guarda dos filhos, contraria a percepção dessa estrutura, na perspectiva francesa das constelações familiarValadareses, que amplia o espaço de convivência dos filhos, rompendo as fronteiras entre os lares, para permitir a livre circulação das crianças. De acordo com a observação de Grisardi Filho (2003, p. 258), a seguir transcrita, tratam-se, apenas, de conotações distintas do mesmo instituto:

Tal como se tem uma compreensão restrita e outra ampliada da família originária, primária ou intacta, também podemos atribuir duas significações à família reconstituída. Numa acepção mais restrita, o lugar onde convivem o novo casal, seus filhos comuns e os nascidos de laços anteriores. Numa outra, mais ampla, o conjunto das várias unidades domésticas, por onde circulam todos os filhos, no sentido dos autores franceses, ou seja, a rede familiar que relaciona os diferentes lares formados da ruptura do casal original.

A complexidade da família neoconfigurada mostra-se pelos muitos desafios que enfrenta. Dentre eles, destaca Pereira (2011, p.35), o “de criar novos espaços de afetividade”, em razão da participação dos pais afins no processo de socialização, sustento material e educação dos filhos que integram essa família, com diálogo, afeto e solidariedade.

Para a criança, a introdução de novos parceiros dos pais separados na família significa “a interdição da intimidade total com seu (sua) genitor(a) pela presença de um(a) adulto(a) que a faça reviver a relação triangular (edipiana)”. Além disso, observa Carvalho (2012, p.72) que surgem novos “coadjuvantes familiares”, como novos tios, sobrinhos, avós, meio-irmãos, ocasionando conflitos afetivos de amor-ódio, promovendo rivalidades e dificuldades que envolvem limites, lugar na família, pactos de lealdade ou autoridade, uma vez que os novos modelos coexistem com os anteriores.

Da mesma forma que acontece nas famílias formadas pelo primeiro casamento ou união dos cônjuges ou companheiros (que chamaremos aqui de família de primeiro casamento), a introdução de irmãos biológicos pode representar objeto de rivalidade, ciúme, competi-

ção e ao mesmo tempo, proteção e identificação, o mesmo pode acontecer nas famílias neoconfiguradas, quando novos filhos se inserem no contexto familiar, vindos de uniões anteriores ou da nova união dos pais. Enquanto algumas crianças consideram que “isso reduz o espaço individual”, nas letras de Silva (s/d, s/p), outras consideram que a presença de meio-irmãos tornou a vida mais interessante, por conta da diversidade das relações.

Conflitos de autoridade e lealdade nas famílias neoconfiguradas decorrem da natureza dessa estrutura familiar. Enquanto nas famílias formadas pelo primeiro casamento ou união dos cônjuges ou companheiros, as funções parentais e os papéis dos demais familiares estão claras, definidas e predeterminadas, na família neoconfigurada vão se construindo com o tempo, destaca Valadares (2010, p. 120).

Quando o genitor guardião participa da rotina dos filhos, o papel do pai ou mãe afim fica reduzido. Entretanto, quando o genitor não guardião cumpre apenas o dever de prestar alimentos (quando o faz), mas não se faz presente no cotidiano dos filhos, o papel do pai ou mãe afim se torna mais ampliado, criando-se e estreitando-se laços afetivos entre eles. Como aplicar, então, a proibição estabelecida pelo art. 1.636⁹¹ do Código Civil que impede os pais e mães afins de fazerem ingerência na vida dos filhos por afinidade?

A resposta passa por uma interpretação relativizada da lei para aplicação ao caso concreto, no sentido de buscar sua adequação à realidade dos fatos da vida. E essa adequação caberá ao julgador, no julgamento do caso concreto. Assim questiona Valadares (2010, p. 123):

Como impedir que o pai ou mãe afim não interfira na vida dos filhos de seu par, se é ele quem estará acompanhando a criança ou o adolescente no dia-a-dia? Não há como negar que poderá haver entre eles um forte vínculo, podendo o filho afim ter, inclusive, mais afinidade e afetividade com o companheiro do genitor do que com seu pai biológico. E, quanto maior a distância entre pai e filho consanguíneo, maior tende a ser a integração e, consequentemente, a interferência entre pai e filho afim.

A relação estreita entre pais/mães e filhos afins constitui a realidade da família neoconfigurada. A definição legal dos vínculos estabelecidos entre os membros desta família, como relações de afinidade nem sempre é capaz de retratar a sua realidade fática, porque a experiência da convivência cotidiana permite a criação de vínculos afetivos que extrapolam o

⁹¹ Estabelecem, o caput do art.1.636 e seu parágrafo único, do Código Civil vigente que: “O pai ou mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável”.

formalismo da lei, para reconhecer nesses laços vínculos de parentalidade que, por sua vez, transbordam o biologismo.

Essa configuração familiar envolve laços de consanguinidade, de afinidade e de afeto entre cada cônjuge ou companheiro e seus filhos e entre cada cônjuge e os filhos do outro. Em razão da peculiaridade dessas relações, traduzida no enfeixe do biologismo e da afetividade é que a família neoconfigurada promove mudanças paradigmáticas, porque “desfigura a função contratual do matrimônio como forma de construção de um núcleo familiar, priorizando outro paradigma respaldado exatamente na socioafetividade”, nas letras de Nicolau Júnior (2009, p. 106).

A consagração, pela Constituição Federal de 1988, da afetividade e da dignidade da pessoa humana como valores alçados à categoria de princípios constitucionais, permitiu reconhecer que “são os fios do afeto que tecem a roupagem da família contemporânea, agasalhando a pessoa e sua dignidade à luz dos valores consagrados na Constituição da República”, nas palavras de Matos (2013, p. 320).

Embora, ainda que parcialmente, se possa apresentar a família neoconfigurada em números, as relações parentais e fraternais que nela se estabelecem também carecem de compreensão. A ausência de normas legais sobre a família neoconfigurada e a determinação do lugar que padrastos e madrastas nela ocupam, bem como dos vínculos entre as pessoas que a compõem, colocam a família neoconfigurada em condição de invisibilidade face ao Direito. Parece ter sido ela esquecida pela lei, como pondera Dias⁹². O esquecimento e a invisibilidade pelo sistema jurídico podem suscitar situações que questionam a família neoconfigurada e sua condição como entidade familiar digna de se considerar legítima.

A legislação brasileira (arts. 1.523 e 1.641⁹³ do Código Civil) exige que os viúvos e os divorciados inventariem e façam a partilha dos bens do cônjuge falecido entre seus herdeiros, sob pena de só poderem casar novamente sob o regime da separação obrigatória de bens.

⁹² “As famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. A administração de interesses visando equilíbrio assume relevo indispensável à estabilidade das famílias. As a lei esqueceu delas! ”. (DIAS, 2009, p. 50).

⁹³ É o que os incisos I, II e III do art. 1.523 do Código Civil, consideram causas suspensivas do casamento e o inciso I do art. 1.641, também do Código Civil vigente, a seguir transcritas:

Art. 1.523 CC. “Não devem casar:

I – O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros.

II – A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III – O divorciado, enquanto não houver sido homologado ou decidida, a partilha de bens do casal”.

Art. 1.641. “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento”.

Exige, também, que a mulher observe o período de até dez meses após a viuvez ou o divórcio para casar novamente, sob pena de ter que adotar, obrigatoriamente, o regime da separação de bens, para o novo casamento. Grisardi Filho (2003, p. 262) entende que essas exigências legais colocam os enteados como “membros de uma família de segunda classe”, e permitem afirmar que “as famílias reconstituídas enfrentam uma hostilidade histórica na ordem jurídica”, em suas palavras.

O Projeto do Código das Famílias preferiu não contemplar essas hipóteses, antes chamadas de impedimentos impeditivos ou proibitivos e atualmente chamadas pelo Código Civil de 2002, de causas suspensivas, “enunciadas como conselhos: ‘não devem casar’”, na interpretação de Gonçalves (2014, p. 84). O atual ordenamento assim as denomina porque, de acordo com Venosa (2011, p. 1.572):

sua arguição, na forma do art. 1.524 suspende a realização do casamento, até que a causa seja eliminada. Ocorrendo o casamento com inobservância das causas suspensivas, o regime de bens será obrigatoriamente o da separação (art. 1.641, I). Ainda, o art. 1.489, II, dispõe que os filhos terão hipoteca legal sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior.

A intenção dos dispositivos legais do Código que indicam a necessidade de inventário e partilha de bens do casamento dissolvido pelo divórcio ou viuvez, antes que o viúvo ou a viúva case-se em segundas núpcias é evitar a confusão patrimonial, trazendo “dificuldades para a identificação do patrimônio das distintas proles, por dificuldade de sua identificação”, assim como “evitar que o novo casamento do agente proporcione proteção patrimonial maior à nova prole” nas palavras de Venosa (2011, p. 1.572).

A causa suspensiva, que diz respeito ao período de dez meses que devem ser observados entre o casamento que se desfez por ser nulo ou por ter sido anulado, da viuvez ou da dissolução conjugal se aplica apenas às mulheres para evitar a *turbatio sanguinis*⁹⁴, conforme Gonçalves (2014, p. 88):

que fatalmente ocorreria, considerando-se que se presumiria filho do falecido aquele que nascesse nos “trezentos dias” da data do óbito ou da sentença anulatória ou que declare nulo o casamento. Igual presunção atribuiria a paternidade ao segundo marido quanto ao filho que nascesse “cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal”. (CC, art. 1.597, I e II) (os grifos são do original).

⁹⁴ Que pode ser entendida como dúvidas em relação à paternidade, pela turbação do sangue.

Pela análise dos artigos da lei que impõem o regime da separação de bens aos casamentos entre viúvos ou divorciados, sem observância às causas suspensivas do casamento, parece apressada a afirmação de que essas exigências legais colocariam os enteados como “membros de uma família de segunda classe”, ou que permitiriam afirmar que “as famílias reconstituídas enfrentam uma hostilidade histórica na ordem jurídica”⁹⁵. A interpretação da letra do Código leva a crer que a intenção do legislador não foi hostilizar a família neoconfigurada ou desprestigiar os filhos dessas uniões, mas, ao contrário, protegê-los, evitando-se a confusão patrimonial e a *turbatio sanguinis*.

De qualquer sorte, o que fica evidente é que a ausência de regramento legislativo para tratamento específico às questões que envolvem as famílias neoconfiguradas e a prole que ela constitui e a que já existia no momento de sua constituição acarreta dúvidas, que podem gerar desconforto aos membros dessa entidade familiar, as quais podem se sentir alijados da tutela jurídica específica que lhes garanta proteção e tratamento igualitário em relação à família nuclear.

A falta de previsão legal permite que vários questionamentos permaneçam sem respostas definitivas. Até onde os laços de afeto estabelecidos no convívio da família neoconfigurada entre padrastos, madrastas e enteados são formadores de relações de parentalidade tuteladas pelo Direito? É possível, diante das especificidades dessa entidade familiar, normatizar o convívio entre seus membros? Quais os elementos que caracterizam essa relação como formadora de laços de parentesco? É possível o reconhecimento registral da multiparentalidade entre pais e padrastos e mães e madrastas dos filhos, na família neoconfigurada? Os filhos de cada cônjuge trazidos ao casamento e frutos de relacionamentos anteriores podem ser considerados irmãos, pelos laços da socioafetividade?

Valadares (2010, p.116) indaga: “Qual será o vínculo entre *os meus, os seus e os nossos filhos*? Outras questões polêmicas se levantam em relação à adoção de nome de família por enteados ou cônjuges de famílias neoconfiguradas; o compartilhamento de guarda com os pais/mães biológicos e do poder familiar dos filhos e enteados, o direito de visita pelos padrastos e madrastas, na hipótese de separação ou divórcio do casal; o dever de alimentos; o direito sucessório; dentre outras, todas elas, decorrentes do reconhecimento do vínculo de parentalidade e parentesco socioafetivo, entre os integrantes dessa configuração familiar, como reflete Matos (2013, p. 333) acerca dos problemas que dizem respeito às consequências

⁹⁵ Grizard Filho (2003, p. 265).

jurídicas do reconhecimento dessas relações, nos campos obrigacional, familiar, previdenciário, penal e sucessório dentre outros.

As respostas para essas questões envolvem o exame da desbiologização dos laços que constituem parentalidade e o parentesco (como valor social, psicológico e jurídico) para atribuir à cultura, ao afeto e à “demonstração do *ser pai, do ser filho*”, nas letras de Valadares (2010, p. 116), o parâmetro que servirá de fundamento para o reconhecimento do status de filiação.

Esse é o desafio que este trabalho de doutoramento pretende enfrentar nos próximos capítulos, promovendo a análise da filiação e da parentalidade socioafetiva no campo das famílias neoconfiguradas, para buscar desvendar questões que envolvem a possibilidade de estabelecimentos de vínculos multiparentais, reconhecidos pelo Direito, nessas organizações familiares.

O exame da parentalidade e da multiparentalidade na conjuntura das famílias constituídas a partir do divórcio ou da viuvez, de um ou de ambos os cônjuges, será analisada nos próximos capítulos, por meio da análise da socioafetividade, constituidora dos vínculos afetivos e sociais que permitem o reconhecimento da filiação socioafetiva, no contexto do processo de desnaturalização do parentesco⁹⁶ ou de desbiologização da paternidade⁹⁷, que se apresenta como realidade no campo jurídico.

Para isso, estudar-se-á, no capítulo seguinte, a afetividade como valor que ganha relevo para o Direito e identificar em que medida ela influencia ou determina a concepção de família, impõe-se como princípio jurídico, integra o conceito de socioafetividade no Direito de Família brasileiro, e realiza interfaces com outros princípios do Direito de Família para compreender os efeitos dela decorrentes, em relação ao estabelecimento de vínculos parentais entre padrastos, madrastas e enteados, nas famílias neoconfiguradas.

⁹⁶ Em concepção antropológica.

⁹⁷ Em concepção jurídica.

CAPÍTULO 2 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO E SUAS IMPLICAÇÕES NAS RELAÇÕES DE PARENTESCO E PARENTALIDADE

Apesar de todas as transformações registradas pelos sociólogos e juristas no interior da família, “ela ainda se mantém idealizada e desejada por todos”, nas letras de Amazonas; Braga (2006, p.178) e é reconhecida pelo importante papel que assume na formação do indivíduo. De acordo com Barbosa (1998, p. 24) “a família, não importa a configuração que assuma, continuará a existir, pois é o que pode assegurar à criança, aos novos sujeitos que se apresentam ao mundo, o direito ao amor, ao acolhimento no mundo humano e à palavra”.

As transformações por que passou a família brasileira, nas últimas décadas, repercutiram no processo de repersonalização das relações familiares, permitindo que valores como consanguinidade, nome e patrimônio convivam com outros valores como o afeto e o direito à felicidade, na concepção contemporânea de família. Tendo a afetividade e o direito à felicidade como bases estruturantes, a família da contemporaneidade assumiu a feição eudemonista e tornou-se “mais instável, em virtude das separações e divórcios mas, certamente mais autêntica, pois cada membro da família busca a sua realização e, ao mesmo tempo, almeja-se a satisfação dos interesses do grupo familiar”, de acordo com Brauner (2001, p. 11).

A afetividade, atualmente, ganhou contornos sociais e jurídicos que lhe conferem espaço na construção da identidade da família. O vínculo afetivo “que une as pessoas com uma função instrumental focada na melhor realização dos interesses afetivos e essenciais de seus integrantes”, nas palavras de Gardenal (2010, p. 148), é, por ele, considerado “o grande elemento que autoriza o reconhecimento dos arranjos de convivência”

Sem a afetividade não se pode pensar na existência de família, ainda que presente, formalmente, um vínculo jurídico entre as pessoas, até porque a “família dos dias de hoje, por envolver relações afetivas, é muito mais uma entidade de fato do que uma instituição jurídica de monopólio do Estado, como outrora era tratada”, de acordo com Alves (2010, p. 141-142) e “apenas a afetividade e não a lei mantém unidas essas entidades familiares”, segundo Aldrovandi; Simioni (2006, p.17).

Pela consolidação da afetividade como suporte das uniões “desdramatizou-se, assim, paulatinamente, a ruptura do vínculo matrimonial garantindo-se maior autenticidade às relações conjugais”, nas palavras de Brauner (2001, p. 9), pois, de acordo com seu entendimento, quando o sentimento que uniu o casal desaparece, o rompimento da sociedade conjugal torna-se aceitável, assim como a possibilidade futura de os ex-cônjuges virem a constituir outra família, com outro par, como o que acontece na constituição das famílias neoconfiguradas.

Quando Ceccarelli (2002, p.98) refere-se à afetividade como elemento definidor da família contemporânea está falando daquela presente na *affectio familiae* (que se traduz na intenção deliberada de constituir família e assumir os direitos e deveres recíprocos dela decorrentes). Aquela a que se refere Pereira Jr (2010) comprometida com o “dar-se doar-se”, que supera a instabilidade dos sentimentos e o hedonismo social, pelo compromisso de constituir família. Esse afeto é considerado, por Alves (2010, p. 137), fato jurídico capaz de estabelecer relações familiares que vinculam os sujeitos e produzem efeitos jurídicos. “Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”, nas palavras de Lôbo (2011, p. 17), ao se repositar à solidariedade prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 3º, I como um dos fundamentos da família, ao lado da afetividade.

Logo, nem todo afeto tem proteção jurídica. E nem toda relação afetiva é atribuída, a conotação de estrutura ou entidade familiar. “Não todas e não exatamente pelo fato de serem afetivas”. O *status* jurídico de família “não é produto *on demand*”, nas letras de Pereira Jr (2010, p. 73), e só é atribuído às estruturas familiares por serem elas, caras à organização social. E conclui: “Em nenhuma época o Estado concedeu o *status* de família a categorias de relação que não traduziam interesses objetivos. Para o Direito, a família não se reduz a um emaranhado de afetos”.

Por ser um objeto complexo que apresenta inúmeras conotações a partir da perspectiva da abordagem, “a afetividade é a um só tempo fenômeno psíquico e jurídico”, de acordo com Santos (2011, p. 51). Cabe à Psicologia e à Psicanálise fixarem o seu conceito e ao Direito realizar a valoração, a partir do conceito fornecido, em termos de dever-ser, atribuindo-lhe sentido, reconhecendo o valor da afetividade e exigindo condutas necessárias a sua proteção, de acordo com Santos (2011, p. 51)

O Direito vem buscando a contribuição de conceitos e elementos de outros campos do conhecimento, para procurar entender a subjetividade humana (afetos e desejo) e suas relações e conexões com a objetividade do sistema jurídico, e reconhecendo que não é capaz de atender a tantas demandas, apenas com seus dogmas e racionalismo filosófico, como observa Braga (2003, p. 144), para quem

Os operadores do Direito não se contentam mais com a objetividade da ordem legal e da doutrina jurídica. Sentem que há algo oculto, por trás e tal como o analisando, premidos pelos sintomas batem à porta da Psicanálise para melhor compreender a subjetividade humana. Afinal, que outro saber, firmado na ética do desejo e no primado da alteridade, permitiria alcançar este objeto, senão a Psicanálise?

O enlace entre o Direito, Psicologia e Psicanálise parece tormentoso porque, enquanto o Direito funda-se nas manifestações conscientes da conduta humana, a Psicanálise observa o universo inconsciente das pessoas⁹⁸, de acordo com Braga (2003, p. 145). O Direito se orienta na direção da garantia da segurança jurídica aos indivíduos em suas relações sociais. Para o Direito, o sujeito age conscientemente de seus deveres e direitos na ordem jurídica. Se lhe falta a razão, torna-se penalmente inimputável, ou seja, incapaz de assumir responsabilidades por seus atos criminosos. A Psicanálise, por seu turno, orienta-se pelas leis do inconsciente como regentes da conduta do indivíduo, o que não o exime de responder por sua conduta. De acordo com Aldrovandi; Simioni (2006, p. 27), “enquanto houver desejo, ele sempre escapará ao normatizável”.

Embora, à primeira vista, a relação entre afetividade e Direito pareça utópica, “porque o afecto pertence ao íntimo, ao interior, enquanto o Direito visa regular o que é exterior, a vida em sociedade”, de acordo com Pinheiro (2010, p. 240- 241), o Direito não está dissociado da afetividade:

Obviamente, o sentimento enquanto facto psíquico puro não interessa ao Direito. Mas, na sequência de uma exteriorização, o sentimento torna-se acessível ao Direito. O direito permite e proíbe comportamentos, mas não é indiferente às motivações das condutas e às consequências emocionais que as mesmas têm sobre terceiros. E quando um acto que tem na sua base uma motivação marcadamente emocional adquire relevância social, a ordem jurídica, por ser uma ordem social portadora de valores, tem de intervir activamente.

A indenização por dano moral, que busca ressarcir o dano emocional sofrido e compensar o desgosto provocado por uma conduta ilícita no campo do Direito Civil, assim como a previsão de tipos penais como o homicídio privilegiado cometido por violenta emoção, que possuem o afeto como parte do tipo, ou tratam a emoção ou a crueldade como elementos de redução ou majoração da pena, são exemplos da atuação do Direito em relação aos afetos.

Pela teoria tridimensional do Direito de Família, concebida por Welter (2009, p. 19 - 20)⁹⁹, afeto e Direito se aproximam, na medida em que compreende-se que o homem habita simultaneamente três mundos: o genético (*Umwelt*); o (des)afetivo (*Miltwelt*) e o ontológico (*Eigenwelt*):

⁹⁸ “A Psicanálise, por lidar com o inconsciente, um saber a meia luz, um saber desconhecido, quebra verdades preconcebidas, expõe as entranhas nem sempre belas e benevolentes da natureza humana na desconstrução dos enunciados que o Direito tende a conservar e manter”, de acordo com Braga (2003, p.145).

⁹⁹ A teoria Tridimensional do Direito de Família foi concebida por Welter como uma teoria filosófica no Direito (hermenêutica filosófica) em contraposição à teoria tridimensional do Direito apresentada por Miguel Reale, no campo do positivismo, que percebe o Direito como valor, fato e norma, não dissociados, setorizados ou dispersos, mas integrados em uma só unidade. Welter apresenta a Teoria Tridimensional do direito de Família na perspectiva da hermenêutica filosófica de Gadamer (WELTER, 2009, p. 19).

a) é um ser genético como todos os outros seres vivos (mundo biológico); b) é um ser humano que convive e compartilha no mundo familiar e social (mundo des-afetivo); c) é um ser que se relaciona em seu próprio mundo da vida, um ser-em-si-mesmo (mundo ontológico). É dizer, o ser humano não é apenas “ele e suas circunstâncias pessoais”, mas sim, ele e suas circunstâncias genéticas (mundo das necessidades biológicas dos seres vivos em geral, (des)afetivas (mundo da convivência em família e em sociedade) e ontológicas (mundo pessoal, endógeno, o seu próprio mundo).

A compreensão da unicidade desses três mundos no ser humano e na família “sempre foi descuidada pelo prisma da normatização do mundo biológico, desconectada dos mundos afetivo e ontológico”¹⁰⁰, apesar de se perceber uma compreensão acerca do afeto como elemento integrante da tridimensionalidade humana em praticamente todas as áreas do conhecimento humano¹⁰¹.

Assim como a inteligência, a afetividade emana do ser humano e se revela no relacionamento com as pessoas¹⁰². Pode assumir feição substantiva, quando concebida como “conjunto de afetos presentes em cada pessoa, podendo ser estudada e organizada para dela se extrair uma funcionalidade adequada ao perfeito equilíbrio do ser humano”, nas letras de Santos (2011, p. 49) ou adjetiva, quando compreendida como qualidade do ser humano.

De acordo com Bock; Furtado; Teixeira (2008, p.164)¹⁰³, “a vida afetiva ou os afetos, abarcam muitos estados pertencentes à gama prazer-desprazer, como, por exemplo, a angústia em seus diferentes aspectos – a dor, o luto, a gratidão, a despersonalização” e podem ter origem a partir de um estímulo externo agradável ou desagradável, do meio físico ou social, ao qual se atribui um significado com tonalidade afetiva ou surgir do interior do indivíduo.

O afeto envolve dois sentimentos básicos que constituem a vida psíquica do ser humano, antagônicos entre si, como o amor e o desamor ou mesmo o ódio¹⁰⁴. “São as matrizes

¹⁰⁰ Welter (2009, p. 20).

¹⁰¹ “A afetividade também é defendida nos campos neurológico, psicológico, psicanalítico, pedagógico, demonstrando que, em pleno século XXI, não é possível continuar compreendendo o ser humano pela teoria artesiana, porque a condição humana é um modo-de-ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. É por isso que se diz que o afeto é arte, canto, poesia, sabedoria, linguagem, educação, conhecimento, inteligência, saúde, felicidade, liberdade, enfim, o afeto é enchente de vida e portal da existência, forjado na seiva que alimenta a cadência do sentido da vida, que se engendra e se identifica na tridimensionalidade humana”. (WELTER, 2009, p. 51).

¹⁰² De acordo com Santos (2011, p. 73) “a afetividade é mais elementar, mais fundamental do que a inteligência, posto que aquela é inerente a todos os seres vivos, ao passo que a intelectualidade diz respeito apenas aos seres humanos e a alguns animais superiores”.

¹⁰³ Não são todas as teorias que consideram importante estudar os afetos, na Psicologia, priorizando-se o estudo da cognição e das funções intelectivas. Para essas teorias, os afetos são considerados deformadores do conhecimento objetivo, de acordo com Bock; Furtado; Teixeira (2008, p.164)

¹⁰⁴ No senso comum, afeto e amor se confundem. Entretanto, de acordo com Groeninga (2003, p. 130), os afetos “são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos, significativos”. Segundo a autora, os afetos “transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações, e ainda influenciam nossa forma de interpretar o mundo”. O amor, por sua vez, “é a origem e a ple-

psíquicas dos afetos ou se constituem em afetos originários. Entre esses dois extremos encontram-se inúmeras tonalidades, intensidades de afetos, que podem ser vagos, difíceis de nomear ou discriminados”, segundo Bock, Furtado; Teixeira (2008, p.165). Amar e gostar, por exemplo, ilustram o espectro que constitui a intensidade e a dualidade dos afetos, na análise de Groeninga (2010, p. 204), para quem:

Os afetos constituem a energia psíquica, baseada no prazer e desprazer, que investe pessoas ou representações, que valora as relações, e que se transforma em sentimento – dando um sentido aos relacionamentos. Como dito, os afetos não existem puros – só de amor ou só de ódio -, e em função desta natureza um tanto ambivalente, uma dose de conflito é inerente à vida. Várias são as combinações dos afetos, e enquanto o amor prevalecer as famílias continuam a se constituir, por meio da solidariedade e cooperação, o mesmo se dando nas relações sociais e mesmo entre os países. E, enquanto tal prevalência do amor existir, permanecemos por aqui...

Os afetos são constitutivos da vida mental e da vida de relações. Ainda de acordo com a autora (p. 203-204) “nos aproximamos e nos distanciamos com misturas de amor e ódio, e até mesmo com descaso – quando efetivamente nos afastamos”. Santos (2011, p.59) compreende que a afetividade constitui “elemento propulsor do psiquismo” e sua ausência impede o desenvolvimento do ego (consciência de si mesmo) e do superego (consciência moral). Segundo Silva; Fabriz (2013, p.35), a ausência de afetividade pode causar problemas de identificação e de relacionamento humano, com prejuízo à personalidade, “sem possibilidade de reconfiguração, haja vista o fato dos psicanalistas não conseguirem reconstruir a estrutura afetiva do paciente”, em suas letras.

A respeito da dicotomia dos afetos originários, Welter (2009, p. 54) pondera: “Deve ser desmistificada a ideia de que na família é conjugado somente o verbo amar, porque ela encobre o mundo do desafeto, da desunião, da guerra familiar, da desumanidade, do preconceito, da ofensa física e verbal, da ausência de solidariedade”. De acordo com o autor, quando o intérprete compreender que na família está inserida a linguagem desafetiva, “estará em condições de compreender a linguagem familiar, do amor, do afeto, da harmonia, do diálogo, da hermenêutica, da igualdade, da paz entre seus membros”.

A compreensão da dualidade dos afetos foi fundamental para a teoria do Complexo de Édipo, postulada por Freud¹⁰⁵ e baseada na ambivalência dos sentimentos. Para Freud, a pulsão da vida (Eros) e a pulsão da morte (Thanatos) são fundantes do ser humano. “Estão presentes em nós, em maior ou menor proporção, não em estado puro, mas fusionados. Eles nos aparecem sob a forma de afetos, amorosos e hostis”, nas palavras de Groeninga (2003, p. 130).

A interdependência econômica e afetiva entre os membros de uma família é destacada por Santos (2011, p. 152) como traço característico da estrutura familiar que, por sua vez, existe para possibilitar o desenvolvimento físico e psíquico de seus integrantes e estabelece a noção de pertencimento a determinado núcleo familiar, independentemente da existência de laços de consanguinidade entre seus integrantes. Na visão do autor (p. 152):

Não se pode dizer pertencente a determinada família àquela pessoa que dela não depende, nem econômica nem afetivamente, em que pese a eventual proximidade do laço consanguíneo. No entanto, pertence a uma família a pessoa que se mantém ligada ao grupo, estabelecendo trocas afetivas e mantendo relações de interdependência econômica, mesmo que o grau de parentesco consanguíneo seja distante ou ausente.

É o sentimento de pertencimento à família que, aliado a fatores socioculturais, pode constituir o *status* de filiação, permitindo o reconhecimento da parentalidade socioafetiva. A necessidade de compreender a formação dos laços de afetividade que se consolidam entre as pessoas para a formação de família e constituição do *status* de pai, mãe e filho(a), importa ao Direito, na busca por identificar o valor jurídico do afeto e suas repercussões jurídicas, assim como os elementos estruturantes para a formação de vínculos afetivos que repercutem na constituição de relações de parentalidade, especialmente no que toca à filiação socioafetiva.

Santos (2011, p. 153) percebe a família como “o *locus* de realização da afetividade, pois é nela que se realizam as experiências afetivas que vão moldar a personalidade e determinar a qualidade das relações a serem desenvolvidas pelos indivíduos na vida social e política”. É na família que as pessoas experienciam trocas afetivas, aprendem a lidar com os afetos e onde estabelecem conflitos, em razão das diferenças entre os sexos, gêneros, e as funções exercidas por seus membros e assim “se constituem enquanto seres humanos e se desenvolvem com vista à vida em sociedade”, nas palavras do autor (p. 153).

¹⁰⁵ A afetividade, antes de Freud foi examinada pela filosofia de Baruch de Spinoza e depois dele, pela psicologia do desenvolvimento de Jean Piaget (que centrou a abordagem no conhecimento); na psicologia de Pierre Debray- Ritzen e Badrig Melekian (que estudou as causas psicológicas de certas doenças infantis, utilizando o método experimental, a partir do comportamento da criança), segundo Santos (2011).

A afetividade, portanto, integra a ideia de família e é indispensável ao desenvolvimento do indivíduo. A família é o lugar ideal para servir de palco para os conflitos que irão preparar o indivíduo para a vida em sociedade, para o equilíbrio de seus impulsos e sentimentos, ou seja, para a garantia de sua saúde física e psíquica.

A ausência de previsão legal expressa da afetividade e da ontologia limita a compreensão da família, a uma “exegese genética absoluta, única e sagrada, determinando ao intérprete a busca do direito unicamente no texto da lei” ou deixando à subjetividade do julgador as decisões que envolvem a afetividade no Direito de Família, como se fosse ele, “a fonte suprema, infalível e sempre justa”, sob a ótica de Welter (2009, p. 19).

Não se pode desprezar, menosprezar ou desconsiderar a importância do mundo genético ao ser humano, em razão da transmissão das características da ancestralidade biológica que influenciam o comportamento humano. Também não se pode compreender a família e institutos como parentesco e filiação, assim como direitos deles decorrentes, como direitos sucessórios, de guarda, de visita, a alimentos, exclusivamente por esse prisma, porque ele representa apenas uma amostra do ser humano e do Direito de Família. No campo do Direito, mais especialmente, no Direito de Família, a afetividade constitui a essência das relações familiares, como argumenta Pereira (2011, p. 35):

É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico.

No universo jurídico, Alves (2010, p.138) destaca que a afetividade permite o exercício da autonomia privada pelos integrantes da família, garantindo a todos eles a liberdade de exercitar sua dignidade como melhor lhes aprouver, visando a consecução do seu projeto pessoal de felicidade, reforçando a ideia que, ainda conforme ele (p. 141):

Em sendo a família hodierna uma entidade democrática, aberta, plural, em que a promoção da dignidade dos seus membros é a sua principal missão, não há que se olvidar que a incidência da autonomia privada, no seu âmbito, deve ser uma regra geral, permitindo-se que cada indivíduo cultive e desenvolva uma relação afetiva da maneira que mais lhe interessar.

Nessa perspectiva, o afeto familiar traduz-se “no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de

todos”, nas palavras de Farias; Rosenvald (2014, p. 63), para quem a afetividade deve ser o fundamento jurídico para responder aos conflitos de interesses apresentados ao Judiciário.

A introdução do discurso psicanalítico na cena jurídica promoveu “uma desconstrução do velho discurso jurídico, de fórmulas centenárias e estabilizadas pelo dogmatismo e positivismo”, nos termos de Pereira (2010, p. 45), a partir da inserção de elementos (como inconsciente, subjetividade, alteridade, desejo e afetividade) para uma nova percepção da dimensão legal, do sujeito colocando-o como foco da proteção jurídica:

A partir da introdução do discurso psicanalítico, passa-se a compreender e considerar que o sujeito de direito é também um sujeito de desejo. Isto muda tudo. As mulheres se veem, então, como sujeitos na relação conjugal e parental e não mais como assujeitadas ao pai ou ao marido. Quebra-se, assim uma resignação histórica das mulheres que sustentavam os casamentos. A partir daí, passa-se a compreender que o verdadeiro sustento do laço conjugal não é o vínculo jurídico, mas o desejo e o afeto. Apesar das forças religiosas em contrário, em 1977 é aprovada a lei do divórcio – vitória do princípio da liberdade sobre o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Nessa análise de Pereira, a Psicanálise contribuiu para incorporar ao universo do Direito a dignidade da pessoa humana, na medida em que isso significa o direito a ser humano, que por sua vez, pressupõe considerar o sujeito e seu desejo. Trazendo o sujeito desejante como fator maior de interesse, permitiu ao Direito a desconstrução do regime patrimonialista e hierarquizado das relações conjugais e a construção de novos valores jurídicos, que colocam o sujeito no centro das atenções, promovendo a dignidade da pessoa humana à condição de macro ou superprincípio e na adoção do princípio da afetividade como norteadores das relações de família.

Um desafio que se apresenta ao Direito é o de integrar a afetividade às novas formas de configuração de família e ampliar essa integração às motivações conscientes e inconscientes que alimentam a vida familiar, assim como às questões econômicas e patrimoniais, sem substituir “a base patrimonial pela afetiva, mas guardar desta a devida derivação”, nas palavras de Groeninga (2010, p. 209), por meio do afeto e da solidariedade. Santos (2011, p. 135) ressalta:

Verdade é que a afetividade é indissociável dos seres humanos e integra toda a conduta, de modo que não se pode pensar em nenhuma ação que não seja influenciada pelos aspectos afetivos da personalidade. Assim, por ser constitutiva da personalidade, a estrutura psíquica converte-se num valor a ser preservado na órbita do direito.

O Direito brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, reconheceu “como uma das marcas – talvez a mais importante – da família moderna a afetividade (*affectio familiaris*), sem o qual ela realmente não existe, mesmo que formalmente persista um vínculo jurídico ligando determinadas pessoas”, conforme Alves (2010, p.137).

O Direito moderno vem agregando concepções humanistas que compreendem o ser humano além do biologismo e dos aspectos socioculturais. O Direito vem abrindo espaço para conceber o ser humano também no aspecto ontológico, como um ser tridimensional, formado por suas origens genéticas, por suas vivências afetivas e desafetivas e por suas relações com seu mundo interior, íntimo.

Compreender a tridimensionalidade humana é fundamental para a análise do ser humano em suas relações sociais e jurídicas. A partir de seu caráter social e ontológico, o ser humano é um ser (des)afetivo, assim como é um ser biológico e cultural. Na análise de Welter (2009, p. 53):

O afeto não é apenas um direito fundamental individual e social de afeiçoar-se ao outro ser humano (artigo 5º, § 2º¹⁰⁶, da Constituição do País), como um direito à sua integridade humana tridimensional, já que o ser humano não é constituído unicamente pela genética e/ou pela genética e afetividade, mas pelas três dimensões: genética, (des)afetividade e ontologia.

Acompanhando as modificações implantadas pela Carta Constitucional de 1988, o valor do afeto na concepção jurídica de família também se modificou ao longo do tempo, refletindo a “virada epistemológica”, que ocorreu na sociedade e no Direito a que se refere Santos (2011, p. 139). No mesmo sentido, é a análise de Calderón (2013, p. 131), para quem “No decorrer da modernidade, o espaço conferido à subjetividade e à afetividade alargou-se e verticalizou-se a tal ponto que, no último quarto do século XX, já era possível sustentar a afetividade como vetor das relações pessoais”.

Por meio dessa virada, a pessoa humana assumiu posição no centro do ordenamento jurídico, fazendo acontecer o que tem se chamado de “despatrimonialização¹⁰⁷” ou “reper-

¹⁰⁶ O art. 5º e seu § 2º da Constituição Federal assegura que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”:

[...]

§ 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁰⁷ A despatrimonialização não quer dizer que o Direito Privado deixou de regular as relações jurídicas estabelecidas em torno dos bens e do patrimônio, como pode parecer sugerir a expressão. Pela expressão pode-se entender que os valores patrimoniais devem estar “inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais”, segundo Perlingieri (2002, p. 33).

nalização” do Direito Privado. Esse fenômeno evidencia a opção normativa-cultural do Direito Privado por considerar que “a pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial”, nas palavras de Perlingieri (2002, p. 33):

Com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes e do consumismo, depois, como valores).

Outras alterações trazidas à família se destacam, por força do sistema de Direito de Família implantado pela Constituição Federal de 1988 e seguido pelo Código Civil de 2002. Com estes instrumentos jurídicos, a família evoluiu do modelo hierarquizado, firmado no casamento, voltado à procriação, à afinidade e com uma rígida divisão de papéis “à linearidade dos sentimentos, à divisão de papéis, ao companheirismo e a finalidade do casamento ou da união livre passa a ser a sociedade conjugal”, nas letras de Barbosa (1998, p. 24 e 25), para quem, as relações matrimoniais eram “relações advindas de um comportamento utilitário”. Ferreira e Espolador (2010, p. 104) destacam essas alterações na família, afirmando que:

A família clássica, representada pelo Código Civil de 1916, extremamente hierarquizada e patriarcal, e fundada na transpessoalidade, cede espaço para a família contemporânea, que, ao contrário da codificada, tem por pressuposto, o aspecto eudemonista, ou seja, a realização pessoal de seus membros, estes ligados por laços afetivos, de comunhão de vida e de afeto.

A ideia de superação do paradigma da família clássica apresentada por Ferreira e Espolador é corroborada por Maia (2008, p. 44), que entende que a família deixou de ser hierarquizada porque não há mais a figura do chefe de família, cabeça do casal, inspirada no *pater familiae* dos romanos, a quem competia as decisões da família e ao qual estavam subordinados a mulher e os filhos, no regime do Código Civil de 1916. Segundo ele, atualmente, com a divisão equitativa de papéis e responsabilidades entre marido e mulher e a responsabilidade compartilhada entre eles, em relação à educação dos filhos, por força da Constituição e do Código Civil vigente, que substituiu o pátrio poder pelo poder familiar, não se pode mais falar em hierarquia familiar. Marido e mulher têm os mesmos deveres e direitos. Em suas palavras, a família se transformou “em sociedade democrática privilegiada para o desenvolvimento da personalidade de pessoa humana”.

No mesmo sentido, afirma-se a despatrimonialização da família. Isso não quer dizer que a família deixou de ter como finalidade a proteção do patrimônio de seus membros, mas que, pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana que fundamenta a república brasileira nos termos da Constituição Federal, as relações patrimoniais devem estar subordinadas a valores existenciais, com proteção vinculada ao cumprimento de sua função social¹⁰⁸.

No campo do Direito de Família, de acordo com Maia (2008, p.44) “as normas pertinentes ao regime patrimonial da família passam a se subjuar em prioridade absoluta à pessoa do filho”.

A valorização do casamento por si mesmo, atribuindo denominações de legítima e ilegítima às famílias por ele, constituídas ou não, assim como aos filhos, também, denominações atinentes à legitimidade da união que os gerou deu lugar à dignidade da pessoa humana como valor superior ao casamento, alterando o foco da proteção legal e do Estado, do casamento para os indivíduos que integram a família, como observa Nicolau Jr (2009, p. 73):

A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Com base na concepção de repersonalização da família, o que se tem por família contemporânea, a união entre pessoas de sexos distintos ou do mesmo sexo só merece ser preservada enquanto representar para os cônjuges, companheiros e filhos, o ambiente ideal para o convívio familiar, permitindo o desenvolvimento da personalidade de cada um. Hirónaka (2013, p. 20), assim percebe, essas mudanças:

Mudam os homens. Mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiares, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis. Constrói-se uma família eudemonista, na qual se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra as pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou

¹⁰⁸ Esse foi o resultado de milhares de sugestões populares encaminhadas à Assembleia Nacional Constituinte de 1988 dirigidas a aspectos muito mais pessoais que patrimoniais das relações de família (LÓBO, 2011, p. 19).

nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros.

A família brasileira da atualidade assumiu o caráter eudemonista e apresenta-se destinada ao desenvolvimento de seus membros fundada na afetividade e no convívio social e, em razão deles, assume novas formas e características, mas não perde seu lugar no imaginário das pessoas como espaço ideal para a concretização dos ideais de felicidade. Diante dessas características da família contemporânea, Hironaka (p.17) conclui que:

Essa família atual não é melhor nem pior que a família do passado, mas, certamente, muito diferente dos modelos familiares antecedentes, das estruturas de poder e de afeto que habitaram, construíram e modelaram os arquétipos anteriores a este que hoje conhecemos.

A despatrimonialização ou a repersonalização do Direito Privado e, mais especialmente, do Direito de Família foi concretizada pela Constituição Federal de 1988, que alterou a concepção jurídica de família, trazendo elementos identificadores do processo de transição do Estado Liberal para o Estado Social, como assinala Amarilla (2014, p.64).

O perfil constitucional da família mudou porque mudou sua função social. Até então, família para o Direito era, unicamente, aquela formada por casais heterossexuais, com descendência, por meio do casamento indissolúvel. Essa família matrimonializada tinha o afeto como uma das razões para sua constituição, ao lado de outras motivações como a motivação patrimonial e procracional, por exemplo, como observa Oliveira (2010, p. 51):

As razões que uniam e mantinham tais famílias eram diversas; o afeto entre os membros que as integravam, era uma delas, todavia, sem o poder conferido pela liberdade de estar, sair, acolher, afastar, uma vez que o casamento era indissolúvel; a importância exagerada conferida ao patrimônio, a desigualdade entre filhos e entre homens e mulheres, conferiam razões para o “estar junto” que podiam coincidir ou não, com um sentimento de inclinação emocional pelo outro.

A inclusão de normas, sob a forma de regras e princípios de Direito Privado na Constituição Federal, caracterizou o que se convencionou chamar, na literatura jurídica, de “constitucionalização ou publicização do direito privado” ou em “direito civil constitucional”. Esse fenômeno, pelo que entende Motta (2009, p. 16), permitiu que as regras do direito civil constitucional se sobrepujassem, hierarquicamente, às normas do Código Civil. O fenômeno da constitucionalização do Direito de Família implantou uma nova tábua de valores, “reconhe-

cendo-se e tutelando-se uma comunidade familiar inclusiva, pautada na diversidade, no pluralismo e no respeito às diferenças”, como acentua Amarilla (2014, p. 67), para quem:

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

A carga axiológica que a Constituição Federal abarcou fez com que ela se constituísse em instrumento de reunificação e conciliação do sistema jurídico, no campo do Direito de Família, que se apresenta fracionado por diversos microssistemas, de acordo com Motta (2009, p. 16) para quem o Código Civil perdeu a função de centralizar o ordenamento jurídico, sendo substituído pela Constituição Federal nesse papel.

Mais que isso, a Carta Constitucional de 1988 implantou no sistema jurídico do Direito de Família a interpretação e aplicação dos postulados constitucionais relativos às quatro gerações de direitos fundamentais, nela reconhecidos. Isso quer dizer que com a edição da Constituição de 1988, “toda regra concernente à família passou a ter conteúdo interpretado, explicado e aplicado em consonância com os postulados da liberdade, igualdade, solidariedade e dignidade da pessoa humana” que, dentre outros, foram reconhecidos na Carta Magna, como direitos fundamentais, segundo Amarilla (2014, p.68).

O que se observa é que, por muito tempo, o racionalismo e o positivismo desprezaram a afetividade, fundando o Direito na vontade do homem, exteriorizada como manifestação de autodeterminação racional, expulsando os aspectos subjetivos da personalidade do mundo jurídico, considerando-os fatores externos que não merecem atenção do Direito¹⁰⁹.

Na contemporaneidade, segundo Santos (2011, p. 96), “a doutrina rejeita a rigidez do positivismo moderno, mas ainda contemporiza em conceber um Direito que seja fundado tanto na racionalidade quanto na afetividade”. Ainda, de acordo com ele (p. 105):

Enquanto os doutrinadores neokantistas situam a vontade ou o querer como fundamento da conduta jurídica, com ressalva de que se trata de um querer teleológico; enquanto os positivistas exacerbam o racionalismo, com exclusão de toda e qualquer interferência não racional, autores mais recentes assumem abertamente a influência dos aspectos interiores da personalidade na formação e na aplicação do Direito.

¹⁰⁹ Autores positivistas como Kant, Stammler, Kelsen, Bobbio e Del Vecchio são apontados por Santos (2011) como representantes dessa linha de pensamento.

Sob a ótica dessa nova teoria, que teve o jurista Miguel Reale como precursor, o Direito passou a ser considerado a partir da realidade cultural; implantou-se a concepção da necessidade de diálogo entre o Direito e outras ciências para a compreensão da realidade jurídica. A afetividade, então, assumiu o papel de fundamento da conduta jurídica¹¹⁰.

A mudança paradigmática introduzida no sistema jurídico nacional pela Constituição Federal de 1988 trouxe a pessoa para o centro do universo da proteção jurídica e implantou um novo sistema em relação à família (estabelecendo, por força do art. 226 e seus parágrafos: a igualdade entre os cônjuges; a igualdade entre os filhos do casal e aqueles havidos fora do casamento, proibindo a discriminação entre eles. Também promoveu o reconhecimento expresso, de outras modalidades de entidades familiares, como a união estável e família monoparental). Isto refletiu a complexidade do real e dos seres humanos e deixou de se ater unicamente à descrição das condutas adequadas ao convívio social para cuidar da proteção da pessoa humana, por meio da tutela dos direitos da personalidade.

Diante da complexidade da personalidade humana¹¹¹ que entrelaça o físico e o psiquismo, a afetividade se apresenta como conjunto de afetos que constituem o psiquismo humano, como estrutura que possibilita a realização da personalidade e a vida em sociedade. Nesse cenário, adquire valor jurídico, de acordo com a linha do pensamento complexo, empurrando o Direito a enfrentar e a lidar com as novas formas instáveis, heterogêneas e complexas de relacionamento familiar, sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

A inscrição da dignidade da pessoa humana¹¹² como valor fundamental para o ordenamento jurídico pátrio faz com que, de acordo com Santos (2011, p 112), “todos os atos e negócios jurídicos, todos os atos administrativos, todas as leis e todas as decisões judiciais devam ser orientadas para a realização desse valor fundamental”. Santos (2011, p. 131) ainda revela:

Assim, proteger a pessoa e sua dignidade significa proteger todos os aspectos da sua personalidade. Não somente os bens de natureza material, mas

¹¹⁰ Autores como Habermas, com a teoria da ação comunicativa, Rouanet, com a teoria da ética discursiva, Ihering com a lição do sentimento jurídico e Verdu contribuíram para a construção da teoria que afirma a afetividade como base da juridicidade. (SANTOS, 2011, p. 105).

¹¹¹ A personalidade é compreendida por Pereira (2008, p. 278) como “o conjunto de atributos que individualizam uma pessoa e determinam a maneira habitual de conduta de cada um”. Juridicamente, é “o conjunto de direitos subjetivos e obrigações atribuídas a cada pessoa pelo ordenamento jurídico a partir do momento em que ela nasce com vida, ressalvados os direitos do nascituro”, de acordo com o art. 1º do Código Civil. Pelo que dispõe o art. 2º do mesmo Código, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

¹¹² A dignidade da pessoa humana tem como elemento nuclear a autonomia e o direito de autodeterminação da pessoa individualmente considerada em abstrato, como potencialidade de cada ser humano autodeterminar sua conduta, independentemente de sua realização em concreto (SARLET, 2009, p.21).

também aqueles que não têm conteúdo econômico imediato e, por isso, são chamados de bens morais. A afetividade é indissociável dos seres humanos e colabora, ao lado da intelectualidade, para a construção da pessoa em sua individualidade e nas suas relações com as outras pessoas e com a sociedade.

A afetividade desponta, nesse cenário, como valor humano e social porque constitui a estrutura afetiva do homem, conformando sua personalidade, em conjunto com a intelectualidade, merecendo proteção e tutela pelo Direito, por ensejar o desenvolvimento da personalidade do homem e por promover sua dignidade.

O afeto ganhou espaço expresso no sistema jurídico nacional, por meio da letra da Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, incisos II e III¹¹³. Com o objetivo de proteger a mulher de situação de violência familiar, a lei faz referência à “relação íntima de afeto”, ou seja, recorre expressamente ao afeto para adjetivar relacionamentos em que a violência pode se manifestar.

No inciso II, o legislador não usou a palavra afeto, mas previu um conceito amplo de família ao identificá-la como toda “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. Ao se reportar a “indivíduos que são ou se consideram aparentados” quis se referir ao parentesco natural, biológico e ao parentesco resultante da socioafetividade, no qual, embora não haja vínculo de consanguinidade, o afeto permite que as pessoas se reconheçam aparentadas. A intenção do legislador em fazer menção ao parentesco socioafetivo se traduz no uso da expressão “por vontade expressa”, pois representa a vontade que faz nascer a família, numa referência implícita à socioafetividade.

A Lei n. 11.698/2008, intitulada Lei da Guarda Compartilhada que dispõe sobre a guarda dos filhos após o divórcio ou separação dos pais, alterou dois dispositivos do Código Civil de 2002 e trouxe ao texto do Código referência expressa ao afeto (art. 1.583, § 2º, I)¹¹⁴ e à afetividade.

¹¹³ O art. 5º da Lei n. 11.340/2010 estabelece que: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I- [...]

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III- em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

¹¹⁴ Pelo que determina o art. 1.583 do Código Civil: “A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º [...]

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação”.

de (art. 1.584, § 5º)¹¹⁵. Por meio das alterações impostas pela Lei da Guarda Compartilhada o afeto ganhou prestígio na definição da guarda. O afeto assumiu feição de critério decisório para a identificação do genitor, que deve ficar com a guarda do filho.

Em 2009, a Lei 12.010/2009, a Nova Lei de Adoção, também fez menção expressa à afetividade, destinando-lhe tratamento de elemento da definição de família extensa ou ampliada, no parágrafo único do art. 25, ao defini-la como “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Mais que isso, tomou a afetividade como critério decisório para o julgamento do pedido de adoção, ao estabelecer, no § 3º do art. 28 que “Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”.

As disposições legais trazidas ao ordenamento jurídico nacional pelas leis da Guarda Compartilhada e da Adoção promoveram a afetividade à condição de critério para o julgamento pelo juiz no exame da situação concreta levada a seu juízo. Isso significa que à afetividade foi concebida pelo legislador não apenas como norma programática. No texto das duas referidas leis, a afetividade apresenta força normativa, à medida que eleita como critério a ser concretamente observado, no momento da decisão, “o que evidencia ser possível se extrair a necessária objetividade jurídica, mesmo a partir de um tema que possui uma inerente subjetividade”, de acordo com Calderón (2011, p. 208), que completa:

O legislador não viu qualquer óbice na utilização da afetividade até mesmo como um dos critérios objetivos a ser levado em conta no momento da decisão de processos judiciais (que pode envolver litígios e lida com situações que merecem atenção especial por envolver crianças e adolescentes). Não se percebe qualquer retração, dúvida ou cautela com uma suposta “subjetividade” ou “abstração” que seria inerente à afetividade, o que, para os que argumentam neste sentido, impediria o Direito de trabalhar com tal conceito (como mitos sustentam).

O sistema jurídico nacional reconheceu a afetividade que se desenvolve nas famílias neoconfiguradas, ao permitir alterações à Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), para autorizar a averbação no registro civil de nascimento do enteado ou da enteada, do nome de

¹¹⁵ O art. 1.584, § 5º do Código Civil dispõe: “Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

família do padrasto ou da madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família por força da Lei 11.924/2009, conhecida como Lei Clodovil¹¹⁶.

A afetividade também mereceu destaque pelo legislador no art. 3º da Lei n. 12.318/2010¹¹⁷ que regula a proteção dos filhos contra a Alienação Parental. A referida lei pretende proteger a realização do afeto nas relações familiares, considerando, dessa forma, o afeto como valor que merece a tutela e a proteção da lei e, para salvaguardá-lo prevê sanções às condutas por qualquer dos genitores, que possam impedir que a afetividade nas relações parentais se realize de forma plena.

Em 2011, a Lei n. 12.398/11 reconhecendo o vínculo de afetividade que se estabelece na relação avoenga (entre avós e netos), fez introduzir ao texto do art. 1.589 do Código Civil de 2002 um parágrafo único que estabelece o direito de visitas dos avós paternos e maternos aos netos, respeitando o melhor interesse da criança e do adolescente.

Percebe-se, assim, que o direito de família não esteve insensível às mudanças sociais. Ao contrário, sofreu o influxo das alterações legais. As leis mencionadas, que cuidam da violência doméstica, da guarda compartilhada, da adoção e da alienação parental trouxeram o afeto e a afetividade para o corpo do texto legal, “o que é um certo avanço de técnica legislativa e indica – além de certa sensibilidade – uma possível tendência”, nas palavras de Calderón (2011, p. 205).

No Congresso Nacional, os dois projetos de lei que encontram-se em tramitação com o intuito de criar um Estatuto próprio para a família brasileira contemplam tratamento divergente em relação ao tratamento da afetividade. O projeto formulado pelo IBDFAM que pretende implantar o Estatuto das Famílias acolhe a diversidade e a pluralidade das formas de manifestação da família como fenômeno social, no mundo jurídico, situando, expressamente, a afetividade como princípio orientador do Direito de Família, em toda sua abrangência. O projeto denominado Estatuto da Família, atribui o *status* de família unicamente às uniões matrimoniais entre pessoas de sexos distintos e não contempla a afetividade como valor jurídico.

¹¹⁶ Na Alemanha, é possível a alteração do nome da criança para receber o nome da família neoconfigurada que a identifica, refletindo o reconhecimento social e jurídico das famílias neoconfiguradas como ambiente de afeto familiar. “Em vez de considerar o ambiente *patchwork* promíscuo ou inadequado às crianças, o legislador se posicionou no sentido de facilitar a integração do menor ao contexto sócio-cooperativo-emocional do novo núcleo familiar”, conforme informa Silva Filho (2013, p. 50)

¹¹⁷ Assim dispõe, o art. 3º da Lei nº 12.318/2010 – Lei da Alienação Parental: “A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda”.

O Projeto do Estatuto das Famílias assume a opção pelo caráter eudemonista da família, atribuindo valor ao *animus* das pessoas pela convivência familiar, sem estabelecer limitações decorrentes do sexo entre os coniventes e/ou relações de parentesco natural ou biológico. A posição defendida pelo projeto de Estatuto das Famílias reflete as alterações promovidas no Direito de Família, pelos movimentos de constitucionalização do direito privado, de repersonalização do Direito de Família, e pelos princípios constitucionais de liberdade, igualdade, solidariedade, e da dignidade da pessoa humana que permitiram, na percepção de Calderón (2013, p 132), a releitura de institutos jurídicos, por meio da experiência concreta da afetividade na família.

Permite, dessa forma, o reconhecimento da socioafetividade como formadora de relações familiares, em famílias homoafetivas, em famílias que se formaram a partir da reprodução humana assistida e em famílias neoconfiguradas, nas quais se estabelecem relações afetivas e sociais entre padrastos/madrastas e enteados, o que importa, em especial, ao desenvolvimento deste trabalho.

Entretanto, não basta conhecer a importância da afetividade para as relações de família, na atualidade, nas quais é invocada como elemento para realização da pessoa humana. Mais que isso, importa ao Direito identificar “que afetividade é essa que merece a preocupação do jurista, a partir da definição do seu objeto e do estabelecimento dos seus limites”, no dizer de Oliveira (2010, p. 49).

É preciso conhecer sua natureza e finalidade para se evitar que seja utilizada pela doutrina e jurisprudência como “uma abertura de tamanha dimensão que mais aponta para o desconhecimento dos operadores do direito que para a largueza de sua abrangência”, como pondera Idem (p. 49). Por isso, torna-se relevante averiguar o conteúdo e natureza da afetividade na seara do Direito, para identificar se representa ela um princípio jurídico do Direito de Família ou um valor jurídico merecedor de tutela, ou ainda, um valor do qual o Direito não deve cuidar.

2.1 A afirmação da afetividade como princípio jurídico do Direito de Família

A constitucionalização do direito privado, o movimento de repersonalização do direito de família, além do prestígio conferido aos princípios constitucionais de liberdade, igualdade, solidariedade, dignidade permitiram, na percepção de Calderón (2013, p 132), a releitura

de institutos jurídicos, por meio da experiência concreta da afetividade na família, conferindo-lhe importância jurídica.

Atualmente, a afetividade, de acordo com Oliveira (2010, p. 52) “é socialmente aceita como aquilo que justifica o surgimento e a manutenção das famílias”. Isso faz dela, um valor social e, como tal, adquire valor jurídico à medida que o Direito é chamado a reconhecê-lo. Ao ser positivado, assume o caráter de princípio, defende (p. 50).

Mas qual o lugar da afetividade no Direito de Família? Qual sua natureza jurídica? É mesmo um princípio jurídico ou um postulado com valor para o Direito? Responder a essas indagações significa buscar conhecer o conteúdo de que se reveste a afetividade no campo do Direito de Família na contemporaneidade.

A partir da identificação de sua natureza jurídica, pretende-se conhecer os efeitos e as repercussões deste reconhecimento no universo do Direito de Família, especialmente no que diz respeito à constituição e formação de vínculos de parentesco e filiação, no campo das famílias neoconfiguradas. Estas, embora marcadas pela afetividade, que representa o elemento aglutinador das pessoas que a compõem, enfrentam dificuldades no que diz respeito à formação e reconhecimento jurídico de relações parentais e de parentesco entre seus membros.

Classificar a afetividade ou o afeto como valor ou princípio jurídico é tarefa que divide os autores e que adquiriu relevância no universo do Direito de Família, em face da importância e prestígio que os princípios jurídicos adquiriram como forma de dar solução a questões complexas que se apresentam nas relações jurídicas de família, sem colocar em risco a segurança jurídica¹¹⁸.

Apenas como recurso hermenêutico, faz-se necessário conhecer a distinção entre valor e princípio para o Direito, com o intuito de, a partir dessa diferenciação, buscar classificar a afetividade identificando sua natureza jurídica. Ávila (2006, p. 80) a apresenta:

Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.

¹¹⁸ Motta (2009, p.14) informa que embora a teoria filosófica dos princípios remonte aos estoicos e tenha sido desenvolvida pelos juristas romanos, “os romanos não tinham o costume de expor os princípios jurídicos em seus textos, em virtude de terem uma resistência, embora mitigada com o passar do tempo, à abstração e à fixação de conceitos gerais e definições jurídicas”.

Considerando-se as diferenças apresentadas entre princípios e valores, o conceito de princípio, na esfera jurídica, pressupõe o de norma jurídica, porque elencado ao lado das regras como suas espécies. As normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”, conforme a lição de Ávila (p. 30), que não percebe uma distinção clara entre as espécies normativas (regras e princípios), atribuindo ao intérprete sua qualificação¹¹⁹. Motta (2009, p. 14) assim estabelece a distinção entre princípios e regras jurídicas:

princípios jurídicos são normas jurídicas, positivadas ou não, projetando valores e traduzindo ideias que informam o sistema jurídico e ao mesmo tempo são dele extraídos, cuja aplicação deve ocorrer na maior medida possível e na menor oposição possível a outros princípios e regras jurídicas, em busca da harmonia dos valores da segurança jurídica e da justiça.

A rigor, “princípios jurídicos” e “princípios gerais de direito” correspondem, em essência, ao mesmo conceito, mas distinguem-se, em razão da função que desempenham. Quando um princípio jurídico assumir a função e o objetivo de integração, será considerado um princípio geral de direito. Em outra função, de acordo com Motta (2009) o mesmo princípio terá caráter de princípio jurídico, se pertencente ao sistema normativo nacional.

Importa conhecer o conteúdo e a eficácia dos princípios, de forma geral, diferenciando-o das regras e dos valores, para que se possa, a partir dessas noções, identificar, neste trabalho, a natureza jurídica da afetividade, obtendo fundamentação que permita classificá-la como princípio ou valor jurídico digno de tutela, no campo do sistema jurídico nacional. Essa classificação servirá para a análise da afetividade no contexto da socioafetividade como geradora de vínculos parentais nas famílias neoconfiguradas.

Pela teoria clássica do Direito Público, os princípios são normas de elevado grau de abstração¹²⁰ e generalidade¹²¹ com aplicação em alto grau de subjetividade, enquanto que as regras denotam, segundo Ávila (2006), pouco ou nenhum grau de abstração e generalidade com aplicação com pouca ou nenhuma subjetividade do intérprete.

¹¹⁹ De acordo com Ávila (2006, p. 35), “O decisivo, por enquanto, é saber que a qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras depende da colaboração construtiva do intérprete. Resta saber como devem ser definidos os princípios e qual a proposta aqui defendida”.

¹²⁰ Dirigem-se a um número indeterminado de situações (ÁVILA, 2006, p. 84).

¹²¹ Dirigem-se a um número indeterminado de pessoas (ÁVILA, p. 84).

De acordo com a teoria moderna do Direito Público, os princípios são, nas letras de Ávila (2006, p. 87) “normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e poderem ser realizadas em vários graus”. Já as regras, de acordo com essa teoria, ao contrário, “estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, e, que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção”.

O conceito de regras e princípios foi apresentado por Ávila (2006) a partir da sistematização das conclusões das discussões que se estabelecem na literatura jurídica acerca dos critérios para distinção¹²² e a análise crítica apresentada a cada um deles, Para o autor (p. 78-79):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta humana havida como necessária à sua promoção.

Baseado em Ávila, conclui-se que princípios e regras não possuem as mesmas propriedades, uma vez que as regras instituem deveres definitivos, que não podem ser superados, “sendo aplicadas ante a correspondência entre o conceito normativo e o conceito do material fático”, na lição de Oliveira (2010, p. 50), enquanto que os princípios estabelecem deveres provisórios que podem ser superados e são aplicados fazendo-se uma ponderação de valores entre as razões colidentes.

Os princípios “são normas importantes para a compreensão do sentido das regras”, na letra de Ávila (2006, p. 97) e atuam sobre outras normas de forma direta, sem intermediação ou interposição de outro princípio ou regra, exercendo função integrativa, por determinação expressa do art. 4º da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹²³ (eficácia interna).

¹²² Embora pareça simples, à primeira vista, não é fácil estabelecer a diferença entre princípios e regras. Na literatura jurídica, foram relacionados vinte e quatro critérios para distingui-los entre si. (Motta, 2009, p. 16).

¹²³ O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei n. 12.376 /2010 determina que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Atuam também sobre a compreensão dos fatos e provas, exercendo função seletiva e argumentativa¹²⁴ para permitir o exame de pertinência, em relação aos fatos e de valoração, em relação às provas. (eficácia externa). Significa dizer que “as normas jurídicas são decisivas para a interpretação dos próprios fatos” e que a função do princípio é estabelecer indiretamente um valor pelo estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser buscado.

Isso ocorre, porque, na cena jurídica atual, os princípios não se resumem, como no contexto positivista, à condição de fontes subsidiárias do Direito, às quais o julgador ou intérprete recorre na hipótese de lacuna da lei. Também não são mais o “norte abstrato, o direito ideal”, como se refere Oliveira (2010 p 50). Atualmente, ocupam posição de destaque na pirâmide normativa, “passando a conformar a lei e não mais o inverso”, nas palavras de Albuquerque (2010, p. 30-31), que assim completa:

Essa inversão deve-se ao fato da reconhecida insuficiência da lei para realizar os anseios sociais, ao passo que os princípios, devido a sua natureza fluida, permitem seu preenchimento a partir dos valores, ou seja, os princípios servem de instrumentos materializadores dos valores supremos intrínsecos à sociedade em determinado contexto, quer dizer, os princípios radiografam os fundamentos da ordem jurídica.

Na concepção de Albuquerque, que representa a hermenêutica jurídica moderna são compreendidos como “bases de complementação, informação, contextualização, norteadora das regras, como a alma que anima o corpo”, como observa Oliveira (2010, p. 50). Funcionam como elementos que promovem a articulação do sistema jurídico, no diálogo entre a realidade social e as normas jurídicas. Se por um lado apresentam fraca densidade semântica, por outro, são fortes no papel de legitimar os valores sociais de tutela, na visão de Albuquerque (2010, p.35).

Os princípios podem atuar na compreensão do sentido das regras, também de forma indireta, pela intermediação ou interposição de outros princípios ou regras, exercendo funções definitória, interpretativa, bloqueadora e rearticuladora, de acordo com Ávila (2006, p. 98)¹²⁵.

¹²⁴ Pela função seletiva, estabelecem uma “releitura axiológica do material fático”, protegendo determinados bens jurídicos e permitindo avaliar os elementos de fato que lhes são importantes. Pela função argumentativa, os princípios agem valorando os fatos, “de modo a privilegiar os pontos de vista que conduzam a valorização dos aspectos desses mesmos fatos, que terminem por proteger aqueles bens jurídicos”. (ÁVILA, 2006, p.97).

¹²⁵ De acordo com Ávila (2006, p. 98), os princípios exercem função definitória quando “delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior. Por exemplo, “se há uma regra prevendo a abertura de prazo, mas o prazo previsto é insuficiente para garantir efetiva protetividade aos direitos do cidadão, um prazo adequado deverá ser garantido em razão da eficácia bloqueadora do princípio do devido processo legal”. Exercem função interpretativa quando se destinam a interpretar regras, ampliando ou restringindo seu sentido, orientando a interpretação de normas constitucionais ou legais. Nessas hipóteses, os princípios são qualificados como decisões valorativas objetivas com função explicativa (*objektive*

Albuquerque (2010, p. 45) assim destaca a importância dos princípios para a interpretação da regra, no caso concreto:

Se o universo dos princípios é rico e complexo, contribuindo para uma melhor interpretação do caso concreto, por outro lado pode gerar verdadeiras incongruências jurídicas. Não por acaso o sistema jurídico normativo é formado de regras e princípios, pois essa estrutura subsidia o equilíbrio necessário ao operador do direito, em particular ao juiz, no momento da decisão do caso concreto. Se a regra não responde satisfatoriamente às demandas modernas, cabe então aos princípios este papel, mas sua utilização não pode ser feita de maneira desmesurada. Sua aplicação, ao contrário, não é meramente subjetiva e tampouco absoluta, encontrando limites nos outros princípios e no contato com a regra ética.

A literatura jurídica nacional não possui uma posição unívoca em relação à atribuição de natureza jurídica de princípio à afetividade. As questões que envolvem o reconhecimento da socioafetividade como elemento formador de relações familiares e de parentalidade não comportam maiores discussões. Entretanto, revela-se certa dificuldade para o reconhecimento da afetividade como princípio jurídico, quando o assunto em questão é a responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos, ainda que provedores de suas necessidades materiais ou o reconhecimento de direitos à concubina ou às uniões paralelas como uniões estáveis.

Atualmente, três correntes doutrinárias, apresentadas por Calderón (2013, p. 133) congregam os pesquisadores e cientistas do Direito em torno delas: 1) uma delas sustenta que a afetividade deve ser reconhecida como valor jurídico e possui natureza jurídica de princípio constitucional implícito; 2) outra defende que deve ser reconhecida pelo direito, mas atribui-lhe a natureza de valor relevante, sem classificá-la como princípio; 3) e uma terceira que alega que a afetividade não deve ser valorada pelo Direito, porque o afeto a ele é estranho.

A corrente doutrinária que atribui natureza jurídica de princípio jurídico à afetividade sustenta que, apesar de não se encontrar prevista de forma expressa no ordenamento jurídico nacional, sua natureza principiológica resulta da análise sistemática e teleológica dos artigos 226, *caput* e §§ 3º, 4º e 6º¹²⁶ e 227, *caput* e §§ 1º, 5º e 6º¹²⁷ da Constituição Federal. A partir

Wertentscheidung mit erlaunender Funktion). Quando os princípios exercem função bloqueadora, “afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido. A função rearticuladora é aquela que os sobreprincípios exercem, ao passo que permitem a interação entre os elementos que compõem o estado ideal das coisas a ser buscado.

¹²⁶ Vale a transcrição do *caput* do art. 226 e seus §§ 3º, 4º e 6º da Constituição Federal:

Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

[...]

da análise conjunta desses dispositivos constitucionais concluiu pela sua natureza de princípio implícito de Direito, decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana¹²⁸.

A dignidade da pessoa humana está inserida como princípio fundamental na Constituição Federal (art. 1º, III¹²⁹) como cláusula geral de tutela para consagrar a proteção integral da personalidade em todas as suas manifestações e se sustenta em três pilares: o direito à vida e à existência digna, o direito à liberdade e o direito à igualdade, como entende Delgado (2008 p 318).

O princípio da dignidade da pessoa humana “assegura o respeito que cada ser humano merece do outro, a começar no seio da própria família”. Por isso, não se restringe apenas ao preceito constitucional, mas tem nele seu ponto de partida para atingir todos os ramos do Direito, “vinculando todo e qualquer tipo de relação jurídica, pública ou privada”, nas letras de Delgado (2008, p 317), inclusive as relações de família.

Na mesma corrente de pensamento, Santos (2011, p. 133) percebe a afetividade como princípio constitucional implícito não decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, mas como corolário ao princípio da solidariedade, vez que “as pessoas participam da

§3º- “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º- Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

[...]

§ 6º -O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

¹²⁷ Estabelece, a Constituição Federal, no art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

[...]

§5º-A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º -Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

¹²⁸ Assim como o direito de igualdade entre os filhos, o princípio da proteção da família, da paternidade responsável, da proteção integral da criança e do adolescente, da solidariedade entre os cônjuges, da não discriminação, do respeito às diferenças, dentre outros.

¹²⁹ Assim consagra o art. 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana”.

vida social com todos os atributos da personalidade, dentre os quais se destacam a estrutura psíquica e a capacidade para se relacionar. E daí se espraia para todo o ordenamento jurídico, condicionando as ações na vida em sociedade”. Esse também é o pensamento de Sarlet (2009, p. 22-23), a seguir transcrito:

[...] – sustentar que a dignidade da pessoa se encontra, de algum modo, ligada (também) à condição humana de cada indivíduo, não há como desconsiderar a necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nessa condição conviverem em determinada comunidade. Aliás, consoante já anunciado, a própria dimensão ontológica (embora não necessariamente, biológica) da dignidade assume seu pleno significado em função do contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores (assim como princípios e direitos fundamentais) socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas.

Na esteira do pensamento de Sarlet, Gagliano; Pamplona Filho (2011, p. 92) compreendem que a adoção do princípio da afetividade significa “mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva”. Importa “compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros”.

Autores como Maria Helena Diniz, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Giselle Groeninga, Caio Mário da Silva Pereira, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, Jorge Shimeguitsu Fujita, Rolf Madaleno, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Maria Berenice Dias, Carlos Dias Motta, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Rodrigo da Cunha Pereira, dentre outros, filiam-se a essa corrente de pensamento¹³⁰.

Uma segunda corrente doutrinária reconhece a importância jurídica do afeto, como um valor relevante a ser observado pelos julgadores e intérpretes do Direito, sem, contudo, atribuir-lhe natureza principiológica. Embora essa corrente de pensadores reconheça o afeto como “o grande continente que recebe todos os mananciais do Direito das Famílias, podendo (*rectius*, devendo) ser o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesses estabelecidos nessa sede”, nas palavras de Farias; Rosendal (2014, p. 63) não consideram a afetividade princípio jurídico, apenas valor jurídico tutelável.

¹³⁰ Não se tem notícia que os autores indicados neste trabalho, como defensores das três correntes doutrinárias tenham desenvolvido pesquisa científica, em nível de mestrado ou doutorado para fundamentar seus pontos de vista. As teses que sustentam, baseiam-se nos argumentos que apresentam nas obras de autoria deles publicadas em forma de livro.

Sob o mesmo argumento daqueles que sustentam o afastamento do reconhecimento do *status* de princípio jurídico ao afeto, fundamentam o entendimento no argumento de que não se pode atribuir natureza de princípio jurídico ao afeto por ser ele um sentimento humano espontâneo, não comportando, portanto, exigibilidade. Por isso, não pode ser considerado princípio porque os princípios têm força coercitiva, em função de seu caráter normativo. Para Farias; Rosenvald (p. 64):

Afasta-se, portanto, uma suposta caracterização do afeto como um princípio jurídico do Direito das Famílias. Ora, se princípio fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula os sujeitos. Assim sendo, a afetividade permeia as relações jurídicas familiares, permite decisões e providências nela baseadas (como a concessão de guarda para quem demonstra maior afetividade ou mesmo o reconhecimento de uma filiação em decorrência de sua presença). Contudo, não se pode, na esteira técnica do Direito, impor a uma pessoa dedicar afeto (amor, em última análise) a outra.

Representam essa linha de pensamento, autores como Fábio Ulhoa Coelho, Arnaldo Wald, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald e Eduardo de Oliveira Leite.

Uma terceira corrente, capitaneada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Marco Túlio de Carvalho Rocha, Roberto Senise Lisboa e Gustavo Tepedino, dentre outros defende que a afetividade não deve ser valorada pelo Direito, muito menos, erigida ao patamar de princípio jurídico, como informa Calderón (2011, p. 235).

Os defensores dessa corrente doutrinária compreendem a afetividade como um sentimento e não como um princípio ou valor jurídico que possa ser usado para a solução de conflitos jurídicos no campo do Direito de Família.

Por se tratar de um sentimento, o afeto não possui objetividade, o que prejudica sua assimilação pelo Direito. Todavia, como observa Calderón (2011, p. 235), porquanto considerem o afeto relevante nas relações de família, ponderam que o direito de família tem embasamento em direitos e deveres e não em sentimentos e emoções, razão porque não deve valorar o afeto. Silva (s/d, s/p) assim se manifesta quanto à relevância da afetividade para as relações de família:

O afeto é relevante nas relações de família, mas não se pode olvidar que o Direito de Família tem embasamento em direitos e deveres e não em sentimentos ou emoções, que a família brasileira é monogâmica, que não podem ser eliminadas as sanções pelo descumprimento dos deveres e pela violação aos direitos familiares sob pena de tais deveres e direitos serem transforma-

dos em meras recomendações, que a união estável merece toda a proteção jurídica, mas que sua natureza na constituição e na dissolução é diversa do casamento, e que o poder familiar dos pais é de extrema relevância na formação dos filhos.

Além das razões trazidas por Silva, outras são apresentadas pelos defensores desta corrente. Para não atribuir valor jurídico ao afeto tem por base o argumento de que muitas manifestações de afeto contrariam os valores fundamentais da ordem jurídica. Além disso, a ausência de um conceito objetivo ou claro do que seja afetividade e a impossibilidade de a ela se poder atribuir coercitividade afastaria o afeto da tutela jurídica, como informa Calderón (2011, p. 235).

De acordo com os defensores dessa linha de pensamento, não caberia sanções indenizatórias em função da falta de afeto. Segundo esse entendimento, as sanções que podem recair sobre aqueles que não cumprem o dever de afeto estão ligados ao que postula Tepedino (2009, s/p.).

alguns métodos coercitivos de prevenção relacionados à orientação socioeducativas, tais como: penalidade para frequentar cursos; advertências; apresentação perante o juiz, medidas socioeducativas, políticas públicas pedagógicas, evolução da técnica legislativa visando a instauração de uma nova cultura, e a responsabilidade civil somente em último caso. A liberdade como valor fundamental nas relações existenciais é associada à ética da alteralidade, no âmbito da qual os deveres jurídicos fogem à lógica da reparação.

A teoria que compreende que o amor/desamor (afetividade) não interessa à ciência jurídica funda-se na ideia de que “[...] amar não é dever ou direito. Amar é sentimento intangível pelo Direito”, nas palavras de Silva (2012 s/p). Para essa teoria, o fundamento do pedido de indenização para o abandono afetivo não poderia ser a falta de amor, mas o descumprimento do dever do pai e da mãe de ter o filho em sua companhia e educá-lo. Essa é de natureza objetiva, conforme está previsto no art. 1.634, I e II do Código Civil e no nos arts. 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõe aos pais o dever de assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do filho menor, em condições de dignidade. Nesse sentido, se posicionou a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de REsp 1159242 / SP RECURSO ESPECIAL 2009/0193701-9, tendo como relatora, a Ministra Nancy Andrighi, em 24/04/2012, com decisão publicada no DJe em 10/05/2012:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O

cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Diante da opção metodológica realizada para esta tese, pelo exame da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, a análise da responsabilidade civil por abandono afetivo se faz neste estudo, ilustrativamente, para que possa, tão somente, apresentar a adesão à corrente doutrinária que compreende a afetividade como princípio jurídico.

As segunda e terceira correntes doutrinárias que não reconhecem natureza jurídica de princípio ao afeto apegam-se ao receio de que reconhecida a afetividade como valor jurídico alçado à categoria de princípio, institua-se a poligamia no sistema jurídico nacional, uma vez que a afetividade justificaria, fundamentaria e legitimaria as relações conjugais paralelas ou simultâneas ao casamento ou à união estável. Da mesma forma, negam a possibilidade de indenização por abandono afetivo.

O receio de que se institua a poligamia no ordenamento jurídico nacional se justifica, uma vez que o princípio da afetividade vem sendo aplicado a esses casos pelo Superior Tribunal de Justiça, como recurso de interpretação à lei para garantir aos conviventes direitos previdenciários, a alimentos e à partilha de bens, a partir do reconhecimento da união dúplice de boa fé como união estável.

Embora se tenha em mente a monogamia como substrato das conexões morais, ela não se resume a uma regra moral. Funciona como “um interdito proibitório” para organizar e regular as relações conjugais matrimoniais e paralelas, de boa fé ou não, de acordo com Pereira (2010, p. 46)

A jurisprudência do STJ é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado¹³¹.

Na ementa da decisão exarada pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em junho de 2014, em REsp 1348458 / MG, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, a seguir transcrita, o princípio da afetividade serviu como fundamento para que não fossem reconhecidos elementos caracterizadores da união estável. Analisado em conjunto com a monogamia, como elemento estruturante da família, norteou a decisão pelo não reconhecimento da união estável:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96.

1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo *de cujus*, que mantinha outro relacionamento estável com terceira.

3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, **a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.**

4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.

5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles.

8. Recurso especial desprovido. (grifos nosso).

¹³¹Outras decisões do STJ no mesmo sentido: REsp 1096539 / RS, AgRg nos EDcl no AREsp 514772 / SP, REsp 912926-RS, REsp 931155-RS, AgRg no AREsp 395983 / MS, REsp 912926-RS, AgRg no Ag 1130816-MG, REsp 912926 / RS, REsp 789293-RJ, REsp 1157273-RN, AgRg no Ag 1130816 / MG, AgRg no REsp 1142584 / SC.

O Superior Tribunal de Justiça uniformizou a jurisprudência¹³² nesse sentido, negando o reconhecimento de união estável paralela ao casamento ou a outra união estável e os direitos previdenciários dela, decorrentes, como se observa pela análise da decisão no PEDILEF: 200651510523651, que teve como relator, o juiz federal José Antonio Savaris, em 02/08/2011, a seguir, transcrita:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO PARALELO A CASAMENTO SEM SEPARAÇÃO DE FATO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF, DO STJ E DESTA TNU. PROVIMENTO. 1. Cabe Pedido de Uniformização quando demonstrado que o acórdão recorrido contraria a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. 2. Ao julgar procedente pedido de concessão de pensão por morte à parte autora, que manteve relacionamento com o falecido concomitantemente à constância do casamento deste, a Turma de origem contrariou o entendimento dominante do STJ, no sentido de que “as situações de concomitância, isto é, em que há simultânea relação matrimonial e de concubinato, por não se amoldarem ao modelo estabelecido pela legislação previdenciária, não são capazes de ensejar união estável, razão pela qual apenas a viúva tem direito à pensão por morte” (REsp 1.104.316, 6ª Turma, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 18.05.2009). No mesmo sentido : REsp 1.157.273 ,3ª Turma, Rel. Nancy Andrichi, DJ 07.06.2010; AgAI 1.249.035, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 22.03.2010). 3. A controvérsia já foi solucionada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 397.762, no sentido de que o concubinato – relação paralela a casamento sem separação de fato não gera direito a pensão por morte (1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11.09.2008). 4. Na esteira da jurisprudência do STF e do STJ, esta Turma Nacional de Uniformização tem orientado que, sendo pressuposto da união estável a ausência de impedimentos para o casamento ou a separação de fato, não é possível o seu reconhecimento na vigência de matrimônio válido sem separação, mantendo-se o concubinato adúltero à margem da legislação previdenciária, pelo que a pensão por morte deve ser deferida apenas à esposa ou companheira, e não à concubina” (PEDILEF 2007.70.95.016060-7, Rel. p/Acórdão Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares, DJ22.06.2009). No mesmo sentido: PEDILEF 2006.83.00.520170-8, Rel. Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz, DJ 29.05.2009; PEDILEF 2006.40.00.709835-9, Rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, DJ 29.05.2009.5. Incidente conhecido e provido, uniformizando-se o entendimento de que o relacionamento paralelo a casamento sem separação de fato ou união estável preexistente não gera direito à pensão por morte).

¹³² Isto quer dizer que, embora não esteja afastada a hipótese de dissídio pretoriano, prevista no Código de Processo Civil, por meio do recurso especial e dos embargos de divergência, para que seja alterada posição jurisprudencial já pacificada, é preciso robusta fundamentação. A uniformização de jurisprudência serve como parâmetro, para as hipóteses pendentes e futuras, que deverão, por ela, se guiar, evitando-se discussões acerca de temas já pacificados pelos Tribunais. Pela uniformização de jurisprudência, essas decisões valem como critério a ser seguido pelos julgadores em casos iguais.

Entretanto, a despeito da uniformização da jurisprudência sobre o tema, pelo STF, a discussão sobre o assunto não está encerrada. Ao contrário, levando-se em consideração a teoria do poliamorismo ou poliamor que considera “a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta”, como a descreve Gagliano (2010, p. 444), discute-se a possibilidade de reconhecer direitos à concubina. A discussão se acirra ao se analisar a hipótese da união estável putativa, em que um dos parceiros está de boa fé e ignora o estado civil do outro.

Na hipótese de boa-fé, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se posicionou, na esfera do direito obrigacional, pela indenização da companheira de boa-fé, por ter investido dinheiro na relação, com vistas a impedir o enriquecimento ilícito, como informam Gagliano; Pamplona Filho (2011, p. 445). No campo do Direito de Família, entretanto, prevalece o entendimento consolidado pelo STF na uniformização de jurisprudência a respeito do tema, negando-se direitos à concubina, enquanto vigente a relação casamentária de união estável do outro convivente, em respeito aos princípios da monogamia.

Outro ponto controvertido entre os defensores das três correntes doutrinárias que se debatem em relação à natureza principiológica da afetividade diz respeito à possibilidade de indenização por abandono afetivo, tema que traz subjacente a questão da exigibilidade do afeto.

Em decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça de 24/04/2012, em sede de REsp 1159242 / SP, que teve a ministra Nancy Andriighi como relatora, destaca-se o valor jurídico atribuído ao afeto como reflexo do dever legal de garantir ao filho o que chama de “núcleo mínimo de cuidados parentais” que permita a existência de condições para uma adequada formação psicológica e inserção social do filho. Vale, aqui, a transcrição da ementa.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que **a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a**

possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, **existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.**

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido. (Grifos nosso).

De acordo com a primeira e a segunda correntes doutrinárias, a indenização por abandono afetivo é apenas um exemplo de como a afetividade ganha concretude no mundo jurídico. É certo que dela não decorre diretamente a coercibilidade, até porque não se pode obrigar ninguém a sentir afeto. Mas o dever de cuidar, de assistir, de acompanhar a formação e criação do filho, a fazer-se presente encontra, na outra ponta, o direito do filho à convivência com seus pais e ao desenvolvimento pleno. Esse dever pode ser exigido objetivamente e, se não cumprido, transformado em perdas e danos a favor do filho que não teve seu direito garantido.

A corrente doutrinária que reúne mais adeptos entre os autores é aquela que defende a natureza jurídica de princípio para a afetividade. De igual forma, as decisões judiciais também parecem convergir para esse entendimento, enfrentando questões que envolvem a (des)afetividade em vários campos, como em relação ao abandono afetivo e suas repercussões no campo do direito obrigacional, determinando o pagamento de indenização pelos danos materiais e morais causados ao filho, pelo descumprimento do dever fundamental de prestar afeto.

Todas as correntes doutrinárias que analisam a natureza jurídica da afetividade merecem a reflexão dos intérpretes e julgadores. Contudo, as críticas levantadas contra os argumentos que favorecem o reconhecimento da afetividade como princípio jurídico não parecem intransponíveis e não inviabilizam a compreensão da afetividade como princípio jurídico, conforme aqui examinado.

Tomando-se, neste trabalho, essa teoria como lastro, buscar-se-á embasamento para a construção dos estudos acerca da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, firmada a partir do afeto nas relações familiares e tendo a afetividade como elemento hermenêutico integrativo e interpretativo norteador da análise das normas legais sobre o tema

2.2 A consolidação da afetividade como princípio jurídico, suas interfaces com outros princípios de direito de família e repercussões nas relações de parentesco e parentalidade.

Apesar da amplitude e subjetividade da afetividade, o Direito vem se familiarizando com a presença da afetividade no ordenamento jurídico nacional, seja implicitamente, como na Constituição Federal, seja explicitamente como ocorre com as Leis Maria da Penha, da Guarda Compartilhada, da Adoção e da Alienação Parental.

A intervenção ou intromissão do Estado no campo privado do Direito de Família reflete a dificuldade do homem contemporâneo de lidar com sentimentos como o desamparo, a falta, a castração, “passando a buscar no registro do imaginário e, a qualquer preço, a satisfação plena do gozo, na vã tentativa de escapar do luto, das dores e tristezas ainda que totalmente coerentes com as vicissitudes da vida”, segundo Braga (2003, p. 147).

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas – ONU apresentou proposta para que a felicidade fosse tutelada e garantida pelo Estado¹³³. No Brasil, uma Proposta de Emenda Constitucional de autoria do senador Cristóvão Buarque¹³⁴, que ficou conhecida como a PEC da Felicidade, propôs incluir no texto do art. 6º da Carta Federal, o direito social de todo cidadão à busca pela felicidade, o que confirma “a urgência do homem contemporâneo de materializar a felicidade como objeto”.

O caráter de sentimento não retira da afetividade a possibilidade de proteção jurídica uma vez que, apesar de subjetiva, pode ela se materializar e obter concretude. É dever moral dos pais prestarem afeto a seus filhos. A afetividade se materializa na letra da lei¹³⁵ quando, por exemplo, aos pais é atribuído o dever jurídico de contribuir para a formação e educação dos filhos. De acordo com Lôbo (2011, p. 71) “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre e-

¹³³ A proposta adveio dos resultados apresentados no Relatório Mundial da Felicidade, que mede a Felicidade e bem-estar das pessoas, num workshop internacional em 8 de setembro de 2013. Os governos estão progressivamente a medir o bem-estar com o intuito de o tornar um objetivo para as suas políticas, de acordo com o que informa o site: <http://www.unric.org/pt/actualidade/31236-relatorio-apela-aos-decisores-politicos-que-adoptem-a-felicidade-como-indicador-e-meta-para-o-desenvolvimento> Acesso em 08/08/2014.

¹³⁴ A chamada PEC da Felicidade foi aprovada, no dia 10/11/2010, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado e encontra-se em tramitação no Congresso. De autoria do senador Cristovam Buarque (PDT-DF), a PEC 19/10 visa ressaltar que os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição são essenciais à busca da felicidade. Pela PEC 19/10, o artigo 6º da Constituição passará a prever que "são direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados". Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/10/comissao-de-justica-aprova-pec-da-felicidade> Acesso em 08/08/2014.

¹³⁵ De acordo com o art. 229 da Constituição Federal “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

les”. Deixar de atribuir à afetividade natureza jurídica de princípio por considerá-lo um afeto, um sentimento e, como tal, destituído de proteção jurídica, parece um engano ou um apego à realidade jurídica de família brasileira, que foi alterada ao longo do tempo, por concepções que fundaram suas bases nos princípios da igualdade, na liberdade e na solidariedade.

O engano se dá ao se entender que o Direito possa vir a impor que alguém ofereça afeto a outrem. O Direito não pode e não o faz. A subjetividade não é alcançada pelo Direito. A norma alcança apenas a esfera objetiva da afetividade, que se reflete nos deveres de cuidado, proteção, e garantia de formação plena da criança e de todos os membros da família (física, mental, afetiva e psicológica), sob inspiração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, em função da necessidade de se atribuir objetividade ao afeto (por essência subjetivo), Calderón (2011, p. 246) apresenta o que chama de princípio da afetividade objetiva, numa alusão comparativa ao princípio da boa-fé objetiva do Direito Civil, para buscar excluir do universo de tutela jurídica a parte eminentemente subjetiva imanente à afetividade e concentrar a atenção na exteriorização, por meio de atos e fatos que possam materializar sua existência. Explica, ele (p. 246):

Ou seja, não interessa se a pessoa efetivamente nutre afeto ou não, eis que esta é uma questão totalmente estranha ao direito, interessa apenas a averiguação de atos e fatos que sejam significativos no sentido de externar isso. Portanto, caso determinada pessoa crie um filho como seu durante vários anos, dando-lhe educação, alimentação, cuidado, suporte físico-psíquico e se apresente como pai publicamente, poderá ver declarada uma paternidade socioafetiva (ou seja, incide o princípio da afetividade como formador de vínculo familiar). Note-se que não se questiona se o declarado pai tem intimamente afeto pela criança ou não (é possível até que não o tenha, ou que esse sentimento varie com o tempo, mas isso não é relevante para o direito), esta parte subjetiva restou implícita e presumida a partir da constatação de fatos jurídicos que levaram à caracterização da presença de uma afetividade objetiva.

No mesmo sentido, destaca Lôbo (2011, p. 29) que “não é o afeto, enquanto fato anímico ou social que interessa ao direito”. Não é ele que se constitui em princípio jurídico norteador das relações familiares, mas, “as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer a incidência de normas jurídicas”. Essa também é a ideia de Manrique (2010, p. 482), aqui exposta:

Esta afectividad debe demostrarse no solamente em el plano íntimo, sino que debe tener una proyección social. Debe manifestarse la relación familiar em el ámbito social em que las personas desarrollan su vida: comunidad, vecindario, escuela, trabajo, em ocasión del ejercicio de actividades re-

*creativas y culturales. Debe, em fin acreditarse la relación familiar en todas las instancias sociales y personales em los social com que se desarrolla la vida de las personas. El afecto estrutura la familia.*¹³⁶

O princípio da afetividade objetiva assume duas faces no Direito de Família. A primeira face é voltada para as pessoas que já possuem, entre si, vínculo familiar estabelecido e reconhecido juridicamente. A outra face é voltada para as pessoas que não possuem vínculo familiar juridicamente reconhecido, como explica Calderón (2011, p.245). No primeiro caso, segundo ele, o princípio jurídico da afetividade objetiva assume o caráter de dever jurídico para impor afeto às relações já estabelecidas de conjugalidade, de parentalidade, de união familiar.

No segundo caso, o princípio jurídico da afetividade objetiva assume o caráter formador de vínculo familiar e servirá para buscar o reconhecimento pelo Direito, do vínculo familiar socialmente já manifestado por meio da posse de estado de casados (para as relações conjugais) ou pela posse de estado de filho (para as relações parentais). Nessa hipótese, o autor, (p. 246) conclui que o princípio jurídico da afetividade objetiva contribuirá para a verificação da existência de relações fáticas hábeis a caracterizar o *status* familiar e constituir o liame capaz de gerar relação jurídica constitutiva de família entre elas.

Reconhecido o vínculo familiar fático como relação jurídica por meio do princípio da afetividade, assumirá ele feição de dever jurídico para fazer incidir sobre as pessoas envolvidas, um dever fundamental¹³⁷, constitucional, o dever jurídico de afeto, na perspectiva constitucional do cuidado, decorrente do direito fundamental à proteção integral às crianças e adolescentes, estabelecido pelo art. 227, *caput* da Constituição Federal, na análise de Silva; Fabríz (2013, p. 41):

Desse modo, percebemos que a nossa Constituição de 1988, além de constitucionalizar o princípio do afeto, bem como todo o direito civil, em especial o direito de família, determinou como sendo dever da família, e, principalmente dos pais, que são a nossa primeira família, assegurar, com absoluta

¹³⁶ Em tradução livre: “Esta afeição deve provar não só em um plano íntimo, mas deve ter alcance social. O relacionamento familiar deve se manifestar na esfera social em que as pessoas vivem suas vidas : Comunidade , vizinhança, escola, trabalho, por ocasião do desempenho de atividades recreativas e culturais. Deve enfim, acreditar-se ser um relacionamento familiar em todas as instâncias sociais e pessoais em que se desenvolve a vida das pessoas. O afeto estrutura em família.”

¹³⁷ Há quem estude os deveres jurídicos sob o prisma da fundamentalidade. De acordo com o a teoria dos deveres fundamentais apresentada por Martins (2011, p. 57-58), “os deveres fundamentais decorrem do princípio da sujeição do cidadão à ordem constitucional, correspondendo às sujeições passivas impostas pelo Estado indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais” e podem ultrapassar a Constituição formal. O afeto seria, então, um dever fundamental, fundado no *caput* do art. 227 da Constituição Federal? Parece que sim, tomando-se por ponto de partida, a análise da teoria da afetividade objetiva que caminha no sentido da teoria dos deveres fundamentais do constitucionalismo.

prioridade, direitos como o respeito, a liberdade, a convivência familiar, colocando as crianças, adolescentes e jovens a salvo de quaisquer tipos de violência, psíquica ou física, bem como a qualquer forma de negligência, ainda que afetiva.

Na mesma linha de pensamento de Silva; Fabriz, Gonçalves (2014, p. 24) considera o princípio da afetividade como “princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição”, a falta de afeto repercute não só de forma a impor a reparação de danos materiais e morais decorrentes do descumprimento do dever objetivo de afeto, como também em relação a atributos da personalidade do filho, a exemplo do nome.

Em decisão consagrada do valor jurídico da afetividade, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ examinou em fevereiro deste ano de 2015, o pedido para excluir do nome do requerente os sobrenomes do pai, em razão de ele o haver abandonado em tenra idade, não se estabelecendo relação de afetividade entre ambos.

DIREITO CIVIL. EXCLUSÃO DOS SOBRENOMES PATERNOS EM RAZÃO DO ABANDONO PELO GENITOR. Pode ser deferido pedido formulado por filho que, no primeiro ano após atingir a maioridade, pretende excluir completamente de seu nome civil os sobrenomes de seu pai, que o abandonou em tenra idade. Nos termos da legislação vigente (arts. 56 e 57 da Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos), o nome civil pode ser alterado no primeiro ano, após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público. A propósito, deve-se salientar a tendência do STJ à superação da rigidez do registro de nascimento, com a adoção de interpretação mais condizente com o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de um estado democrático. [...]. Além disso, a referida flexibilização se justifica “pelo próprio papel que o nome desempenha na formação e consolidação da personalidade de uma pessoa” (REsp 1.412.260-SP, Terceira Turma, DJe 22/5/2014). Sendo assim, nos moldes preconizados pelo STJ, considerando que o nome é elemento da personalidade, identificador e individualizador da pessoa na sociedade e no âmbito familiar, conclui-se que o abandono pelo genitor caracteriza o justo motivo de o interessado requerer a alteração de seu nome civil, com a respectiva exclusão completa dos sobrenomes paternos. Precedentes citados: REsp 66.643-SP, Quarta Turma, DJ 21/10/1997; e REsp 401.138-MG, (Terceira Turma, DJ 26/6/2003. REsp 1.304.718-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/12/2014, DJe 5/2/2015 (Informativo 555). Os grifos são do original.

Vale ressaltar, na decisão, o valor conferido à (des)afetividade, manifestado na fundamentação da decisão visando a proteger o requerente das “angústias decorrentes do abandono paterno” como princípio jurídico que deve se sobrepor “ao interesse público de imutabilidade do nome, já excepcionado pela própria Lei de Registros Públicos”. Por considerar o

nome, elemento da personalidade, identificador e individualizador da pessoa na sociedade e no âmbito familiar, a Terceira Turma do STJ concluiu que o abandono pelo genitor ((des)afetividade) caracteriza justo motivo para o interessado requerer a alteração de seu nome civil, com a respectiva exclusão completa dos sobrenomes paternos.

O princípio da afetividade pode ser conceituado como sendo, nas palavras de Lôbo (2011, p. 70): “o princípio 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”. Cabe o entendimento de que a afetividade como princípio jurídico, se manifesta em várias dimensões, aqui apresentadas por Lôbo (2011, p. 73):

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

Como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade deve ser compreendido na perspectiva dos direitos humanos individuais, como uma derivação desse princípio maior, no qual também está inserido e a ele vinculados os princípios da igualdade e da liberdade, conforme exalta Welter (2009, p. 57):

O princípio da dignidade humana acolhe, ao mesmo tempo, a igualdade, a diversidade humana tridimensional, uma vez que exige que o humano seja cuidado como humano, e não mais por uma parcela normatizada do mundo genético, onde é transformado em objeto, em coisa, em moeda, em mercadoria.

Seja na dimensão do abandono afetivo, seja na dimensão do reconhecimento de união estável dúplice a(o) companheira(o) de boa fé, a afetividade permeia as relações de família, extrapolando a esfera da subjetividade para buscar substrato teórico e legal que lhe atribua a objetividade que o Direito precisa para reconhecer-lhe valor jurídico, na aplicação de suas normas ao caso concreto.

Em outras situações que dizem respeito à convivência familiar, a exemplo das ações que visam ao reconhecimento do *status* de união estável a companheiros do mesmo sexo ou de sexos distintos (e a consequente atribuição de direitos previdenciários, sucessórios ou a alimentos) e das questões que envolvem o concubinato de boa-fé, é possível perceber as re-

percussões do reconhecimento da afetividade como princípio orientador do Direito de família, na interpretação da norma jurídica.

No universo da parentalidade e do parentesco, o reconhecimento da afetividade como princípio jurídico se faz relevante para que esse valor (social, psicológico e jurídico) possa inspirar decisões judiciais em questões que envolvem: a) a reparação civil por danos morais e materiais decorrentes do abandono afetivo; b) o reconhecimento da parentalidade socioafetiva; c) o reconhecimento da multiparentalidade; d) a determinação da parentalidade no caso de adoção à brasileira; e) a atribuição do direito de visitas aos avós; f) a regulamentação da guarda compartilhada; g) a definição de limites e responsabilidades decorrentes do poder familiar; h) o reconhecimento da adoção *post mortem*; i) a identificação da filiação decorrente da inseminação artificial heteróloga, medicamente assistida, com vistas à garantia da dignidade da pessoa humana.

O princípio da afetividade, contudo, não é único valor ou princípio que deve ser considerado pelo Direito de Família. Princípios de natureza constitucional são aplicados ao Direito de Família e ganham roupagem própria e adequada às questões familiaristas. Outros são específicos deste ramo do Direito Civil. Os autores¹³⁸ apresentam os princípios do Direito de Família (de natureza constitucional ou específica), de acordo com a percepção própria de cada um. Dentre eles, destacam-se, os princípios: a) da dignidade da pessoa humana; b) da solidariedade familiar; c) da igualdade (entre os filhos e entre cônjuges e o companheiros e na chefia familiar) e do direito à diferença; d) da liberdade; e) da convivência familiar; f) do melhor interesse da criança; g) da pluralidade das formas de família; h) do planejamento familiar e da responsabilidade parental; i) da vedação ao retrocesso; j) da proteção ao idoso; k) da plena proteção das crianças e dos adolescentes; l) da função social da família; m) da intervenção mínima do Estado no Direito de Família; n) da monogamia; o) da facilitação à dissolução do casamento; p) o princípio da segurança jurídica.

Pela subjetividade que lhe é imanente, o princípio da afetividade dialoga com todos eles, repercutindo em todas as relações familiares. Contudo, para este trabalho, em função da escolha metodológica definida em função da afinidade com o objeto de estudo desta tese, que analisa a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas e, para evitar digressões que poderiam desviar o foco do trabalho, foram escolhidos os princípios: a) da dignidade da pessoa humana; b) da solidariedade familiar; c) da igualdade e do

¹³⁸ Os princípios aqui apresentados foram resultado da compilação daqueles elencados nas obras dos autores Caio Mário da Silva Pereira; Flávio Tartuce e José Fernando Simão; Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald e Paulo Lôbo.

direito à diferença; d) da liberdade; e) da convivência familiar; f) do melhor interesse da criança; g) da pluralidade das formas de família; h) da vedação ao retrocesso; i) da plena proteção das crianças e dos adolescentes; k) da intervenção mínima do Estado no Direito de Família; l) da segurança jurídica.

Positivado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal¹³⁹, sob inspiração da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁴⁰, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data¹⁴¹, que prevê a dignidade como pressuposto da ideia de justiça humana, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado por Pereira (2011, p. 55), “um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos”.

O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a condição de macroprincípio constitucional, permitindo que a partir dele, subprincípios ou princípios implícitos, dele decorram em desdobramento. A condição de macroprincípio atribuída pela Constituição ao princípio da dignidade da pessoa humana confere a todos os princípios que se concretizam na dignidade da pessoa humana o caráter de direitos fundamentais. Mais que isso, vale a observação de Pereira (p. 54) que ressalta que a afirmação dos direitos fundamentais dele decorrentes é condição de legitimação do Estado de Direito, em decorrência do que estabelece o *caput* do art. 1º da Constituição Federal.

Vale notar a contribuição do discurso psicanalítico, em conjunto com os movimentos sociais e políticos para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana na Declaração de Direitos Humanos da ONU e, a partir dela, pelos ordenamentos jurídicos dos países signatários, assim destacada por Pereira (2010, p. 47):

A dignidade só pôde ser expressada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e depois espalhada e consolidada nos ordenamentos jurídi-

¹³⁹ O art. 1º e seu inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil assim dispõem: Art. 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana”.

¹⁴⁰ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993 implantou a concepção contemporânea dos direitos humanos e resultou de um movimento internacional de rejeição às atrocidades perpetradas contra o ser humano, pelo nazismo, durante a 2ª Guerra Mundial.

¹⁴¹ Assim dispõe, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

[...]

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”. (Declaração Universal dos Direitos Humanos.

cos em geral, porque é fruto e consequência dos movimentos políticos e sociais, mas também por influência do discurso psicanalítico que introduz e consolida as noções de sujeito, alteridade, e desejo, que possibilitam desconstruir um discurso do sujeito alienado à moral sexual e à moral dominante e excludente. Para ser sujeito da própria vida e “senhor de si”, entre outros senhores de si, é necessário apropriar-se de seu desejo. A dignidade humana pressupõe, entre outros requisitos, não estar assujeitado ao desejo do outro.

A inserção dos elementos apresentados por Pereira (2011, p. 56), no campo do Direito, permite compreender o princípio da dignidade da pessoa humana, evitando-se sua conceitualização, “sob pena de se limitar o seu campo de incidência, sendo certo, contudo, que, como macroprincípio, nunca poderá sofrer qualquer tipo de relativização, mas apenas a dos subprincípios que compõem o seu conteúdo”.

O princípio da dignidade da pessoa humana, com raiz no art.1º, III da Constituição Federal esprraia seus galhos para alcançar o capítulo da Carta Magna que se dedica à família e se manifesta expressamente no art. 226, § 7º¹⁴², quando trata do planejamento familiar, com fundamento nos princípios da dignidade e da paternidade responsável. Encontra previsão expressa, também, no art, 227 da Constituição Federal, que estabelece que:

Art. 227. 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.

Há, ainda, a previsão expressa no art. 230 da Constituição Federal ao assegurar que a família, a sociedade e o Estado devem amparar e assegurar aos idosos sua participação na comunidade, garantindo-lhes dignidade, bem-estar e o direito à vida.

Os artigos 3º, 4º, 15 e 18 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) também trazem previsão expressa da dignidade em seu texto, no sentido de garantir, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente, a proteção integral de seus direitos e a facilitação de seu desenvolvimento físico e mental, moral, espiritual e social, assegurando-lhes o direito à liberdade, respeito e à dignidade, como pessoas em processo de desenvolvi-

¹⁴² O *caput* do art. 226 e seu parágrafo sexto, da Constituição Federal, assim estabelecem: Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

[...]

§ 6º. “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010).

mento e imputando aos pais, à comunidade e ao Estado o dever de assegurar-lhes esses direitos.

O princípio da dignidade da pessoa humana promove a afetividade a valor relevante ao Direito, com natureza jurídica de princípio constitucional implícito, dele decorrente e destinado à garantia e à promoção da dignidade da pessoa humana, na percepção objetiva do cuidado, da proteção e da assistência aos cônjuges/companheiros e filhos, no âmbito das relações familiares.

Assim como a dignidade, o princípio da solidariedade se projetou para além do espaço da ética e da moralidade para alcançar a juridicidade, no sentido da responsabilidade conjunta dos poderes públicos, da sociedade e de cada um dos outros membros da sociedade para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, que precisa do “adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social”, nas palavras de Lôbo (2011, p. 63).

O princípio da solidariedade finca suas bases no art. 3º, inciso I da Constituição Federal que estatui: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constituir uma sociedade livre, justa e solidária”. Reflete, ainda, a superação do individualismo e das mudanças que marcaram a evolução dos direitos fundamentais até a atualidade¹⁴³. Manifesta-se, o princípio da solidariedade no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família de proteção ao grupo familiar, à criança e ao adolescente, ao idoso, na forma dos arts. 226, 227 e 230, respectivamente, da Carta Magna.

O princípio da solidariedade familiar, face do princípio da solidariedade expresso no Direito de Família, apresenta-se no núcleo familiar e em relação aos filhos. A solidariedade no núcleo familiar revela-se em relação ao dever de assistência mútua moral e material entre cônjuges/companheiros. Em relação aos filhos, destaca Lôbo (2011, p. 64) que a solidariedade impõe o cuidado, criação e educação até que atinjam a idade adulta.

O Código Civil de 2002, no campo do Direito de Família, abraçou o princípio da solidariedade em diversos dispositivos, dentre eles: a) o art. 1.513 que protege a comunhão de vida na família, impedindo a qualquer pessoa nela interferir; b) o art. 1.618 que prevê a ado-

¹⁴³ “Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, nos quais se enquadram o direito de família e os direitos econômicos. No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro de emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos”. (LÔBO, 2011, p. 63)

ção; c) o art. 1.630, que estabelece o poder familiar, na perspectiva de dever dos pais, visando sempre o interesse do casal e dos filhos, de acordo com o que determina o art. 1.567; d) o art. 1.566 que impõe, como deveres dos cônjuges, respeito, consideração e fidelidade recíprocos, comunidade de vida, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos; e) o art. 1.567 que estabelece a colaboração entre marido e mulher na direção da sociedade conjugal; f) o art. 1.568 que imprime aos cônjuges a concorrência, na proporção de sua capacidade financeira, para o sustento da família e educação dos filhos; g) o art. 1.694 que estabelece o direito/dever a alimentos entre os parentes, cônjuges e companheiros; h) o art. 1.700, por força do qual, o direito/dever a alimentos é transmitido aos herdeiros do alimentante; i) o art. 1.724 que estabelece os deveres de lealdade, respeito, assistência e guarda, sustento e educação dos filhos aos companheiros, todos do Código Civil, com redação inspirada pelo princípio da solidariedade¹⁴⁴.

Por outro lado, o Código Civil de 2002 estabeleceu determinações que ferem o princípio da solidariedade, dentre elas: a) o art. 1.601 que garante a imprescritibilidade do direito de o marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, prevalecendo, nesse caso, o interesse individual do marido, em desatenção a eventuais prejuízos que possam ser causados à identidade pessoal, psíquica e social do filho; b) o art. 1.611 que determina que o filho havido fora do casamento e reconhecido pelo cônjuge não poderá residir no domicílio conjugal sem a autorização do outro cônjuge, prevalecendo, também, nesse caso, o interesse do cônjuge em desatenção à solidariedade e ao direito à convivência familiar do filho reconhecido¹⁴⁵.

Os autores e os tribunais brasileiros, com fulcro no princípio da solidariedade familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente (expressão particularizada deste), tem assegurado direito de visita e convivência familiar a avós, tios, padrastos, madrastas e ex-companheiros de relações homoafetivas, buscando assegurar a manutenção dos vínculos afetivos que contribuem para a solidificação dos laços de parentesco construídos entre eles.

O princípio da afetividade está intrinsecamente ligado ao princípio da solidariedade familiar como elemento para a garantia da realização da dignidade da pessoa humana, efetivada a partir da realização afetiva dos membros da família e da comunidade familiar, pela convivência.

Compreendendo o princípio da afetividade como corolário ao princípio da solidariedade, Santos (2011, p. 136) defende a afetividade como princípio implícito na Carta Federal

¹⁴⁴ Lôbo, 2011, p. 64.

¹⁴⁵ Lôbo, p. 65.

como “novo valor a ser preservado pela ordem constitucional, como forma de realização do próprio Estado” e ainda declara (p. 135):

A solidariedade que figura entre os princípios do Estado moderno desde a Revolução Francesa, pressupõe o relacionamento entre pessoas na vida em sociedade, ou seja, pressupõe a existência de trocas afetivas. Sendo assim, a construção de uma sociedade solidária passa necessariamente pela valorização das relações intersubjetivas para as quais é fundamental a qualidade dos afetos.

Diante das afirmações de Santos, percebe-se que não faz diferença entender o princípio da afetividade como decorrência do princípio da solidariedade familiar ou da dignidade da pessoa humana. Se a dignidade da pessoa humana é o macroprincípio, o tronco do ordenamento jurídico nacional, o princípio da solidariedade é um de seus galhos. Não parece relevante localizar o princípio da afetividade preso ao galho da solidariedade ou ao tronco da dignidade. Até porque, “no sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana está indissolúvelmente ligado ao princípio da solidariedade”, como assegura Lôbo (2011, p. 62).

O importante, portanto, é o reconhecimento da natureza jurídica de princípio constitucional implícito ao princípio da afetividade, para lhe dar abrangência na aplicação. E essa foi minha escolha neste trabalho: reconhecer a natureza jurídica de princípio constitucional implícito aplicável ao Direito de Família, ao princípio da afetividade.

O princípio constitucional da igualdade aplicado ao Direito de Família assume três faces: aquela que determina a igualdade entre os filhos; a que consagra a igualdade ente cônjuges e companheiros; e a que promove a igualdade na chefia familiar.

Alicerçado no comando do *caput* do art. 5^o¹⁴⁶ da Constituição de 1988, que estabelece o princípio da isonomia constitucional ou da liberdade, em sentido amplo, o princípio da igualdade entre os filhos encontra amparo no art. 227, § 6^o da Carta Constitucional que estabelece: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Com esse dispositivo foram superadas as discriminações entre os filhos havidos do casamento e chamados de legítimos e os filhos havidos em relacionamentos alheios ao casamento, ditos ilegítimos, espúrios ou bastardos (distinguidos pelas denominações de incestuo-

¹⁴⁶ O art. 5^o da Carta Constitucional determina que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

sos e adulterinos) ou naturais, quando provindos de relações em que os pais não estavam impedidos para o casamento. Operou-se, assim, a superação do paradigma da filiação legítima pelo princípio da igualdade entre os filhos que implantou o paradigma da igualdade da filiação independentemente de sua origem.

O princípio da igualdade entre os filhos alcança os filhos adotivos e aqueles havidos por meio de inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro) e impõe tratamento isonômico aos filhos em relação a todos os direitos patrimoniais, sucessórios e não patrimoniais (a exemplo do direito ao nome, ao afeto, ao cuidado e proteção), como asseguram Tartuce; Simão (2013, p. 14).

Os filhos havidos das relações socioafetivas estabelecidas em famílias neoconfiguradas ou em outra espécie de entidade familiar ou ainda resultantes da adoção à brasileira também são filhos, devendo-lhes ser, de igual forma, reconhecidos iguais direitos, por força do princípio da igualdade.

Como outra forma da especialização do princípio da isonomia no Direito de Família, tem-se o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros embasado no art. 5º, I da Constituição Federal, que estabelece a igualdade entre homens e mulheres perante a lei e compartilha entre eles os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal ou convivencial, na forma do art. 226, §§ 3º¹⁴⁷ e 5º¹⁴⁸.

A força desse princípio faz-se sentir no direito de o ex-marido ou a ex-mulher pleitearem alimentos um ao outro para garantia de seu sustento e no direito de um cônjuge usar o nome do outro, livremente, conforme convenção entre as partes, (garantido pelo art. 1.565, § 1º do Código Civil)¹⁴⁹.

Não há consenso entre autores e os tribunais em relação à aplicação do art. 100, I do Código de Processo Civil que estabelece foro privilegiado para a mulher para as ações correlatas ao casamento. Discute-se se esse privilégio teria ainda suporte de aplicação frente ao princípio da igualdade entre cônjuges/conviventes. Da mesma forma, e sob igual fundamento,

¹⁴⁷ Assim dispõe, o art. 226, § 3º da Constituição Federal:

Art. 226. [...].

§ 3º - “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

¹⁴⁸ Assim dispõe, o art. 226, § 5º da Constituição Federal:

Art. 226. [...].

§ 5º - “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

¹⁴⁹ O art. 1.565 e seu parágrafo primeiro do Código Civil brasileiro determinam:

Art. 1.565. “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

§ 1º. “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”.

a discussão se estabelece no que diz respeito ao art. 15 da Lei Maria da Penha, que permite à mulher a opção pelo ajuizamento de ações cíveis no foro de seu domicílio ou de sua residência; no foro da ocorrência do fato ou no foro do domicílio de seu agressor, como observam Tartuce; Simão (2013 p. 16-17). Essa é uma discussão que não poderá ser aprofundada neste trabalho, não porque não mereça atenção e estudo, mas porque, diante de sua relevância, merece espaço próprio para que seja analisada.

Ainda como substrato do princípio da isonomia constitucional, o princípio da igualdade na chefia familiar encontra abrigo nos arts. 226, § 5º da Constituição Federal e se especializa nos arts. 1.631 e 1.634 do Código Civil.

De acordo com o que determina o artigo 226, parágrafo 5º da Constituição Federal, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” o que substitui a ideia de hierarquia entre o homem e a mulher pela “diarquia” e promove a “despatriarcalização” do Direito de Família, como pondera Tartuce; Simão (2013, p. 17), uma vez que, retirou-se da figura paterna o poder de dominação do passado, inspirado na figura do *pater familias* dos romanos.

Na concepção atual de família nem mesmo a nomenclatura “pátrio poder” sobreviveu, dando lugar à expressão “poder familiar” (introduzida no ordenamento jurídico pelos arts. 1.630 e 1.631¹⁵⁰ do Código Civil) para designar o conjunto de responsabilidades que os pais tem em relação aos filhos, estatuídos no art.1.634¹⁵¹ do mesmo Código, com redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014.

O princípio da liberdade, consagrado constitucionalmente no art. 5º, II que assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, aplicado no Direito de Família, estampa, na opinião de Lôbo (2011, p. 69) a liberdade de

¹⁵⁰ Assim estabelecem, os arts. 1.630 e 1.631 do Código Civil:

Art. 1.630. “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Art. 1.631. “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

¹⁵¹ O art. 1.643 do Código Civil assim dispõe:

Art. 1.634. “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

escolha ou autonomia de constituição e desconstituição de entidades familiares; a liberdade de aquisição e administração do patrimônio familiar; a liberdade para realizar o planejamento familiar; a liberdade de escolha pela adoção, a liberdade para definição dos valores educacionais, culturais e religiosos e para a formação dos filhos, respeitados em sua dignidade e integridade física, moral e mental.

O princípio da liberdade manifesta-se também de uma outra forma, no sentido da não intervenção, por força do art. 1.513 do Código Civil que estabelece: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

As mudanças paradigmáticas em relação à igualdade da filiação e da pluralidade de formas de constituição de família possíveis, além da matrimonializada ampliaram a liberdade no Direito de Família para se constituir o estado de filiação fora do casamento e para o exercício da igualdade no poder parental. Em função do princípio da liberdade, as pessoas adquiriram a liberdade de constituição de família e de reconhecimento de filhos fora do modelo casamentário e de desfazer a união conjugal, constituindo ou não novas famílias, garantindo espaço para a liberdade de escolhas afetivas, como sustenta Lôbo (2011, p. 70).

Intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade, o princípio da liberdade repercute de forma direta no Direito Parental, no que diz respeito à liberdade de constituição e desconstituição de vínculos de parentalidade. Enquanto assegura, por força do art. 1.597, IV e V aos casais liberdade para a concepção de filhos mediante inseminação artificial homóloga ou heteróloga (com consentimento do outro cônjuge ou companheiro)¹⁵², permite ao filho o direito de recusar o reconhecimento voluntário da paternidade biológica (se maior) e, sendo menor, impugnar o reconhecimento até quatro anos após atingir a maioridade ou a emancipação.

Infere-se da análise destes dois dispositivos legais a materialização, no texto do Código Civil, não apenas do princípio da liberdade, mas também do princípio da afetividade que, implicitamente, permeia todas as relações familiares (especialmente as de parentalidade socioafetiva, que consistem no foco deste estudo). A intercessão e convergência na aplicação dos princípios da afetividade e da liberdade se concretizam nas faculdades que o Código Civil atribui ao filho para desconstituir ou impugnar a paternidade biológica reconhecida registralmente e para buscar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva.

¹⁵² Por outro lado, o art. 1.641, II do mesmo Código fere a autonomia privada, restringindo a liberdade de escolha do regime matrimonial de bens aos maiores de 60 (sessenta) anos.

O legislador constituinte de 1988, ao reconhecer como família outros arranjos familiares sob a nomenclatura de entidades familiares, modificou substancialmente a realidade do Direito de Família, antes enraizada no casamento. O art. 226 da Constituição Federal é o marco das mudanças implantadas, permitindo que relações constituídas pelo casamento e outras constituídas pelo afeto sejam reconhecidas pelo Direito.

A Carta Constitucional de 1988 reconheceu a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental), como entidade familiar, no art. 226, §§ 3º e 4º, atribuindo a essas entidades “especial proteção do Estado”, na forma do *caput* do mesmo artigo. O art. 226 consagrou o princípio da pluralidade das formas de família ao estender a outras espécies a proteção do Estado, entendendo-as como entidades familiares. Entretanto, discutia-se na literatura jurídica e jurisprudência se esse reconhecimento circunscrevia-se às uniões estáveis e às famílias monoparentais ou se outras espécies de família estariam contempladas neste rol de proteção.

O reconhecimento da união estável e a possibilidade de casamento entre casais homoafetivos é realidade no direito brasileiro, consagrado por decisão unânime do Supremo Tribunal Federal em julgamento à ADIn 4.277/09 e à ADPF 132/08, tendo como relator, o ministro Carlos Ayres Britto, em 05/05/2011. Nesta decisão, o STF adotou o princípio da pluralidade das formas de família, pugnando pela interpretação não reducionista do conceito de família. Vale a transcrição:

[...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. **A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.** Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (Grifos nosso).

Destaca-se desta decisão do STF o reconhecimento da “Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil”, que adotou a interpretação da Constituição Federal de 1988, a partir da análise reconhecimento da realidade fática, verificada pelos costumes, como fonte do Direito, “na direção do pluralismo “para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas”. Com essa decisão do Supremo Tribunal Federal não cabe mais a discussão acerca do conteúdo do art. 226, se limitado ou não à enumeração da união estável e da família monoparental como únicas espécies de entidade familiar reconhecidas pela Carta Magna. A Corte Suprema não só protegeu apenas as famílias homoafetivas como entidades familiares, como pôs fim a essa discussão, consolidando o princípio da pluralidade das formas de família no ordenamento jurídico familiarista nacional.

Mesmo antes de o STF assim se posicionar, o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos arts. 19¹⁵³ e 25¹⁵⁴, com as alterações implantadas pela Lei Nacional de Adoção ampliou o reconhecimento de outras entidades familiares, além daquelas expressamente elencadas na Constituição, contemplando a família natural, a família ampliada e a família substituta, para assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar no seio de qualquer dessas expressões de família.

De braços dados com os princípios da liberdade de constituição e dissolução de entidades familiares e da afetividade, o princípio da multiplicidade ou pluralidade de formas da família assegura também a igualdade entre as entidades familiares, no que diz respeito à proteção do Estado, por constituir-se em regra de inclusão, onde todas as entidades familiares se situam no arcabouço protetivo do art. 226 da Constituição Federal.

Com fundamento no que preceitua a regra expressa no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar”. Esse comando normativo concretiza o princípio da convivência familiar no sistema

¹⁵³ Estabelece, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

¹⁵⁴ Estabelece, o art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.
Parágrafo único. “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

jurídico brasileiro e deve inspirar os julgadores em decisões que envolvem a guarda dos filhos em separações, divórcios e/ou reconhecimento de parentalidade socioafetiva ou biológica. De acordo com Gagliano; Pamplona Filho (2011, p. 102):

Pais e filhos, por princípio, devem permanecer juntos. O afastamento definitivo dos filhos de sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal.

A permanência dos filhos juntos em uma única família, a que se referem Gagliano; Pamplona Filho, é assegurada pelo art. 23¹⁵⁵ do ECA garante o convívio da criança e do adolescente em família, mesmo que lhes faltem recursos financeiros e imputa o Estado, por meio de programas sociais de auxílio, o dever de assegurar o respeito ao princípio da convivência familiar. Infere-se da leitura atenta do princípio da convivência familiar em conjunto com o princípio da pluralidade de formas de família, da liberdade de constituir família, da afetividade, do melhor interesse da criança e dignidade da pessoa humana que o direito à convivência familiar não se restringe a pais e filhos, ou seja, à relação de parentalidade, mas abrange o convívio com avós, tios, padrastos e madrastas, pais e mães socioafetivos e irmãos, com os quais a criança ou o adolescente mantenha vínculos de afetividade.

Ações propostas por avós para garantia do direito de visita e convivência com seus netos, após a dissolução do casamento dos filhos, têm sido deferidas com fundamento no princípio da convivência familiar, da proteção integral ou plena proteção da criança e do adolescente e do melhor interesse da criança e do adolescente¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Estabelecem, o caput e o a§ 1º do art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 23. “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”.

§ 1º “Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”.

¹⁵⁶ Em recente decisão, de março de 2015, o STJ, em decisão monocrática em AREsp 457661 proferida pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, publicada em 31/03/2015, deliberou da seguinte forma: [...] “1. A indubitável relação de parentesco legítima tanto os avós maternos e paternos, quanto os netos, a buscarem judicialmente o seu direito de visita. Aliás, outros direitos personalíssimos que envolvem avós e netos, podem ser acrescidos ao direito de visita, tais como: alimentos, guarda, tutela e sucessão legítima, todos protegidos pela Constituição da República/88. 2. Não se perca de vista que em procedimentos que têm por objetivo primordial a salvaguarda física, moral e psicológica da criança, conta o julgador com amplitude discricionária mais significativa para sublevar aspectos jurídico-formalísticos a fim de conferir maior segurança e equidade às decisões que profere.” Os embargos de declaração opostos ao acórdão do agravo de instrumento foram rejeitados (e-STJ fls. 134/139). O recorrente, nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 222/227) interposto com base no art. 105, III, alínea “a”, da CF, aduziu violação dos arts. 128, 460 e 535, I, do CPC. A agravada, em contraminuta (e-STJ fls. 293/304), pugna pelo desprovimento do recurso. É o relatório. Decido. [...]. Diante do exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, a, do CPC, NEGO PROVIMENTO ao agravo”.

O princípio da proteção integral ou da plena proteção às crianças e adolescentes encontra abrigo no art. 227¹⁵⁷ da Constituição Federal que lhes garante plena proteção, com prioridade absoluta de tratamento como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade e não como mero objeto de intervenção jurídica e social. “Não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”, sustenta Lôbo (2011, p. 77). O princípio da proteção integral recebeu guarida no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente que garantiu

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

No Código Civil, encontra-se referência expressa ao princípio da proteção integral no art. 1.566, que atribui a ambos os cônjuges o dever de sustento, guarda e educação dos filhos e no art. 1.724, que estende essa obrigação aos companheiros.

Na proteção pelos interesses das crianças e adolescentes, ao lado do princípio da proteção integral, sem com ele confundir-se, está o princípio do melhor ou superior interesse da criança, que encontra substrato na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, como o sétimo princípio e indica que “os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação”.

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989 recepcionou o princípio do melhor interesse da criança previsto desde 1959, em seu art. 3º, I que determina que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais ou autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”.

Aplica-se o princípio do melhor interesse da criança como critério jurídico para escolha daquele que ficará responsável pela guarda da criança em casos de separação, divórcio ou orfandade, ou em questões que envolvam o poder parental, a adoção ou a determinação da parentalidade diante do conflito entre o critério biológico (determinado pelos exames de DNA) e a socioafetividade.

¹⁵⁷ Dispõe, o art. 227 da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Não há um conceito jurídico preciso para o “melhor interesse da criança”. E sim um conceito jurídico indeterminado, frente ao qual o magistrado deve buscar ajustar os fatos e a realidade social ao Direito para aplicá-lo de forma a atender este princípio, buscando a solução que possa “conduzir à certeza de que estão sendo atendidos todos os propósitos, que levam ao esperado desenvolvimento educacional, ético e de saúde da criança, de acordo com os cânones vigentes”, nas palavras de Chaves (2010, p. 415).

Diante da complexidade da realidade social que se apresenta, a autora (p. 416) defende que não se pode aplicar o princípio do melhor interesse da criança a todos os casos, indiscriminadamente, como um preceito genérico, mas, individualmente, a cada caso concreto que for apresentado ao julgador, examinando-se, a realidade específica de cada um.

Por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, os julgados arrimam-se em critérios distintos e plurais, escolhidos pelo juiz para a determinação do melhor interesse da criança, a cada situação. Examinando a jurisprudência para dela extrair os critérios mais frequentes, Chaves (2010, p. 416-435) apresenta alguns deles: a) A culpa na separação e divórcio; b) a presunção maternal; c) a preferência da criança; d) a não separação dos irmãos; e) a capacidade educativa dos pais; f) a capacidade econômica dos pais; g) a qualidade e consistência das relações afetivas da criança com os pais; h) a continuidade das relações da criança; i) a identidade de sexo entre a criança e o progenitor; j) a conduta moral dos pais (a questão da homossexualidade); k) a figura primária de referência.

A Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, que alterou dispositivos do Código Civil em relação à guarda compartilhada, revogou expressamente os incisos I, II e III do parágrafo segundo do art. 1.583, que estabelecia que a guarda unilateral deveria ser deferida ao cônjuge que tivesse melhores condições de exercê-la, assim entendendo-se aquele que tivesse mais aptidão para propiciar aos filhos: o afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar; saúde, segurança e educação.

A Lei da Guarda Compartilhada não a tornou obrigatória nem fez desaparecer do sistema jurídico a guarda unilateral. Estabeleceu a guarda compartilhada como prioritária, desde que haja aptidão de ambos os genitores para desempenhar o poder familiar e a guarda unilateral para as hipóteses em que um dos genitores queira recusar a guarda do filho.

Vale assinalar que a determinação da guarda não se confunde com a autoridade parental, por força dos arts. 1.632 e 1.579 do Código Civil. Isso quer dizer que mesmo estabele-

cida judicialmente a guarda unilateral, o exercício do parental não está excluído ao genitor não guardião¹⁵⁸.

A guarda unilateral será concedida em outra hipótese, se o juiz verificar “que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”, na forma do art. 1.584, § 5º do Código Civil, com redação dada pela nova lei.

A Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 encerrou a discussão acerca dos critérios para a concessão da guarda unilateral para o pai ou a mãe, excluindo, inclusive do diploma legal, os elementos objetivos que deveriam guiar o julgador na decisão. Inere-se, da lei, que, para o legislador, o melhor interesse do filho consiste no compartilhamento da guarda entre seus pais.

Para buscar aclarar a situação, o Projeto de Lei n. 2.285/2007, que pretende criar o Estatuto das Famílias consagrou o princípio do melhor interesse da criança, na perspectiva do filho, no art. 97 que estabelece: “não havendo acordo entre os pais, deve o juiz decidir, preferencialmente, pela guarda compartilhada, salvo se o melhor interesse do filho recomendar a guarda exclusiva, assegurado o direito à convivência do não guardião”¹⁵⁹. Pelo projeto, a guarda compartilhada tem caráter preferencial, assim como prevista na Lei, mas inova ao abrir a possibilidade de o juiz decidir pela guarda exclusiva, não apenas na hipótese de recusa por um dos pais de ficar com a guarda do filho, mas quando identificar que essa é a solução que melhor atende o interesse do filho.

O princípio do melhor interesse “ilumina a investigação das paternidades e filiações socioafetivas”, nas palavras de Lôbo (2011, p.75) para quem “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”. A afetividade colabora na determinação do melhor interesse da criança, no exame dessas questões, levando em consideração os laços de afeto existentes entre as pessoas envolvidas para determinação da parentalidade, quando em confronto a parentalidade biológica e a socioafetiva.

Diante das mudanças nas regras do Direito de Família introduzidas no sistema jurídico nacional, que refletem as alterações percebidas na sociedade e na cultura, o princípio constitucional da vedação ao retrocesso é traduzido pela ideia de que “uma lei posterior não pode

¹⁵⁸ Multedo, 2013, p. 436.

¹⁵⁹ Estatuto das Famílias, 2007, p.51.

neutralizar ou minimizar um direito ou garantia constitucionalmente consagrado”, nas palavras de Gagliano; Pamplona Filho (2011, p. 85).

Da jurisprudência europeia, principalmente da Alemanha e de Portugal, surgiu a ideia da vedação ao retrocesso como forma de garantir direitos sociais conquistados. A ideia foi aclamada e protegida constitucionalmente, no Brasil, como princípio constitucional implícito, decorrente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais; do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo essencial. Recebeu a denominação de princípio da vedação de retrocesso social, também chamado de princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais ou princípio da vedação ao retrocesso, sendo conhecido também, como efeito *cliquet*¹⁶⁰.

Pelo princípio da vedação ao retrocesso, qualquer alteração à lei em vigor por nova lei não poderá restringir direitos e garantias sociais, mas ampliá-los, como forma de manter a paz social e resguardar o direito adquirido do cidadão, previstos na Carta Política do país¹⁶¹.

O princípio da vedação ao retrocesso teve seu conteúdo ampliado pelos autores¹⁶² do Direito de Família, extrapolando o elenco dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal, para abarcar a garantia de todas as conquistas sociais atinentes à família, igualmente protegidas pela Carta Magna, como a igualdade entre homens e mulheres, o pluralismo das entidades familiares e o tratamento igualitário entre os filhos. Na análise de Dias (2015, p. 51:

A consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo. Assim, não pode sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. É o que se chama de princípio constitucional da proibição do retrocesso social.

Na mesma linha de pensamento de Dias; Gagliano; Pamplona Filho (2011, p. 85) consideram o princípio da vedação ao retrocesso, um “importante vetor normativo aplicável ao Direito de Família”, porque traduz, a ideia de que uma lei posterior “não pode neutralizar ou minimizar um direito ou uma garantia constitucionalmente consagrado”. Por meio dele

¹⁶⁰ “A expressão ‘efeito *cliquet*’ é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, ou seja, subir. A origem da nomenclatura, em âmbito jurídico, é francesa, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de ‘*effet cliquet*’) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente”. GARCIA, 2010, s/p.

¹⁶¹ GARCIA, s/p.

¹⁶² Dias (2015, p. 51) e Gagliano; Pamplona Filho (2011, p.85).

questiona-se, neste estudo, a possibilidade de reconhecimento da parentalidade múltipla como expressão da dignidade humana.

A tese da possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas parece estar amparada também, no princípio da vedação ao retrocesso, à medida que impede o entendimento que remete à discriminação da filiação, pelo reconhecimento de apenas uma forma de parentalidade (a biológica), já superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil, em seu art. 1.593.

O Direito de Família contemporâneo sofre influência do movimento de afirmação da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, que o denomina Direito de Família Mínimo. Para alguns autores¹⁶³, esse movimento assume a feição de princípio da intervenção mínima do Estado, pela abrangência de sua aplicação a todas as relações de direito privado, especialmente, às relações familiares.

Outros estudiosos do Direito de Família, a exemplo de Farias; Rosenvald (2014, p. 150), entendem-no como “projeção da autonomia privada como pedra de toque das relações regidas pelo Direito Civil como um todo, como corolário do reconhecimento da liberdade de atuação do titular no campo privado”.

Com amparo no art. 1º, III da Constituição Federal que protegeu a dignidade da pessoa humana, a presença do Estado foi limitada pelo respeito à liberdade que gozam os componentes das entidades familiares, ficando impedido de impor condutas que restrinjam a liberdade de autodeterminação das pessoas, na esfera familiar, para permitir-lhe a busca da realização plena e da felicidade, dentro da concepção moderna de família eudemonista, refletindo os fenômenos da “privatização da família” ou “desinstitucionalização da família”¹⁶⁴.

O princípio da intervenção mínima do Estado nas relações de família se exterioriza na Constituição Federal, na garantia ao casal à livre decisão sobre o planejamento familiar, assegurada pelo art. 226, § 7º¹⁶⁵ e pela possibilidade de livre decisão pela dissolução do casamento por meio do divórcio (art. 226, §6º).

¹⁶³ Dentre eles: Nunes (2009, p.67).

¹⁶⁴ A privatização ou desinstitucionalização da família “é caracterizada pela transferência do controle de sua (des)constituição e funcionamento do Estado para seus próprios membros”, e impõe aos integrantes da entidade familiar a responsabilidade em não causar dano, mas promover a felicidade e dignidade do outro, de acordo com Teixeira; Rodrigues (2010, p. 113).

¹⁶⁵ Estabelece, o § 7º do art. 226 da Constituição Federal:

Art. 226 [...]

§ 7º - “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

O Código Civil consagrou o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações de família ao estatuir, no art. 1.513 que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. O Estatuto da Criança e do Adolescente, da mesma forma, encampou a intervenção mínima do Estado, expressamente, como princípio que rege a aplicação das medidas socioeducativas, no inciso VII do art. 1000 que preceitua: “[...] a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente”.

A despeito de ser considerado princípio autônomo ou decorrência do princípio de Direito Civil da autonomia da vontade, a intervenção mínima do Estado nas relações de família é compreendida por todos como imperiosa no Direito de Família. Por ela, “o Estado somente deverá atuar nas relações privadas para assegurar garantias mínimas, fundamentais ao titular”, nas palavras de Farias; Rosendal (2014, p. 150).

Apenas para proteção das pessoas presumidamente vulneráveis (criança, adolescente, idoso e mulher) vale a intervenção do Estado na família, seja para garantir o exercício dos direitos a quem tem essa capacidade diminuída, em razão da idade, seja para garantir proteção àquelas que podem se tornar vítimas de agressões. O Estado, sob o argumento de proteger, não pode “suprimir as subjetividades dos componentes das entidades familiares”, de acordo com Teixeira e Rodrigues (2010, p. 106-107), que concluem:

Diante das vulnerabilidades ora exemplificadas, é necessária a intervenção do Estado, para a tutela dos hipossuficientes, principalmente no âmbito da família, onde os membros devem se responsabilizar uns pelos outros, quando existe algum tipo de vulnerabilidade. Essa responsabilidade independe do afeto, pois se trata de deveres de conduta objetivos, cuja fonte é a filiação, o parentesco, a conjugalidade. E, quando os deveres não são exercidos de forma espontânea, o Estado interfere e imputa tal responsabilidade, para que a pessoa vulnerável tenha garantida uma vida digna.

A intervenção do Estado, por meio do Poder Judiciário, é assegurada pela Constituição Federal, em confronto com o princípio da intervenção mínima, no art. 5º, XXXV que preceitua: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (princípio da inafastabilidade da jurisdição). O mesmo ocorre com dispositivos do Código Civil, que apresentam regras colidentes com o princípio da intervenção mínima do Estado, nos parágrafos únicos dos arts. 1.567¹⁶⁶, 1.631¹⁶⁷ que determinam que havendo divergência em rela-

¹⁶⁶ Determinam, o *caput* do art. 1.567 do Código Civil e seu parágrafo único:

ção à chefia da sociedade conjugal ou nas hipóteses de divergência entre os pais em relação ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao Judiciário para solução do desacordo.

Diante dessas situações em que a colidência entre o princípio da intervenção mínima do Estado (e da autonomia da vontade) deve ser resolvida pela ponderação entre princípios, como assevera Motta (2009, p. 55), infere-se que os integrantes da família devem ser capazes de resolver seus conflitos e desavenças inerentes ao convívio social. Entretanto, ressalva, o autor (p. 56):

Mas não se deve afastar a possibilidade de, perante um impasse, ser buscada a tutela estatal, por meio do juiz, para que este, no exercício de uma discricionariedade principiológica e com equidade, resolva o litígio em busca da pacificação e do fortalecimento da família.

Na perspectiva da análise de Motta, observa-se que também o art. 1.641 do Código Civil afronta o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares ao instituir, obrigatoriamente, o regime da separação de bens ao casamento da pessoa maior de sessenta anos. A aplicabilidade desse dispositivo legal foi objeto de análise pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e resultou no Enunciado 125, que propõe a revogação do artigo, sob a justificativa de que a norma “não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade”, e mantém “um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos”, referindo-se ao casamento¹⁶⁸.

Ponderando acerca dos princípios da mínima intervenção do Estado na família e do princípio que garante a inafastabilidade da jurisdição ao Judiciário, Gagliano; Pamplona Filho (2011, p.104) concluem que o Estado-juiz, chamado a intervir quando houver ameaça ou lesão de direito a qualquer integrante da entidade familiar ou à família, deve atuar de forma a

Art. 1.567. “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

Parágrafo único. “Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses”.

¹⁶⁷ Assim estabelece o parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil:

Parágrafo único. “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

¹⁶⁸ Referindo-se ao dispositivo legal antes da alteração dada pela Lei 12.344/10 que alterou a idade de 70 para 60 anos prevista no art. 1.641 do Código Civil, assim se posicionam Farias; Rosenvald (2014, p. 153): “Absurdamente, o Estado está invadindo a esfera pessoal dos nubentes para obstar a escolha do regime de bens pelos septuagenários. Ignorando a proteção integral dedicada aos idosos, impõe-se a vontade estatal, em detrimento da liberdade de autodeterminação das pessoas, afrontando a sua (intangível) dignidade. Por tudo isso, a norma legal continua sendo de duvidosa constitucionalidade, merecendo repúdio, inclusive por estar na contramão do movimento de intervenção mínima na família”.

não intervir na família “ao ponto de aniquilar sua base socioafetiva”. O princípio da afetividade funciona como contendor, impondo limite à atuação do Judiciário, promovendo a harmonização dos princípios, aparentemente, em conflito.

Embora parte dos autores do Direito de Família¹⁶⁹ não contemplem o princípio da segurança jurídica dentre os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, importa a este trabalho relacioná-lo para exame, diante de suas inter-relações com o objeto de estudo.

O princípio da segurança jurídica decorre da lei e objetiva garantir a estabilidade das relações jurídicas. De acordo com Nunes (2009, p. 32), presta-se “a controlar o desenfreio do desejo de reformas sem uma prévia e detida reflexão sobre suas consequências no ordenamento jurídico”.

A concepção de segurança jurídica está ligada aos conceitos de estabilidade e previsibilidade (elementos do Estado de Direito) e traduz-se no direito do indivíduo “de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas”, nas palavras de Canotilho (2003, p. 257).

A segurança jurídica, de acordo com Silva (2006, p. 433) é assegurada pelos princípios constitucionais da irretroatividade da lei; da coisa julgada; do respeito aos direitos adquiridos; do respeito ao ato jurídico perfeito; da outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral; da ficção do conhecimento obrigatório da lei; da prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penal; das declarações de direitos e garantias individuais; da justiça social; do devido processo legal; da independência do Poder Judiciário; da vedação de tribunais de exceção; da vedação de julgamentos parciais, dentre outros.

Pelo princípio da segurança jurídica, devem-se evitar leis abertas, que permitam aos juízes denominados por Nunes (2009, p. 32) como “bocas da lei”, assumirem o papel de legisladores, provocando o fenômeno do “judicialismo” ou “ativismo judicial”, expressões usadas para designar a atuação dos juízes face à necessidade de dar resposta a uma situação não prevista em lei, como meio de fornecer a prestação jurisdicional¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Dentre os estudiosos do Direito de Família pesquisados neste trabalho de pesquisa, apenas Nunes, em sua tese de doutoramento, apresenta o princípio da segurança jurídica dentre os princípios do Direito de Família.

¹⁷⁰ Muito se discute na literatura jurídica se o ativismo judicial seria uma infração à tripartição de poderes e à garantia do Estado democrático de Direito ou se seria um meio de sustentação e garantia desse mesmo estado de direito, assegurando a prestação jurisdicional e garantindo o acesso à justiça. Por não guardar identificação direta com o objeto da pesquisa, a questão não será explorada, nesta oportunidade.

Em sentido amplo ou estrito, a concepção de segurança jurídica está atrelada às ideias de proteção, estabilidade e certeza¹⁷¹. Vale destacar que estabilidade e imutabilidade não são sinônimos, mas palavras com significados distintos. Enquanto, segundo Rocha (2005, p. 299 e 386), estabilidade significa equilíbrio, firmeza, imutabilidade representa algo imodificável.

Examinando o princípio da segurança jurídica, por uma interpretação sistêmica e integrativa com o princípio da vedação ao retrocesso, infere-se que a segurança jurídica que se busca não diz respeito à imutabilidade, mas à proteção da pessoa contra lesões a direitos fundamentais e contra decisões judiciais, administrativas ou mesmo contra leis que retrocedam em relação a conquistas de direitos e garantias sociais, dentre elas, aquelas que se apresentam no campo do Direito de Família¹⁷².

O que se impõe, com base na fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, é a garantia de que os direitos sociais conquistados não perderão eficácia pela flexibilização das leis ou decisões judiciais. Contudo, não se pode invocar a coisa julgada, pelo seu caráter de imutabilidade, sob pena de servir “de escudo a injustiças”, nas palavras de Gallo (2013, p. 888). A coisa julgada deve garantir a segurança jurídica, por seu caráter de estabilidade, que garante a realização da justiça e da paz social, adaptando-se às mudanças paradigmáticas que se refletem no Direito de Família contemporâneo, como reflete o autor (p. 886):

A coisa julgada nas ações do Direito de Família, especialmente as ações de alimentos e investigação de paternidade, não podem ser tratadas como as demais demandas do Direito comum haja vista a enorme complexidade de suas causas. Não são causas estáticas, pelo contrário, as primeiras estão em constante mudança, em virtude da alteração da situação econômica das partes e as segundas tem sido palco de realização da verdade real, em razão dos novos exames.

O que se percebe, pela análise de Gallo, é que, com a evolução da teoria dos direitos fundamentais, fundada na dignidade da pessoa humana, não se pode atribuir caráter de imutabilidade, quer seja às leis, quer seja à coisa julgada. O dogma da imutabilidade da coisa julgada como garantidora da segurança jurídica deve ser compreendido sob novo prisma. O art. 485 do Código de Processo Civil permite que a coisa julgada seja objeto de impugnação, se

¹⁷¹ A segurança jurídica apresenta-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo diz respeito à garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em diversos campos. Em sentido estrito, assume o sentido de garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, permite que as pessoas saibam previamente que, uma vez envolvidas em certa relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se alterar a base legal sob a qual se instituiu, de acordo com Silva (2006).

¹⁷² Gallo (2013, p. 887) informa que esse não é um pensamento unânime e destaca Nelson Nery Jr. como defensor da imutabilidade da coisa julgada.

presentes vícios graves que coloquem em risco a segurança, em prol da garantia da justiça e de valores jurídicos consagrados¹⁷³.

A par disso, o princípio da segurança jurídica não pode ser analisado, invocado ou aplicado, especialmente nas questões que envolvem o Direito de Família, sem que, em conjunto com ele, se observem outros princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, o da vedação ao retrocesso e o da afetividade, exercitando-se a ponderação dos princípios, sempre que um princípio estiver em confronto com outro.

O que resulta da análise das divergências é que, reconhecida ou não, a natureza jurídica de princípio jurídico à afetividade, o (des)afeto está presente no centro dos questionamentos das ações de família. Qualquer que seja sua natureza, não se pode negar valor jurídico a ela, em face de sua valoração como fato social. As famílias batem às portas do Judiciário a fim de buscar solução para seus conflitos, elegem a afetividade como fundamento para suas ações e pretendem vê-la prestigiada, nas decisões judiciais, com reflexo da importância que tem em suas vidas.

De uma forma ou de outra, a afetividade é constitutiva do ser humano e integra sua conduta. É, pois, constitutiva da personalidade e fundamental para garantir-lhe a dignidade. Está presente na vida de cada pessoa individualmente e nas relações de família. Não se pode fechar os olhos do Direito ao valor da afetividade para a família contemporânea, como pondera Glanz (2015, p. 129), para quem

A mudança das leis sempre acarreta novo comportamento. Embora haja influência, especialmente para os profissionais do direito, com a mudança das leis, há no começo, certa resistência dos que apoiam as discriminações e desigualdades, em especial dos que não se beneficiam de normas igualitárias. Entre estes há, inclusive, intelectuais. Mas a força da evolução acaba prevalecendo. A sociedade muda, o pensamento se altera e as leis são atualizadas. Felizmente.

Refletindo sobre as palavras de Glanz, podemos dizer que, pela natureza e caráter de fundamentalidade que lhe é imanente, o princípio constitucional da afetividade deve permear o Direito de Família, ombreado com os demais princípios do Direito de Família, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral e do superior interesse da criança. Para tanto, é preciso ter em mente a pessoa humana, compreendida em sua tridi-

¹⁷³ Gallo, 2013, p. 884.

mensionalidade, garantindo-se a consecução da autonomia privada para o exercício de suas liberdades, em condição de igualdade com outros seres humanos¹⁷⁴.

No Direito de Família, o princípio da afetividade apresenta-se como norte para a interpretação de normas jurídicas, para definir-lhes o conteúdo ou para orientar decisões por juízes ou tribunais, em ações que digam respeito à conjugalidade e à parentalidade.

Mais uma vez, o recorte metodológico impõe que o estudo da afetividade no direito brasileiro e suas repercussões no Direito de Família se circunscreva, neste trabalho, às questões que envolvem as relações de parentesco e a parentalidade socioafetiva. O capítulo seguinte dedicar-se-á ao exame do processo de desnaturalização do parentesco, conhecido no Direito como desbiologização da paternidade, para a compreensão de como se constituem as relações de parentalidade socioafetiva nas famílias neoconfiguradas.

¹⁷⁴ Compreendendo a afetividade como elemento que integra e complementa os conceitos de dignidade e solidariedade, Nunes (2009, p. 30) propõe a utilização do termo «afetividade» para adjetivar os dois princípios fundamentais a ela relacionados, como forma de trazê-los ao Direito de Família traduzidos, em suas palavras, em “dignidade afetiva da pessoa humana” e em “solidariedade afetiva”, para ressaltar a prevalência do valor da pessoa humana, em sua dimensão afetiva, sobre os valores materiais, nas relações de família.

CAPÍTULO 3 DESNATURALIZAÇÃO DO PARENTESCO E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: REPERCUSSÕES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

As mudanças paradigmáticas verificadas na concepção de família, na sociedade e no direito brasileiro, permitiram perceber o papel da afetividade na construção social das relações de parentesco e levaram o Direito a incorporar a afetividade como valor jurídico, com natureza de princípio constitucional implícito aplicável às relações de família, conforme argumentação dos capítulos precedentes. A partir da Constituição Federal de 1988, as alterações legais atinentes ao tratamento aplicável ao parentesco e à filiação foram implantadas no ordenamento jurídico nacional, até o reconhecimento da socioafetividade como elemento formador de relação jurídica de parentesco civil.

O conceito de parentesco encontra-se no campo das Ciências Sociais¹⁷⁵ e representa uma noção social, variando seu conceito de cultura para cultura e relacionando-se com a concepção de família, na análise de Madaleno (2004). No campo jurídico, o parentesco é conceituado por Glanz (2015) como “a relação jurídica entre pessoas que têm ancestral comum ou ligadas por adoção”. Entretanto, essa conceituação não está livre de polêmica, porque para o Direito, o parentesco “não está apenas circunscrito ao vínculo existente entre pessoas que descendem de ancestral comum, o chamado parentesco consanguíneo”, nas palavras de Madaleno (2004), mas abarca o parentesco por afinidade e o parentesco civil oriundo da adoção.

Na mesma esteira de pensamento, Diniz (2005, p. 1.295) define parentesco como “o vínculo existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro e entre o adotante e adotado”.

Outros autores, em sentido oposto¹⁷⁶, sustentam que “o único e real parentesco que existe é o consanguíneo ou natural, em face de aspectos genéticos comuns que portam as pessoas”, conforme Rizzardo (2009, p. 403). Para estes autores, apenas as pessoas com laços de consanguinidade são parentes entre si e, “somente por impropriedade de linguagem se pode atribuir tal designação a outras pessoas, como o cônjuge e os afins”, nas palavras de Rizzardo (Idem).

¹⁷⁵ Alguns dos autores da Antropologia de meados do século XIX tinham uma primeira formação em Direito e interesse com a história do Direito, segundo informa Cabral (2003), p. 89). Dentre eles Henry Sumner Maine e Lewis Henry Morgan, responsáveis pela introdução da antropologia como disciplina universitária, em 1860.

¹⁷⁶ Nader (2013, p. 270) indica Arnoldo Wald e Guilherme Calmon Nogueira da Gama como defensores dessa corrente de pensamento.

A questão que envolve a determinação do parentesco pela consanguinidade ou por aspectos socioaculturais não é nova, mas remonta à Grécia e à Roma antigas, o que faz inferir a complexidade para sua identificação¹⁷⁷. Nessas civilizações, o vínculo de sangue não bastava para estabelecer essa relação. O repasto fúnebre e o cumprimento dos ritos religiosos determinavam o parentesco. Na Grécia Antiga, “era a religião doméstica que constituía o parentesco”, nas palavras de Coulanges (2004, p. 81). Em suas palavras: “Dois homens podiam se dizer parentes quando tinham os mesmos deuses, o mesmo lar, o mesmo repasto¹⁷⁸ fúnebre”. O princípio do parentesco não estava no ato material do nascimento, mas sim no culto. Em Roma, a família era uma unidade econômica, política, militar e religiosa, de acordo com Gagliano; Pamplona Filho (2011) e assumia dimensão pública. Em ambas as culturas, segundo Donati (2008), a autoridade familiar era patriarcal e a descendência, patrilinear. Entretanto, esse sistema de determinação do parentesco foi alterado, como informa o autor (p. 84):

Sem dúvida, tanto na Índia como na Grécia e em Roma, chegou um momento em que o parentesco pelo culto não foi mais o único admitido. À medida que essa velha religião enfraqueceu, a voz do sangue falou mais alto e o parentesco pelo nascimento foi reconhecido pelo direito. Os romanos chamavam de *cognatio* a esse tipo de parentesco totalmente independente das regras da religião doméstica. Quando se leem os juristas, desde Cícero até Justiniano, constata-se que os dois sistemas de parentesco rivalizavam entre si e ambos disputavam o domínio do direito. Mas no Templo das Doze Tábuas só se conhecia o parentesco por agnação, o único que conferia direitos à herança.

A agnação (*adgnatio ou agnatio*), a que se refere Coulanges, não era parentesco consanguíneo, mas uma espécie de parentesco civil, distinto da adoção, como informa Cretella Júnior (2009, p.78) e constituía os vínculos de parentesco que uniam os membros da família *próprio iure* e os membros da família *communi iure*. “Para ser agnado, não era preciso ser parente de sangue, bastava submissão à soberania do mesmo *paterfamilias* e persistia a morte do chefe”, nas letras de Maia (2008 p. 14-15). O parentesco agnatício, de acordo com Andreotti Neto (1975, p. 55), era transmitido apenas pelos homens. Por isso, os filhos da própria mãe só eram seus parentes porque se achavam sob o poder do *paterfamilias*, não em função da consanguinidade, como observa Maia (2008).

¹⁷⁷ Não se pretende neste trabalho, estabelecer uma análise histórica, mas tão somente apresentar a dificuldade em se estabelecer critérios para a determinação do parentesco, desde as culturas greco-romanas que serviram de inspiração ao Direito Brasileiro.

¹⁷⁸ No dicionário, repasto significa “s.m. Refeição. Alimento que se toma geralmente em horas certas. Banquete” (FERREIRA, 1999, s/p).

O parentesco consanguíneo era denominado de *cognatio*, que poderia ser *naturallis* ou *civillis*, caso adviesse de vínculos de sangue, no primeiro caso ou da adoção, no segundo. Por isso era chamado de *cognatio virilis*. O parentesco cognatício era transmitido, por via sanguínea, portanto, por homens e por mulheres, “sendo, pois, agnatos, todos os que se achavam sob a pátria *potestas* dum mesmo chefe; todos que assim continuaram até a morte do *pater*; todos que caíam sob o poder do *pater*, caso este vivesse indefinidamente”, como escreve Cretella Júnior (2010, p.78). Entretanto, não era a cognação ou parentesco consanguíneo o vínculo de conexão da família romana. Somente ingressava na família quem o *pater familias* permitisse, inclusive os filhos de sua esposa dependiam de seu reconhecimento e para que alguém *alieni iuris* saísse da família, por emancipação ou pela extinção do *manus maritalis*, fazia-se necessário o consentimento dele.

A concepção cristã da família, a partir do século IV promoveu uma importante mudança na concepção da família romana, com o imperador Constantino. Preocupações de ordem moral se estabeleceram sob a inspiração da caridade, na análise de Pereira (2011). Além das questões morais, Venosa (2013) destaca que a instituição do casamento como sacramento reduziu o grupo familiar aos pais e filhos e permitiu a marginalização de outras modalidades de composição familiar e discriminação dos filhos, ditos naturais ou bastardos (decorrentes de uniões livres). O conceito de família se firmou como conjunto de pessoas ligadas entre si por laços da consanguinidade ou de parentesco civil, de acordo com Maia (2008). De acordo com esses autores, essa concepção se tornou modelo hegemônico na sociedade ocidental levado até a Idade Moderna. Apesar de a família pagã romana apresentar-se como “uma unidade com multiplicidade funcional, a família cristã se consolidou na herança de um modelo patriarcal, concebido como célula básica da Igreja (que se confundia com o Estado) e, por consequência, da sociedade”, analisam Gagliano; Pamplona Filho (2011, p. 50).

A concepção romana de família patriarcal, agnática, monogâmica e patrilinear, reafirmada pelos valores do cristianismo projetou seus elementos e institutos sobre o ordenamento jurídico nacional, nele permanecendo, até que a Constituição Federal de 1988 viesse implantar outra perspectiva principiológica sobre o Direito de Família brasileiro, alterando os valores jurídicos a ele concernentes. Entretanto, remanescem, no sistema jurídico familiarista atual, elementos que remetem aos institutos do Direito Romano, como é o caso da adoção do critério da consanguinidade como definidor da relação de parentalidade / filiação, fundamentado na *cognatio*, como observa Maia (2008).

Na tentativa de sanar essa antiga polêmica que envolve a determinação do parentesco pelos critérios da consanguinidade ou socioculturais, vale refletir acerca da distinção entre a

relação de família e a relação de parentesco, como o fazem os juristas atuais, sob a influência da literatura jurídica francesa de Stolfi, Colin e Capitant, apresentada por Nader (2013, p. 270), que identificam a relação de parentesco como um laço natural, e a relação de família como um laço social ou legal. De acordo com essa corrente de pensamento, o vínculo de parentesco distingue-se do vínculo de família porque este último é “constituído por pessoas que permutam afeto, mantêm elos de união, de solidariedade, desenvolvem assistência recíproca, sendo parentes ou não”, de acordo com Nader (2013, p. 270) que complementa:

O parentesco existe no âmbito da família, mas não se reduz, atualmente, ao *liame natural*. Ao lado deste, que reúne pessoas com um antepassado comum e as que descendem umas das outras, daí chamar-se *parentesco consanguíneo*, há um liame de ordem civil, proveniente da lei, constituído por laços de adoção, afinidade e socioafetividade. (Grifos do autor).

Ademais, o Código Civil emprega a expressão “Das relações de parentesco” no subtítulo II (do Título I – Do direito pessoal) para cuidar das relações de parentesco, dos arts.1.591 a 1.629, incluindo-se no art. 1.595 as relações de afinidade dentre as relações de parentesco. Da mesma forma, a filiação adotiva, na forma do art. 1.596. Portanto, subsume-se que o texto do Código Civil contempla o parentesco por afinidade e por adoção como formas de parentesco civil.

Sem a pretensão de desenvolver uma análise antropológica do parentesco ou da filiação, mas considerando-a para a compreensão desses institutos, na seara jurídica, propõe-se, neste capítulo, conhecer a matriz jurídica e as mudanças verificadas em relação ao tratamento legal destinado à filiação, no direito brasileiro, decorrentes daquelas percebidas na família.

A Antropologia deu um passo decisivo para a desnaturalização da família e implantou a possibilidade de se pensar variações em relação ao parentesco, distinguindo-se os vínculos de filiação e descendência e a figura do pai social distinta do pai genitor. A partir do movimento antropológico de desnaturalização da família e do parentesco, ao conceito de parentesco foi inserida a definição cultural atribuída por cada sociedade e derrubou-se o mito da família conjugal, como universal¹⁷⁹. Com isso, a Antropologia contribuiu com o Direito para a reflexão acerca do parentesco que sempre considerou natural: o parentesco biológico.

Para Sarti (1992, p. 72), “se existisse um grupo natural, este grupo seria a mãe e seus filhos, não a mãe, o pai e seus filhos. Porque o pai, a paternidade, é uma figura social, é uma

¹⁷⁹ Sarti (1992, p. 74).

figura construída socialmente pelo casamento”. Dessa forma, o autor (p. 71) dissocia descendência de filiação, nos seguintes termos:

Uma primeira questão que exprime a possibilidade de variação do parentesco é que os vínculos de filiação e de descendência podem ser diferentes, embora esta seja uma confusão muito comum. A filiação do pai e a da mãe podem ser diferentes, elas podem não coincidir com a descendência; ou seja, se há sociedades onde você descende tanto do seu pai quanto da sua mãe, como a nossa, isto não é verdade para todas as sociedades. Nós temos uma descendência bilateral, mas em sociedades onde há descendência matrilinear, o pai não é parente. O filho está fora da linha de descendência do pai. O pai é o marido da mãe, logo se diferencia filiação de descendência. Não se é necessariamente descendente do pai biológico. Isto porque a descendência não tem a ver com o vínculo de parentesco biológico entre pai e filho, mas com a definição social das regras de transmissão de direitos de uma geração para outra.

Com essa percepção de desvinculação do que se entende por descendência, da filiação, como parentesco, a partir das regras sociais de transmissão, a noção antropológica de unidade elementar do parentesco foi redefinida, para alcançar a ideia de “átomo do parentesco”, concebida por Lévi-Strauss (2011) como a unidade mais elementar do parentesco, que consiste na relação entre o homem, a mulher (relação de casamento) e o filho, (relação de descendência) e coincide com a unidade biológica (pai, mãe e filho). Isso significou um avanço no estudo da aliança na constituição da família, deixando claro o seu caráter não natural.

Pela redefinição dada por Lévi-Strauss (2011), introduziu-se a relação de consanguinidade à unidade elementar do parentesco. Essa inclusão mudou o eixo da definição do átomo de parentesco para nele introduzir a dimensão cultural, separando a família da unidade biológica pai-mãe e filho. Nesse sentido, situa-se Sarti (1992, p. 72), para quem

A unidade elementar do parentesco se separa da biologia e entra no terreno da cultura ao se reconhecer que uma família, para se formar, pressupõe dois grupos. Pressupõe que um homem dê uma mulher a um outro homem que a recebe. Para Lévi-Strauss, é através da troca de mulheres que se dá a combinação dos elementos do parentesco. A constituição da família como fato cultural pressupõe a existência prévia de dois grupos que se casam fora de seu próprio grupo, dois grupos exógamos. Isso significa o reconhecimento de que o parentesco envolve relações além da relação de consanguinidade, ou seja, relações de aliança também, de afinidade. Assim, rompe-se com a ideia do caráter natural da família. A família não provém da unidade biológica, da mera reprodução. Constitui uma aliança de grupos.

A percepção de que a família não provém de mera relação de consanguinidade desloca o foco de uma perspectiva que a toma como unidade, concebendo-a a partir de um sistema

de parentesco. Com isso, o foco principal dos estudos antropológicos na família deixou de ser a unidade mínima definida pelas três relações básicas do parentesco (aliança, filiação e consanguinidade¹⁸⁰) e passou a se centrar na família como um sistema, de acordo com Lévi-Strauss (2011).

Os sistemas de parentesco, de acordo com Sarti (1992), são estruturas formais que resultam da combinação das três relações básicas e universais, quais sejam, descendência; consanguinidade; afinidade. O estudo do parentesco ocorre por meio das combinações entre essas relações o autor (p. 71) assegura que “Qualquer sociedade forma-se pela combinação dessas três relações. A variabilidade está em como se faz essa combinação”.

Com a quebra do mito da família conjugal como universal, a Antropologia reconheceu que “existem outros laços para além dos consanguíneos”, nas palavras de Lévi-Strauss (2011, p. 34) e ajudou a refletir a família em transformação, mas que “permite dimensionar melhor qual o peso de cada elemento que se transforma na família; e permite pensar que se a relação pais e filhos muda, isso não quer dizer que outras relações não possam manter o caráter tradicional”, como assinala Sarti (1992, p. 75).

As transformações sociais e paradigmáticas envolvendo a família conjugal e as relações de parentesco repercutiram no pensamento jurídico que as assimilou e refletiu, incorporando-as à concepção de família, não como um fato da natureza e sim, como uma noção social que varia de cultura para cultura, fundada em necessidades e fins sociais, integrando o afeto como “verdade” formadora da parentalidade, como assegura Madaleno (2009, p. 27):

A família sociológica se assenta no afeto cultivado dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, na cooperação, na amizade, na cumplicidade. O afeto está presente nas relações familiares tanto na convivência entre o homem e a mulher, como na relação entre pais e filhos, não necessariamente advindos do imprescindível vínculo biológico. A parentalidade apresenta três verdades: a primeira delas é a verdade matrimonial, surgida do casamento ou da união estável; a segunda verdade é biológica e a terceira é a verdade afetiva.

A concepção de família sociológica com assento no afeto integra o processo de desnaturalização da família (como fenômeno antropológico e jurídico), responsável por provocar alterações constitucionais que permitiram reconhecer outras espécies de entidades familiares

¹⁸⁰ O primeiro tipo de relação capaz de configurar família é a aliança, que representa a união entre duas pessoas hetero ou homossexuais, com ou sem filhos resultantes dessa relação. O segundo é a filiação, que representa o vínculo consanguíneo, adotivo ou socioafetivo entre pais e filhos havidos de união matrimonializada ou não. O terceiro é a consanguinidade capaz de unir irmãos, tios e sobrinhos e primos numa relação de família. (Lévi-Strauss, 2011).

além daquelas consagradas pelo casamento. Com isso, a Constituição Federal de 1988 reconheceu, *ipso facto*, os vínculos de parentesco delas decorrentes.

A literatura jurídica, a partir de então, encampou a ideia decorrente do movimento antropológico de desnaturalização da família. As primeiras linhas escritas sobre o tema, no trabalho de João Baptista Vilela, intitulado Desbiologização da Paternidade inauguraram, na literatura jurídica nacional, a concepção de desnaturalização ou desbiologização do parentesco, segundo Nader (2013, p. 268), na perspectiva da paternidade¹⁸¹, incorporando a esses conceitos jurídicos o elemento da socioafetividade. Em seu estudo, Villela (1979, p. 400) conclui que:

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação.

Incorporando os aspectos cultural e afetivo ao conceito de parentalidade, na mesma linha de pensamento, Nunes (2009, p. 224) afirma que o prestígio da parentalidade biológica está em declínio “em virtude de na atualidade se perceber ser inimaginável aceitar que a determinação da paternidade possa prescindir dos componentes afeto e convivência”. Ainda no mesmo sentido, assim se coloca Dias (2015, p. 378):

Ocorreu verdadeira desbiologização da paternidade-maternidade-filiação e, conseqüentemente, do parentesco em geral. Assim, deve-se buscar um conceito plural de paternidade, de maternidade e de parentesco em sentido amplo, no qual a vontade, o consentimento, a afetividade e a responsabilidade jurídicas terão missões relevantes.

O declínio da parentalidade biológica, contudo, não é uma ideia aceita por todos. No mundo contemporâneo, “não se concebe um sistema jurídico que, embora não o diga, não conceda um lugar à verdade sociológica”, como adverte Welter (2009), sem que isso signifique a desconsideração ou o desprestígio da filiação natural ou consanguínea. Observe-se o que ele (p. 63) pontua:

Não se cuida, com isso, de uma desbiologização da filiação, mas, sim, de um fortalecimento das duas perfilhações, por duas razões: a primeira, porque, com a produção do exame genético de DNA, a paternidade é comprovada com certeza científica; a segunda, com o acolhimento da igualdade entre todos os membros da família, o afeto, a solidariedade, o amor, o desvelo, a fe-

¹⁸¹ Entendendo que a afetividade como elemento ensejador do reconhecimento do parentesco civil também atinge a mãe, e não somente o pai, Tartuce (2010, p. 100) prefere utilizar a expressão parentalidade socioafetiva em sentido amplo, em lugar de paternidade socioafetiva, em sentido estrito.

licidade, a convivência, os modos de ser-em-família foram acolhidos como direitos fundantes da pessoa humana.

Depreende-se da análise de Welter que, quando se fala em desbiologização da parentalidade, significa dizer que esse processo retrata o declínio da parentalidade biológica considerada como única e absoluta forma de se estabelecer relações de parentesco. Isso só quer dizer que, além do parentesco consanguíneo, há outras formas de expressão da parentalidade, reconhecidas por laços sociais e afetivos, capazes de constituir vínculos jurídicos determinantes da filiação, a exemplo da adoção e do reconhecimento da filiação socioafetiva. E é nesse sentido que a expressão “desbiologização do parentesco” é empregada no corpo deste trabalho.

O reconhecimento pela Antropologia e pela literatura jurídica da existência de outros laços de parentesco além dos consanguíneos foi consagrado pelo Código Civil de 2002. De acordo com o art. 1.593 do Código Civil vigente, “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Os intérpretes do Direito¹⁸² entendem que a expressão “outra origem” contempla as relações de afetividade estabelecidas entre as pessoas capazes, pela sua intensidade e notoriedade, de criar relações de parentesco fundadas na afetividade (parentesco socioafetivo), bem como as hipóteses de filhos havidos por reprodução humana assistida heteróloga (arts. 227, §6º da Constituição Federal e art. 1.597, V do Código Civil).

É dessa forma que Gonçalves (2014) atribui à palavra parentesco sentido estrito, para contemplar apenas o vínculo da consanguinidade e sentido amplo, para incluir o parentesco por afinidade, adoção e socioafetivo ou aquele decorrente de reprodução humana assistida. Em qualquer sentido que se tome a palavra, o parentesco representará elos parentais naturais ou jurídicos que não se constituem nem se desfazem por ato de vontade, asseguram direitos e impõem deveres recíprocos aos parentes, conforme Dias (2015).

O tema do parentesco envolve, no Código Civil vigente, regras gerais (arts. 1.591 a 1.595); regras atinentes à filiação (arts. 1.596 a 1.606); normas que regulam o reconhecimento de filhos (arts. 1.607 a 1.617), e regras sobre adoção (arts. 1.618 a 1.629) e poder familiar (arts. 1.630 a 1.638)¹⁸³. Neste trabalho de pesquisa, dedica-se especial atenção às regras gerais que orientam as relações de parentesco socioafetivo e à filiação, especialmente à filiação so-

¹⁸² A exemplo de Gonçalves (2014), Nader (2013), Pereira (2011).

¹⁸³ O Direito Francês trata do parentesco apenas na parte referente às sucessões, como informa GLANZ (2005) limitando os efeitos do parentesco aos direitos hereditários. No Brasil, vale ressaltar que, apesar de definido e regrado pelo Direito de Família, o estudo do parentesco não importa apenas a ele. A partir de seus conceitos, princípios e regras, o reconhecimento de relações de parentesco repercute em outros campos do direito público e privado.

cioafetiva nas famílias neoconfiguradas, sem desmerecer as demais relações de parentesco, mas por guardar relação direta com o tema objeto de estudos da presente pesquisa, na estrita observância ao corte epistemológico que a orienta.

No Direito de Família, as relações de parentesco têm o papel preponderante de definir relações jurídicas a partir das quais se estabelecem restrições ao direito individual, garantem-se direitos e estabelecem-se obrigações entre as pessoas vinculadas entre si por esse vínculo. A definição de impedimentos matrimoniais¹⁸⁴; a determinação das funções de tutor e curador¹⁸⁵; a regulação do poder familiar¹⁸⁶ e a definição do direito a alimentos¹⁸⁷ são alguns exemplos.

Ainda no Direito Civil, o parentesco importa ao Direito Sucessório, na medida em que o parentesco é ainda definidor dos direitos sucessórios. São pelos laços de parentesco que se definem os herdeiros, na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.829 do Código Civil¹⁸⁸. Descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais são herdeiros, mas apenas os

¹⁸⁴ Estabelece o art. 1.521 do Código Civil:

Art. 1.521. “Não podem casar:

I- os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II- os afins em linha reta;

III- o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV- os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V- o adotado com o filho do adotante;

VI- as pessoas casadas;

VII- o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

¹⁸⁵ Faz-se marcante a importância do parentesco como definidor de direitos e o estabelecimento de deveres para a nomeação de tutores para os filhos menores, nas hipóteses de falecimento ou sentença declaratória de ausência dos pais ou de terem, eles, decaído, do poder familiar, na forma do art. 1.728 do Código Civil.

¹⁸⁶ A relação de parentesco é indispensável para a garantia do exercício do poder familiar, pelos pais, nos termos do art. 1.630 do Código Civil que determina que “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O poder familiar será exercido pelos pais e “na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá, com exclusividade”. É o que assegura o art. 1.631 do Código Civil.

¹⁸⁷ Em função do parentesco, também, as pessoas se obrigam mutuamente ao dever de prestar alimentos. O art. 1.694 do Código Civil prevê que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros “os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Nasce o dever de prestar alimentos quando “quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”. A fixação dos alimentos leva em consideração a proporção entre as necessidades de quem os pleiteia e os recursos da pessoa obrigada, conforme preveem os arts. 1.695 e 1.694, §1º do Código Civil.

¹⁸⁸ Reza, o art. 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III- ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais.

descendentes, ascendentes e o cônjuge são considerados herdeiros necessários, pelo art. 1.825 do Código Civil, e a eles é destinada a legítima, ou seja, metade do patrimônio do falecido¹⁸⁹.

Em outros campos do Direito Privado e do Direito Público o parentesco se apresenta como elemento definidor para o estabelecimento de limitações ao direito individual ou para atribuição de garantias e direitos, estabelecendo, por exemplo, impedimentos para depor como testemunha, de pessoas vinculadas às partes, pelo vínculo de parentesco, definidas pelo art. 405, §2º, I do Código de Processo Civil como: o cônjuge, os ascendentes e descendentes, em qualquer grau e o colateral até o terceiro grau, por consanguinidade ou afinidade¹⁹⁰. Por outro lado, no Direito Previdenciário, importa identificar a existência de relação de parentesco entre as pessoas para determinação da identificação dos dependentes previdenciários¹⁹¹, daqueles que requerem os benefícios de pensão por morte, auxílio reclusão e a reabilitação profissional, em modalidade especial (isto é sem contribuição).

Por isso, vale o estudo do parentesco e sua classificação legal, nos termos do art. 1.593 do Código Civil como natural, quando resultante da consanguinidade, ou civil, quando a lei civil assim o previr¹⁹². Será civil o parentesco decorrente do casamento civil ou da união estável (o parentesco por afinidade), o parentesco por adoção, ou quando o parentesco tiver outra origem, entendida como aquela diversa da consanguínea, da afinidade e da adoção.

Na classificação do parentesco, o Direito de Família brasileiro sofreu influência do direito greco-romano, prevalecendo, durante a vigência do Código Civil de 1916, o critério biológico, consanguíneo, como definidor dos laços de parentesco e família, fundamentado na *cognatio* dos romanos, de acordo com MAIA (2008, p. 14), nos seguintes termos:

¹⁸⁹ Por força do art. 1.846 do Código Civil.

¹⁹⁰ Pelo art. 405, §2º, I do Código de Processo Civil – CPC, as pessoas com o vínculo de parentesco previsto nesse dispositivo legal poderão servir como testemunhas, em caráter excepcional, “se o exigir o interesse público, ou tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito”.

¹⁹¹ De acordo com a Lei n. 8.213/91, considera-se dependente do segurado: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido; os pais; o irmão, não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Os enteados e tutelados equiparam-se a filhos e são considerados dependentes. Contudo, a criança ou adolescente, sob guarda, fora excluído da relação de dependência previdenciária pela Lei 9.528/97. No entanto, a Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) do STJ decidiu, em PEDILEF 00056181220104013200, que o menor sob guarda tem direito à pensão por morte e pronunciou a inconstitucionalidade da alteração do artigo 16, parágrafo 2º da Lei 8.213/91 efetivada pela Lei 9.528/97) Eis a ementa da decisão: “ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Juízes da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, em dar PROVIMENTO ao Agravo Regimental e CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Pedido de Uniformização, para reiterar a tese da condição de dependente do menor sob guarda, devolvendo os autos às instâncias ordinárias para análise, em concreto, do preenchimento dos demais requisitos exigidos para o benefício pleiteado, nos termos deste voto ementa. Rio de Janeiro (RJ), 29 de março de 2012. Publicado em DOU 11/05/2012.

¹⁹² Gonçalves (2014, p. 311) refere-se ao parentesco civil como uma criação da lei.

A *cognatio* era o parentesco natural, consanguíneo, que se formava pelos lados materno e paterno. Inicialmente este parentesco apresentava como único efeito o impedimento matrimonial, mas já no Direito Clássico passou a produzir outras consequências, como os direitos sucessórios.

Atualmente, o critério biológico decorrente da *cognatio* romana ainda determina o parentesco natural, de acordo com o art. 1.593 do Código Civil vigente¹⁹³, com repercussões no direito matrimonial e sucessório, assim como em outros ramos do direito. Contudo, interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ao Código Civil e à Constituição Federal vêm promovendo uma relativização do critério biológico para determinação da filiação, reconhecendo vínculos familiares e laços de parentesco formados a partir da afetividade como definidores do estado de filiação e atribuindo-lhes efeitos jurídicos decorrentes desse *status*.

A classificação legal do parentesco em natural e civil (art. 1.593 do Código Civil) é criticada por Farias; Rosenthal (2014, p. 555) no que diz respeito à impropriedade da terminologia utilizada pelo Código, por considerá-la atentatória à filosofia isonômica constitucional. De acordo com os autores, “Chamar o parentesco decorrente da consanguinidade de *natural* é conferir uma carga *artificial* ao parentesco estabelecido por outros critérios, como a afetividade, como se não fosse da ordem natural do ser humano acolher, por afeto e amor, alguém como seu filho”¹⁹⁴.

No mesmo sentido, Gagliano; Pamplona Filho (2011, p. 646) pugnam pela necessidade de se “admitir uma paridade harmônica – e não uma verticalidade opressora – entre as formas de parentesco natural e civil”. Ainda acrescentam, os autores:

O moderno Direito Civil não se harmoniza com entendimentos discriminatórios e reducionistas do conceito de família. Nessa linha, é preciso admitir uma paridade harmônica – e não uma verticalidade opressora – entre as formas de parentesco natural e civil. Se o parentesco natural decorre da cognação, ou seja, do vínculo da consanguinidade, o denominado parentesco civil resulta da socioafetividade pura, como se dá no vínculo da filiação adotiva, no reconhecimento da paternidade ou maternidade não biológica calcada no afeto, na filiação oriunda da reprodução humana assistida (em face do pai ou da mãe não biológicos), enfim, em todas as outras situações em que o reconhecimento do vínculo familiar prescindiu da conexão do sangue.

A defesa apresentada pelos autores citados, pela harmonização entre o parentesco natural e civil reflete a absorção, pelo Direito, do processo antropológico de desnaturalização do

¹⁹³ Vale aqui, a menção aos romanos, numa deferência à contribuição dessa cultura para o nosso Direito de Família da contemporaneidade, especialmente no que diz respeito aos conceitos de parentesco e filiação natural.

¹⁹⁴ Os grifos são dos autores.

parentesco e remete à necessidade de se examinar, neste trabalho, a concepção jurídica da filiação socioafetiva constituída pela posse do estado de filiação.

3.1 Reflexos da desnaturalização do parentesco sobre a prova da filiação no direito de família contemporâneo

O parentesco natural não recebeu uma definição, pela lei brasileira. Contudo, a Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 que institui o Código Civil brasileiro cuidou de prescrever regras acerca das relações de parentesco e define como parentes naturais em linha reta, nos termos do art. 1.591 do Código Civil, “as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”, sem impor limites em relação à ascendência ou descendência¹⁹⁵. São, portanto, parentes em linha reta: neto e avô, bisneto e bisavô, trisneto e trisavó, tetraneto e tetravó, hexaneto e hexavô, sem limitação de grau¹⁹⁶.

O Código Civil brasileiro reconhece, ainda, a relação de parentesco natural na linha colateral ou transversal, até o quarto grau, entre “as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”, na forma do art. 1.592 do Código Civil. São parentes naturais, portanto, na forma da lei, os irmãos, os tios e sobrinhos e os primos entre si¹⁹⁷.

Ao lado do parentesco natural, o Código Civil refere-se ao parentesco civil, estabelecido pela adoção. A adoção¹⁹⁸ é, portanto, espécie de parentesco qualificado como civil, porque “exclusivamente jurídica” e “se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva”, de acordo com Venosa (2013, p.279). Por estar dissociada de laços de con-

¹⁹⁵ De acordo com Dias (2015, p. 380) “O estabelecimento dos elos de parentesco sempre tem origem em um ascendente: pessoa que dá origem a outra pessoa. Descendentes são os parentes que se originam a partir da filiação. Os vínculos de ascendência e descendência natural tem origem biológica, mas podem decorrer da adoção, que gera o desligamento do adotado dos parentes consanguíneos. Quando ocorre a perda do poder familiar, ainda persiste o vínculo de parentesco natural para efeitos outros, como, por exemplo, a obrigação alimentar e os impedimentos matrimoniais. O casamento e a união estável também geram vínculo de ascendência e descendência, ainda que por afinidade”.

¹⁹⁶ O art. 1.594 do Código Civil brasileiro, assim como o fez, o Código Civil de 1.916, em seu art. 333, estabeleceu um critério para fixação dos graus de parentesco: o número de gerações. Vale a transcrição do Art. 1.594. “Contam-se na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até o ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente”.

¹⁹⁷ De acordo com o Código Civil de 1916, as relações de parentesco estendiam-se até o sexto grau. Em razão disso eram parentes os primos de segundo grau. Atualmente, não o são.

¹⁹⁸ A adoção é definida por Pereira (2011, p.407) como “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”. Ele a conceitua como “modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural”. Gagliano; Pamplona Filho (2011, p.657) conceituam a adoção, a partir de sua natureza e efeitos jurídicos como “um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica”.

sanguinidade e resultar de ato jurídico¹⁹⁹ (sentença judicial), a adoção é concebida como uma *fictio juris*²⁰⁰ tutelada pelo direito.

O Direito anglo-americano utiliza várias palavras para conceituar as relações de parentesco. O termo *relation* indica a “relação por consanguinidade ou afinidade; neste sentido, usa-se o termo *relative* (parente)”. Outras nomenclaturas como *bloodrelations* (relações de sangue); *kindred* ou *kin* (parentesco consanguíneo); *affinity* (afinidade) ou *quasiaffinity* (“relação de uma pessoa com parentes da outra, que foi noiva, mas não chegou a casar”) são específicas para tratar das relações de parentesco, das relações consanguíneas, por afinidade ou adotivas, conforme Glanz (2005, p. 524).

Na língua inglesa, a qualificação *in law* (por lei) acompanha palavras que denotam parentesco consanguíneo como *mother, father, son, daughter, brother, sister*²⁰¹, por exemplo, e forma expressões que denotam relações de parentesco por afinidade como *mother in law, father in law, son in law, daughter in law, brother in law, sister in law*²⁰².

Dentre as relações de parentesco estabelecidas pelo Direito, importa a este trabalho conhecer a relação entre pais e filhos, denominada filiação, pelo Código Civil, que dedicou ao tema, o capítulo II, do Subtítulo II (que trata das relações de parentesco), ao lado do subtítulo I que versa sobre o casamento, ambos inseridos no Título I que aborda o direito pessoal dentro do Direito de Família, ao qual dedica o Livro IV.

A filiação, nessa estrutura legislativa, é concebida como conceito relacional e assume denominações distintas, de acordo com a ótica da análise que sobre ela recai. Se analisada sob o ponto de vista da mãe ou do pai, denomina-se maternagem, maternidade ou paternidade, respectivamente, como informam Veludo; Viana (2012). Se o objeto de análise é o filho, denomina-se filiação propriamente dita ou, simplesmente, filiação.

A raiz da palavra filiação encontra-se no vocábulo latino *filiatio* que, segundo Fujita (2011, p. 9) tem o “significado de descendência de pais a filhos”. Filiação, nas palavras de

¹⁹⁹ A adoção tem natureza jurídica de ato jurídico em sentido estrito, da natureza complexa, porque depende de decisão judicial para a produção de seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral, nem bilateral, em razão de tratar de estado de filiação, direito indisponível, que não comporta transação, nem revogação. LÔBO (2011, p. 273), VENOSA (2013, p. 284) e PEREIRA (2011, p. 408) assim entendem. De outra forma, Tartuce; Simão (2013, p. 373) entendem que “há um quê de negócio jurídico na adoção, eis que esta depende da iniciativa da parte, do exercício da autonomia privada pelo adotante. Para reforçar, lembre-se que a adoção não pode ser imposta, como ocorre com o reconhecimento de filho. Sem falar que, na adoção de pessoa de idade superior a 12 anos, há a necessidade de se ouvir o adotado”. Entretanto, reconhecem, que esse não é o entendimento majoritário entre os autores. Venosa (2013, p. 284) esclarece que “a linha francesa admite o instituto como contrato, sustentando que há necessidade de duas vontades, participando o adotado por si ou por representante. Em algumas situações, porém, a vontade do adotando inexistente, o que dificulta a compreensão dessa doutrina”. Para ele, a adoção é ato jurídico, com marcante interesse público, o que afasta a noção contratual.

²⁰⁰ Ficção jurídica.

²⁰¹ Mãe, pai, filho, filha, irmão e irmã. (Tradução livre).

²⁰² Sogra, sogro, enteado, enteada, genro, nora, cunhado, cunhada. (Tradução nossa).

Lôbo (2010, p. 52) “é conceito relacional; é a relação que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (mãe ou pai)”. Pereira (2006, s/p) por seu turno, aborda a filiação como um fenômeno complexo. Observe-se:

A filiação é um fenômeno excepcionalmente complexo. Antes de tudo biológico, é examinado pelos cientistas como forma de perpetuação das espécies; é um fenômeno fisiológico, um objeto de indagações sociológicas e históricas, um capítulo da Higiene e da Eugenia. Pertence ao mundo físico e ao mundo moral (*Dusi*), exprime simplesmente o fato do nascimento e a situação de ser filho e, num desenvolvimento semântico dentro da Ética, traduz um vínculo jurídico. Compreende simultaneamente o fato concreto da procriação e uma relação de direito.

Diante da complexidade que envolve o conceito jurídico de filiação, Rizzardo (2009, p. 414) define-a como “a relação de parentesco consanguíneo em primeiro grau e em linha reta, que envolve ou une uma pessoa àquelas que o reproduziram ou geraram. Consiste no liame entre pais e filhos”. Analisando a filiação como um conceito relacional, Fujita (2011, p. 10) a compreende como

o vínculo que se estabelece entre pais e filhos, decorrente da fecundação natural ou da técnica de reprodução assistida homóloga (sêmen do marido ou do companheiro; óvulo da mulher ou da companheira) ou heteróloga (Sêmen de outro homem, porém com o consentimento do esposo ou companheiro; ou o óvulo de outra mulher, com anuência da esposa ou companheira), assim como em virtude da adoção ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho.

Mais particularmente, interessa a esta pesquisa, a filiação socioafetiva que se estabelece entre padrastos, madrastas e enteados, no campo das famílias neoconfiguradas, não previstas expressamente pelo Código Civil brasileiro, mas contempladas como relação de parentesco civil, de outra origem, ao lado do parentesco natural e da adoção, pelo art. 1.593 do referido Diploma Civil.

Convencionou-se chamar de artificial, conforme Glanz (2005), (em contraponto com a consanguínea, denominada natural e, em alusão à reprodução artificial medicamente assistida), a filiação decorrente dos progressos da ciência, chamando-a de homóloga, aquela decorrente da fecundação com material genético do marido ou da esposa ou do companheiro ou

companheira e de heteróloga, quando o material genético usado na fecundação é de terceiro²⁰³.

Apesar de o direito parental contemporâneo retratar valores distintos daqueles apresentados pelo direito das civilizações antigas, considera-se relevante apresentar alguns elementos estruturantes da concepção greco-romana, que norteou o Direito de Família e o sistema jurídico brasileiro anterior ao Código Civil de 2002 até a Constituição Federal de 1988. Torna-se importante para a análise da construção da transição paradigmática verificada na legislação nacional, sem a intenção de promover uma análise histórica sobre o assunto, mas de destacar as mais relevantes alterações promovidas acerca da filiação a partir dos conceitos greco-romanos até os dias de hoje.

Anteriormente ao Código Civil de 2002, a filiação foi regulada pelo Código Civil de 1916 que tinha o casamento como única fonte para reconhecimento jurídico da família. Em razão disso, estabelecia-se diferença de tratamento jurídico aos filhos havidos em decorrência da relação conjugal e os filhos havidos fora dessa relação. “Havendo situações que ameaçassem a segurança da família, eram elas ignoradas pelo ordenamento jurídico (como exemplo, os filhos extramatrimoniais), prevalecendo um único interesse: a família matrimonializada”, nas letras de Delinski (1997, p. 16).

O tratamento jurídico implantado pelo Código Civil de 1916 refletia a influência recebida do direito das civilizações antigas, a exemplo do Direito Grego, que não aceitava o reconhecimento da paternidade ou legitimação dos filhos naturais²⁰⁴. “Não havia, pois, vínculo de parentesco – *agnatio* – entre o filho natural e o pai, salvo se este, pela adoção, o introduzisse na família, submetendo-o à sua autoridade (*patria potestas*)”, como assinala Pereira (2011, p. 348).

O Direito Romano, assim como o grego, inspirou o tratamento jurídico da filiação, no Código Civil de 1916. Daí a distinção entre os filhos legítimos (*justi ou legitimi*), havidos de uma relação de casamento, dos espúrios (*spuri, vulgo quaesiti, vulgo concepti*), considerados os incestuosos e adulterinos, e os filhos naturais (*naturales liberi*), oriundos do concubinato²⁰⁵.

²⁰³ Questões importantes relativas à filiação decorrente de reprodução humana assistida, não previstas em lei, como a inseminação artificial de mulher solteira, a inseminação artificial *post portem* ou a decorrente de barriga de aluguel geram polêmica e exigem do Judiciário, análise para além do Direito.

²⁰⁴ “O filho nascido de uma mulher que não tinha sido associada ao culto doméstico pela cerimônia do casamento não tinha o direito de participar dos sacrifícios e solenidades ante o altar dos deuses lares, e por ele a família não se perpetuava”. (PEREIRA, 2011, p.349)

²⁰⁵ No sistema jurídico romano, os filhos espúrios não tinham pai. Não era possível o reconhecimento e não possuíam direitos, nem mesmo a alimentos (MAIA, 2008, p. 22).

Na época da colônia, o Direito Civil brasileiro foi regulado pelas Ordenações Filipinas, legislação em que “admitia-se o reconhecimento do filho ilegítimo, encarregando-se a mãe de criá-lo de leite até os três anos e o pai, de fazer todas as despesas, proibida a sucessão legítima, mas não a testamentária” como informa Maia, (2008, p. 26) e, sob influência da Igreja Católica e do direito costumeiro francês negava o direito de sucessão aos filhos bastardos (adulterinos e incestuosos). Essa influência perdurou por mais de dois séculos, segundo Pereira (2011, p. 350), que apresenta outros efeitos da distinção entre os filhos, nas Ordenações Filipinas:

Os filhos simplesmente ‘naturais’ concorriam com os ‘legítimos’ à sucessão do pai, se fosse esse plebeu, e, na falta deles, eram herdeiros universais. Sendo o pai nobre, aos filhos ‘naturais’ era somente reconhecido direito alimentar quando concorriam com legítimos ou com os ascendentes do pai. Mas em nenhum caso herdavam *ab intestato*. Não se proibía, entretanto, a investigação de paternidade, nem havia lei que se opusesse a que os filhos ‘naturais’ fossem instituídos herdeiros testamentários.

Em 1831, por meio do Decreto da Regência de 11 de agosto, os filhos espúrios puderam ser instituídos herdeiros testamentários, em falta de outros descendentes. Em 1847, a Lei n. 463, de 2 de setembro, extinguiu a distinção entre filhos de nobre e plebeus, equiparando-os em relação aos direitos sucessórios. Entretanto, seu reconhecimento somente poderia se dar por meio de testamento ou escritura pública. Somente em 1890, pelo Decreto n. 3.069, de 17 de abril, os filhos ilegítimos puderam ser reconhecidos no assento de nascimento, além da escritura pública e do testamento, como informa Pereira (2011).

No início do séc. XIX, pelo que informa o autor (2011), seguindo o movimento mundial em defesa dos direitos dos filhos ilegítimos, o Projeto Beviláqua do primeiro Código Civil brasileiro foi apresentado ao Congresso, franqueando o reconhecimento dos filhos naturais e permitindo-lhes a investigação da paternidade. O Código Civil de 1916 foi aprovado numa linha intermediária, prevendo o reconhecimento compulsório ou voluntário do filho natural, pelos pais, conjunta ou isoladamente. Entretanto, o reconhecimento não lhes atribuía os mesmos direitos em relação aos filhos legítimos. Receberiam os filhos ilegítimos metade do quinhão que coubesse aos filhos legítimos, se concorressem com eles, na sucessão. Era esse o comando do art. 1.605, §1º do Código Civil de 1916.

Os filhos recebiam denominações distintas em função de sua origem conjugal ou extraconjugal. Os filhos nascidos de relações de casamento eram chamados legítimos e ilegíti-

mos, aqueles nascidos de relações extramatrimoniais. Ainda, entre os ilegítimos havia classificações que os distinguiam. Eram classificados como naturais, adulterinos e incestuosos.

O parentesco em linha reta ou colateral por consanguinidade pode ser: a) legítimo, se oriundo do casamento; b) ilegítimo, se decorrente de relações sexuais eventuais ou concubinárias, sendo que os filhos daí decorrentes são *naturais*, se não houver entre os pais impedimento matrimonial, *adulterinos*, se frutos do adultério, ou *incestuosos*, se os pais violarem o Código Civil, art. 183, I a V. (DINIZ, 1999, p. 312). (grifos do autor).

Os filhos ilegítimos adulterinos e incestuosos eram chamados de bastardos ou espúrios, porque, ao tempo da concepção ou do parto, por razões de parentesco entre os genitores ou por um deles ser casado não estavam os genitores, aptos ao casamento, de acordo com Delinski (1997).

O tratamento diferenciado não se limitava apenas às denominações entre os filhos. Somente poderia haver a legitimação, nos termos do art.353 do Código Civil de 1916²⁰⁶, os filhos naturais, pelo casamento dos pais. Diante da existência de impedimento para o casamento, os filhos adulterinos e incestuosos não podiam ser legitimados.

Aos filhos incestuosos, não se permitia o reconhecimento. Não desfrutavam eles, de nenhum direito decorrente da filiação, exceto o direito a alimentos, nos termos do art. 406, do Código Civil de 1916: “O casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, somente para o efeito da prestação de alimentos”.

Analisando a condição do filho havido de relação extramatrimonial no regime do Código Civil de 1916, Delinski (1997, p. 17) tece as seguintes considerações:

Dessa forma, a distinção criada pelo sistema de filiação codificado repercutia no estabelecimento da filiação. O nascimento do filho fora do matrimônio (v.g. filiação adulterina *a patre*) o colocava numa situação social marginalizada; impedido de ser reconhecido pelo pai e excluído da linha familiar paterna, em favor da maior estabilidade e garantia da organização familiar, ou seja, para garantir a ‘paz familiar’ do lar formado pelo casamento do pai, fazendo prevalecer os interesses da instituição ‘matrimônio’ sobre os interesses dos membros que a compunham.

Sob essa perspectiva (da necessidade de se resguardar a instituição do matrimônio), a Constituição Federal de 1937 atribuiu apenas aos filhos naturais, igualdade de condições em

²⁰⁶ Estabelecia, o art. 353 do Código Civil de 1916: “A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido ou depois de havido o filho (art. 229)”.

relação aos filhos legítimos, inclusive no que diz respeito aos direitos sucessórios. Aos filhos espúrios não foram permitidos o reconhecimento e o estado de filiação.

Entre a Constituição de 1937 e a de 1946, algumas normas infraconstitucionais promoveram alterações em relação ao reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Dentre elas destacam-se: O Decreto-Lei n. 4.737/1942 que permitiu o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento após o desquite; a Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, que revogou o Decreto-Lei n. 4.737/1942 e permitiu a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do casamento, após a dissolução da sociedade conjugal e ao filho, o direito à ação de investigação de paternidade, após a dissolução do casamento de seu genitor adúltero, permitindo-lhes que, reconhecida a paternidade, lhes fosse assegurado o direito a alimentos.

A Constituição de 1946 e as demais, anteriores à Constituição de 1988, silenciaram em relação ao assunto. Na legislação infraconstitucional, entretanto, algumas normas contribuíram para implementar alterações no sistema jurídico destinado à filiação, no Brasil, no que se refere ao reconhecimento dos filhos havidos fora da relação de casamento. Dentre elas, a Lei n. 6.515, de 1977, que autorizou o reconhecimento do filho adúltero, ainda na vigência do casamento, em testamento cerrado e determinou que qualquer que fosse a natureza da filiação, seria reconhecido, em igualdade de condições, o direito à herança. Por essa norma, também os filhos incestuosos passaram a ter direito à herança, em igualdade de condições com os legítimos, mas, por força do art. 358 do Código Civil de 1916, não podiam ser reconhecidos, pelo que informa Rizzardo (2009).

Na vigência do Código Civil de 1916, era permitido ao filho ilegítimo (não adúltero ou incestuoso²⁰⁷) não reconhecido, buscar o reconhecimento da filiação, de acordo com o art. 363, desde que atendidas certas condições impostas pela lei:

Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

²⁰⁷ Esses não podiam ser reconhecidos. “Se reconhecidos fossem, mediante ação de filiação, o ato tornava-se nulo a partir do momento da prova de que o filho era adúltero ou incestuoso” (ZENI, 2009, p 66).

A investigação da maternidade ocorria nas hipóteses de ocultação de filho, abandono ou rapto, desde que não tivesse por objetivo atribuir prole ilegítima à mulher casada, e incestuosa à solteira, casada ou viúva, na forma do art. 364 do Código Civil de 1916.

O reconhecimento dos filhos produzia efeitos iguais, caso fosse realizado voluntariamente ou por decisão judicial. Se o filho fosse menor, ficaria sob a guarda do genitor que o reconheceu. Se ambos o fizeram, a guarda cabia ao pai²⁰⁸. Entretanto, “O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”, conforme estabelecia o art. 359 do Código Civil de 1916²⁰⁹. Se fosse maior, o reconhecimento do filho dependeria de seu consentimento e poderia impugnar o reconhecimento, nos quatro anos seguintes à maioridade ou emancipação²¹⁰.

A Lei n. 7.250/1984 permitiu ao cônjuge separado de fato, há mais de cinco anos a possibilidade de reconhecer filho adúlterino. O reconhecimento dos filhos incestuosos continuou proibido, pelo que informa Pereira (2011).

Com a Constituição de 1988, a igualdade entre os filhos foi implantada no sistema jurídico nacional. Em razão dela, foram proibidas quaisquer designações discriminatórias entre os filhos, por força do art. 227, §6º da Carta Constitucional, que determina 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”.

Mas, a Constituição Federal de 1988 não se restringiu a implantar no sistema jurídico brasileiro, no que se refere ao Direito Parental, o princípio da igualdade dos filhos. Inseriu, ainda, as crianças, adolescentes e jovens como sujeitos de direito, por meio do *caput* do art. 227, que assim dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, CF, 2014, p. 74).

Além disso, a Constituição de 1988 abrigou, implicitamente, o princípio da proteção integral às crianças, adolescentes e jovens, assegurado pelo ECA, no art. 226, § 7º ao estabelecer que:

²⁰⁸ Art. 360 do Código Civil de 1916.

²⁰⁹ O conteúdo do art. 359 do Código Civil de 1916 foi reproduzido pelo art. 1.611 do Código Civil de 2002, apenas trocando-se a expressão “filho ilegítimo” por “filho havido fora do casamento”.

²¹⁰ Art. 362 do Código Civil de 1916. O artigo 1.614 do Código Civil de 2002 reproduziu esse conteúdo. Entretanto, considera-se imprescritível a ação para reconhecimento da paternidade, por força do art. 27 do ECA.

Art. 226. [...]

§7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, CF, 2014, p. 74).

Em razão da Carta Magna de 1988, a Lei n. 7.841 de 17 de outubro de 1989 revogou, expressamente, o art. 358 do Código Civil de 1916 que proibia o reconhecimento dos filhos adúlteros e incestuosos, estabelecendo o sistema unificado de filiação²¹¹.

A Lei n. 8.069 de 13.07.1990 – ECA seguiu os ditames da Constituição Federal de 1988 e estabeleceu, em seu art. 20, que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O reconhecimento da filiação foi alçado pelo ECA (arts. 26 e 27) à condição de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível²¹², independentemente de origem. Inovou o ECA ao permitir que os filhos extramatrimoniais pudessem ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, escritura pública ou qualquer outro documento, permitindo, assim, a todos os filhos, o direito ao reconhecimento da filiação, independentemente de sua origem²¹³.

A Lei 8.560/92 revogou expressamente o artigo 332, que classificava o parentesco em legítimo e ilegítimo; o art. 337, que definia o filho ilegítimo e o art. 347, que determinava como se dava a prova da filiação legítima, todos do Código Civil de 1916. Outras inovações trazidas pela Lei 8.560/92 foram: a permissão para a investigação de paternidade, pelo Estado, de crianças que tiverem o nome do pai na certidão de nascimento, e o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, no registro de nascimento; por escritura pública ou escrito

²¹¹ Vale a transcrição, de trecho do livro de Delinski, acerca da unificação da filiação, pela Carta Constitucional de 1988, escrito antes do Código Civil de 2002: “Com a adoção do sistema unificado de filiação começa a alterar a estrutura da família, a verdade jurídica – que até então impunha a alguns uma paternidade fictícia e a outros impedia que se lhes declarasse a verdadeira paternidade – passa a ser contestada em favor da verdade biológica. Procura-se identificar quem é o pai de sangue, atribuindo-se a ele a responsabilidade da paternidade, já que não permitindo fique a criança sem pai declarado”. (DELINSKI, 1997, p. 19).

²¹² Assim dispõe, o art. 27 do ECA: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

²¹³ Assim dispõem, o *caput* do art. 26 e seu parágrafo único do ECA:

Art. 26. “Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”.

Parágrafo único. “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”.

particular registrado em cartório; por testamento ou por manifestação expressa perante o juiz; e a proibição, na certidão de nascimento, de menção à natureza da filiação.

A averiguação da paternidade pelo Estado, decorrente da Lei 8.560/92 suscitou críticas no que se refere a uma intervenção excessiva na vida privada dos cidadãos, caminho contrário ao que vem tomando, o Direito de Família. Além disso, afronta o direito indisponível do filho em investigar a paternidade, na análise de Pereira (2012, p. 146), que critica a investigação paternidade biológica, pelo Estado, compreendendo-a como um equívoco legislativo que “insinua-se contra a autonomia da pessoa humana ao converter a paternidade, literalmente, de questão de estado em questão de Estado”, nas letras do autor.

Pelo Código Civil de 2002 ainda se pode inferir que a filiação, no sistema jurídico nacional, é regida pelo vínculo da consanguinidade e pela ficção jurídica (hipóteses de adoção, filiação por presunção, por afinidade e socioafetiva). Atualmente, vigora o sistema da paridade de direitos entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, sem distinções referentes ao *status* de filho ou aos efeitos registrares e sucessórios entre filhos havidos ou não do casamento.

Entretanto, ainda se atribui a presunção de filiação à prole advinda da relação de casamento. “Isto porque o casamento carrega com ele a presunção de paternidade e maternidade, regra mantida pelo novo estatuto civil com alguns acréscimos”, de acordo com a justificativa de Zeni (2009, p. 72).

A presunção é conceituada por Maluf (2008, p. 90) como “a consequência ou ilação que a lei ou o juiz tira de fato conhecido, para decidir a existência de outro, que se pretenda provar” e podem ser legais e comuns. As presunções legais advêm da regra jurídica, da própria lei e podem ser absolutas (*juris et de jure*) ou relativas (*juris tantum*). A presunção absoluta não admite prova em contrário. As relativas, contudo, admitem-nas. Somente quando a lei veda a constituição de prova contrária à presunção é que se tem a presunção absoluta. Em regra, as presunções são relativas.

A civilização ocidental, segundo Pereira (2011, p. 323), “assenta a ideia de filiação num ‘jogo de presunções’”. Por esse sistema, “o casamento pressupõe as relações sexuais dos cônjuges e fidelidade da mulher; o filho que é concebido durante o matrimônio tem por pai o marido de sua mãe”. O objetivo dessa presunção é proteger “a harmonia familiar em detrimento da verdade”, nas palavras de Maia (2008, p.4).

O art. 1.597 do Código Civil de 2002 manteve a presunção de que os filhos nascidos na constância do casamento são filhos dos cônjuges, nos seguintes termos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Este artigo do Código Civil prestigia a presunção *juris tantum*²¹⁴ da maternidade e da paternidade, traduzida pelas expressões latinas *mater semper certa est e pater is est quem iustae nuptiae demonstrat*²¹⁵, simplificada para *pater is est*. A única hipótese em que a presunção é absoluta, destaca Teixeira; Rodrigues (2010, p. 172) refere-se “ao embrião fecundado utilizando-se de técnicas de reprodução heteróloga, desde que o marido tenha consentido”.

De igual forma, também será presumida a filiação, na hipótese do art. 1.598 do mesmo Código. Observe-se o texto legal:

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Embora o Código Civil não tenha observado o que dispõe o parágrafo terceiro do art. 226 da Constituição Federal, no que se refere à aplicação da presunção da filiação aos filhos oriundos da união estável entre seus pais, Lôbo (2011, p. 226) compreende que “a presunção de concepção do filho aplica-se a qualquer entidade familiar. A referência na lei à convivência conjugal deve ser entendida como abrangente da convivência em união estável”.

Essa já era a regra, no Direito Romano: o pai é aquele que demonstra justas núpcias (*pater is est quem iustae nuptiae demonstrat*). Essa presunção era absoluta em relação a terceiros, porque cabia “privativamente ao marido contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher”, nos termos do art. 344 do Código Civil de 1916.

A manutenção da presunção da paternidade e maternidade funda-se no melhor interesse da criança, “que já tem a maternidade atribuída no momento de sua concepção e a pater-

²¹⁴ Presunção relativa, que admite prova em contrário.

²¹⁵ A maternidade é sempre certa e pai é aquele que demonstra justas núpcias.

nidade determinada no momento de seu nascimento, tendo garantidos direitos básicos, como o de receber alimentos de seus pais”, como destaca Zeni (2009, p. 73).

É de se observar que para o registro dos filhos presumidamente concebidos pelo casal, a lei de Registros Públicos permite que ele se faça apenas com a iniciativa da mãe se vi- gente, o casamento. O comparecimento do pai ao órgão registral só se faz imprescindível para registro de pais não casados entre si²¹⁶.

Rizzardo (2009, p.436) entende que “é a valorização extrema da convivência como fundamento da presunção *pater is est*” Fatores como a impotência para gerar²¹⁷ (*impotentia generandi*), a separação de fato do casal, o adultério podem ilidir a presunção de paternidade.

O art. 1.601 do Código Civil vigente não utiliza a expressão “privativamente” quando dispõe que “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação, imprescritível”, permitindo que o representante do marido (se incapaz) ou mesmo o companheiro possa contestar os filhos nascidos de sua companheira, uma vez comprovada a união estável, na análise de Pereira (2011, p. 328). Estão legitimados, ainda à ação negatória da paternidade, os herdeiros do impugnante para que possam prosseguir no direito de ação, em caso de falecimento do marido ou companheiro, de acordo com o art.1.601, parágrafo único.

Para a contestação ou afirmação da paternidade/maternidade, o Direito Parental utiliza técnicas científicas nas áreas médico-laboratoriais para assegurar a certeza da filiação natural ou biológica. De acordo com Carvalho (2012), exames laboratoriais de tipagem sanguínea foram usados, para, por exclusão, negar a paternidade de alguém, identificando-se o fator RH, caracteres M, N e MN ou a compatibilidade dentre os tipos sanguíneos A, B, O e AB. Com o progresso científico biotecnológico, essas técnicas foram ultrapassadas pelo exame do ácido desoxirribonucleico, conhecido como DNA, que proporciona 99,9999% de certeza científica, biológica da paternidade e 100% de certeza para sua exclusão.

Antes do exame de DNA, provar a paternidade era tarefa difícil, porque “tudo ficava na dependência de um intrincado sistema de provas e exceções, que tabus morais e religiosos faziam ainda mais idôneo à proteção da impunidade masculina”, nas palavras de Villela (1979, p. 402), especialmente se suscitada a *exceptio plurium concumbentium*, matéria de

²¹⁶ Assim dispõe, o art. 59 da Lei n. 6.015/1973: “Quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas”.

²¹⁷ A impotência instrumental, para o coito (*impotentia coeundi*) não basta para ilidir a presunção de paternidade porque o membro inerétil ou diminuto pode bastar à expulsão do esperma e propiciar a fecundação. Apenas a impotência para ejacular ou a incompetência para fecundar do líquido expelido é que pode dar azo à contestação da paternidade. (RIZZARDO, 2009, p. 437).

defesa, em que o investigado alegava a exclusão da responsabilidade pelo fundamento de a mãe ter coabitado com outros homens na época da concepção. De acordo com Villela (1979, p. 403), “A simples possibilidade de o filho provir de outrem criava para todos a exoneração de qualquer responsabilidade”.

Diversa foi, à época, a solução oferecida pelo Código Civil Francês que determinava que “todo descendente natural, cuja filiação paterna não esteja legalmente estabelecida, pode reclamar subsídios daquele que manteve relações sexuais com sua mãe durante o período legal da concepção”, transmitindo essa obrigação aos herdeiros do devedor e podendo ir além da maioria do requerente, como informa Villela (1979, p. 403).

O Direito Francês, inspirado pelo Direito Suíço, de acordo com o que acentua o autor (p. 403) distinguiu, dessa forma, a responsabilidade pelo ato sexual que gerou a filiação da responsabilidade pela paternidade e criou “a paternidade para fins de subsídios”, que não tinha por proposta provar a paternidade, mas estabelecer a responsabilidade, na ausência de presunção ou possibilidade de prova de paternidade.

O Direito Alemão desenvolveu, à época, ao lado do conceito de paternidade plena, o conceito de “paternidade patrimonial” que retrataria uma paternidade só para fins patrimoniais ou “um estado que vale como paternidade, sem o ser efetivamente”, como define Villela (1979, p. 405) para quem tanto a solução francesa, quanto a alemã atribuía responsabilidade econômica (alimentos), a quem pudesse ser o pai, sem lhes atribuir qualquer vínculo de parentesco com o filho não descendente de justas núpcias e promovia a divisão entre a responsabilidade civil pela geração de um filho, de caráter indenizatório, da responsabilidade social decorrente do estado de filiação. Diante dessa análise indaga-se: teríamos aqui, o embrião da multiparentalidade?

Para os filhos que não tinham pai, o exame de DNA veio trazer um avanço, permitindo-lhes, a possibilidade jurídica do estabelecimento de uma relação paterno-filial, na lição de Carvalho (2012, p. 102). Entretanto, alguns autores, preocupam-se com o que chamam de “sacralização do DNA” para a definição da paternidade ou maternidade. Reflete, como Carvalho (2012, p. 104):

as provas genéticas vêm se comportando como a moldura da legitimidade do Código Civil de 1916, explicitando, ao final, que, no caso de resultado negativo do exame de DNA, esse pode ter uma consequência mais cruel que a ilegitimidade: a repentina perda do estado de filiação, e, com ela, os vínculos de parentesco criados.

A determinação da relação de parentalidade pelo DNA preocupa Carvalho (2012, p. 105) em relação ao extremismo com que vem sendo utilizado, fazendo com que juízes declarem pai aquele indicado pelo exame laboratorial de DNA. “Chega-se ao ponto de se juntar o exame citado e pretender a dispensa da instrução probatória e do inerente contraditório, como se a revelação do teste de DNA fosse o bastante para descortinar a ‘verdadeira’ paternidade””, pondera. E isso acontece, mesmo com a possibilidade de livre apreciação da prova, pelo juiz, instituída pelo art. 131 do Código de Processo Civil²¹⁸. A confiabilidade cega nos laudos e laboratórios também é objeto de preocupação.

O extremismo a que se refere Carvalho se manifestou na Súmula 301²¹⁹ do Superior Tribunal de Justiça que conferiu presunção relativa de paternidade nos casos em que o investigado (em ação de investigação de paternidade) se recusa injustificadamente a realizar o exame de DNA. A Lei n. 12.004/09 que alterou a Lei n. 8.560/92, consagrou a orientação da Súmula 301 do STJ, estabelecendo a presunção de paternidade em casos de recusa à submissão ao exame de DNA. Entretanto, estabeleceu essa presunção como relativa, uma vez que permite que seja “apreciada em conjunto com o contexto probatório”, na forma do art. 2º, parágrafo único²²⁰.

Por isso, pode-se dizer que o critério biológico que serviu como principal baliza para o julgamento das ações investigatórias da paternidade por tantos anos “ainda tem força nos dias atuais”, como observa Alves (2010, p. 172).

O art. 1.603 do Código Civil de 2002 estabelece que “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”. Esta certidão é obtida por meio do registro em Cartório para Registro Civil de Nascimento, do Documento de Nascido Vivo fornecido à família da criança, pelos hospitais e maternidades públicas e privadas, com informações sobre nome; dia, mês, ano, hora e cidade de nascimento; sexo; informação sobre gestação múltipla, quando for o caso; nome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e a idade dela no momento do parto e o nome do pai²²¹.

²¹⁸ O art. 131 do Código de Processo Civil assim dispõe: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

²¹⁹ A Súmula 301 do STJ determina: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

²²⁰ O art. 2º-A da Lei n. 12.004/2009 estabelece: Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (Lei n. 12.004/09. In: *Vade Mecum* 2014, p. 1535).

²²¹ Desde junho de 2012, a Lei nº 12.662 transformou a Declaração de Nascido Vivo, utilizada anteriormente apenas como forma de registro do nascimento de crianças vivas, em documento de identidade provisória, aceita

Pelo regime do Código de 1916, a presunção decorrente do registro civil em relação à paternidade ou maternidade era absoluta. Deixou de ser, por força da Lei n. 5.860/1943, que fez acrescentar à redação do art. 348 do Código de 1916 a ressalva em relação à prova de erro ou falsidade, mantida no Código Civil vigente, por meio do art. 1.604 que estabelece que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro civil de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

Em hipóteses previstas pelo art. 1.605 do Código Civil, na falta de termo de nascimento por inexistência do registro, perda, extravio ou destruição do livro ou por defeito em sua lavratura, a filiação poder-se-á provar por qualquer meio admitido em Direito, quando houver começo de prova escrita, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente²²² ou quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos²²³. Outros instrumentos jurídicos como o testamento, a escritura pública de reconhecimento ou mesmo escrito particular com firma reconhecida, na forma do art. 1º da Lei n. 8.560 de 20.12.1992 são considerados prova escrita, na forma do art. 1.605 do Código Civil, hábeis à prova da filiação.

Não são esses os únicos meios de provar a filiação. A prova pode ser feita, também, “por meio de circunstâncias, de cuidados especiais como filho, como pagamento de alimentos, troca de correspondência, internação como filho em hospital, matrícula em escola, com pagamento de mensalidades, ou ainda, pela posse do estado de filho”, nas palavras de Azevedo (2013, p. 258). Os cuidados especiais a que se refere o autor retratam elementos caracterizadores da relação de parentalidade e podem ensejar o reconhecimento judicial do estado de filiação afetiva.

Contudo, o registro civil de nascimento é a prova mais certa da filiação, pela presunção que lhe foi atribuída pelo Código Civil vigente. Pela observação de Pereira (2011, p. 332), o registro civil “gera a presunção do estado de filiação, suplantando a paternidade biológica”, uma vez que a paternidade ou maternidade constante do registro civil pode não coincidir com aquela determinada pelo vínculo da consanguinidade, como ocorre nos casos de adoção à brasileira e da barriga de aluguel ou da inseminação heteróloga.

Ainda que essa presunção se considere precária diante da prova por exames técnicos como o de DNA, “por força de sua significação, tudo quanto constar em seu conteúdo é considerado verdade jurídica”, de acordo com Rizzardo, (2009, p. 430). Somente com sua anula-

em todo o território nacional. A Declaração de Nascido Vivo não substitui o registro civil de nascimento, que permanece obrigatório e gratuito, mas fortalece a coleta de informações dos recém-nascidos.

²²² Código Civil, art. 1.605, I.

²²³ Código Civil, art. 1.605, II.

ção ou desconstituição, por decisão judicial, provando-se erro ou falsidade dos elementos nele inseridos é que se pode alterar o estado de filiação, por ele consagrado.

Diante de tudo isso, parece que mais que provar a filiação, importa identificar o que Villela (1979, p. 407) chama de “*quid*”²²⁴ da filiação, quando indaga: “Qual seria, pois, esse *quid* específico que faz de alguém um pai, independentemente da geração biológica?”

Para buscar resposta a esse questionamento, a sequência deste texto dedica-se a examinar a filiação, no território da família contemporânea, na perspectiva do movimento de desnaturalização do parentesco ou desbiologização da paternidade, tentando unir os elementos antropológicos já examinados aos jurídicos que caracterizam o estado de filiação ou a posse de estado de filho, a noções que envolvem o conceito de parentalidade e sua identificação, no esforço para uma compreensão aberta e plural daquilo que hoje é capaz de determinar a filiação.

3.2 Elementos socioculturais, afetivos e biológicos para a determinação da parentalidade/filiação

Não se pode mais dizer que, atualmente, a lei brasileira consagra a filiação natural, no sentido de atribuir-lhe preferência em relação às demais formas de filiação diante da concepção de família eudemonista incorporada pelo art. 226 da Constituição Federal. Também, pela força dos princípios constitucionais e do art. 1.593 do Código Civil, que consagra o parentesco natural assim como o civil e aquele estabelecido por outra origem, sem estabelecer distinções em relação a quaisquer deles, depreende-se que não apenas a descendência genética, mas a relevância dos laços socioafetivos se impõe na determinação da parentalidade, compreendida como relação paternidade/maternidade/filiação.

A comunidade jurídica, no exame do parentesco e da filiação, incorporou a noção de parentalidade, advindo da Psicologia, enquanto relação que une pais e filhos, estabelecendo, entre eles, reciprocamente, direitos e obrigações. A parentalidade, nas palavras de Féres-Carneiro e Magalhães (2011, p. 117) é compreendida como “produto do parentesco biológico e do tornar-se pai e mãe”. Nesse contexto, a parentalidade assume denominações distintas, como mencionamos anteriormente.

De acordo com o que informa Teperman (2011, p. 161), a nomenclatura parentalidade foi usada pela primeira vez pelo psiquiatra e psicanalista francês Paul-Claude Racamier,

²²⁴ Palavra em latim que significa “cerne, dificuldade, quê” (ROCHA, 2005, p. 582)

que usou a palavra *parentalité*, em 1961, nos trabalhos de pesquisa sobre psicose materna²²⁵ e é usada como um meio de nomear um *parent* que, em inglês, diz respeito ao pai e mãe (pais), aos ascendentes de uma pessoa ou a qualquer pessoa com quem se estabeleça uma relação de parentesco. Em francês, *parents* “refere-se a pais (pai e mãe), mas também a aqueles que compõem os ascendentes de uma pessoa e, ainda, *parent* é qualquer pessoa com a qual se tenha um laço de parentesco”, como acentua a autora (p. 161).

Apesar de a parentalidade, na dimensão do parentesco, já ter sido examinada por áreas do conhecimento como a filosofia, a sociologia, a antropologia e o direito, encontram-se na Psicologia e na Psicanálise os estudos referentes à parentalidade em relação aos processos psíquicos e mudanças subjetivas produzidas nos pais a partir do desejo de ter um filho, de acordo com Zornig (2010). Sem a intenção de estabelecer uma análise interdisciplinar ou de estabelecer um diálogo entre essas ciências, tentar-se-á, neste trabalho, agregar conceitos e elementos delas extraídos para buscar compreender a inserção da parentalidade no discurso jurídico.

No contexto do direito, a parentalidade reflete o contexto das transformações sociais que afetaram as noções jurídicas de família, parentesco e filiação, no Brasil da contemporaneidade. Por meio desse termo é possível retratar essas mudanças, nomeando e reconhecendo laços e relações familiares que, sem ele, “ficariam no limbo”, nas palavras de Teperman (2011, p. 161), que acentua:

Acredita-se que o termo parentalidade permite dar conta das relações instituídas a partir dos novos laços familiares, relações que, no sistema de parentesco, não poderiam ser nomeadas. Justifica-se que este termo aparece como mais flexível e maleável diante da variabilidade e diversidade dos adultos que estão na posição de desempenhar um papel e ocupar uma função parental (homoparentalidade, monoparentalidade, pais adotivos, padrastos e madrastas etc.).

Foi nessa perspectiva de ampliação do conceito de parentesco, para alcançar pessoas que exercem papéis parentais (ainda que não ligadas por vínculos consanguíneos), como propõe Teperman, que a noção de parentalidade foi concebida pelo Direito, no contexto da filiação socioafetiva. Essa possibilidade integrou-se à concepção jurídica, no contexto da proteção à criança, por meio do Decreto n. 99.710/90, que promulgou a Convenção dos Direitos da

²²⁵ A expressão foi esquecida por cerca de vinte anos e retomada, nos anos 1980 por René Clement, no estudo das psicoses puerperais (patologias da parentalidade) e por Didier Houzel, em pesquisas sobre crianças separadas de seus pais. Depois disso, a expressão passou a ser usada de forma generalizada, nos projetos dirigidos a subsidiar políticas de proteção à família. (FÉRES-CARNEIRO, Terezinha; MAGALHÃES, Andrea, 2011, p.117 e TEPERMAN, Daniela, 2011, p.161).

Criança elaborada em 20 de novembro de 1989, pela Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU, como Carta Magna para as crianças de todo o mundo, transcrevendo-a, literalmente, e oficializando-a como lei internacional. De acordo com seu artigo 27²²⁶, a responsabilidade dos pais por propiciar condições de vida necessárias ao desenvolvimento das crianças foi ampliada para “outras pessoas encarregadas”, o que fez inserir a parentalidade no discurso jurídico mundial, em 1989, e nacional, em 1990.

Pela ótica da parentalidade, o elemento afetivo que integra o conceito da família contemporânea foi introduzido, também no aspecto jurídico. Almeida (2003, p. 19) entende que o vínculo de parentalidade não se resume à hereditariedade consanguínea, “mas é formado pelos laços afetivos, história pessoal de cada membro pautada por alegrias e tristezas, ligações de parentesco, apoio, comprometimento, solidariedade e influência do ambiente familiar e social”, valorizando a noção de posse de estado de filho que identifica a filiação socioafetiva. Essa também é a visão de Delinski (1997, p. 19):

E, para completa integração do fenômeno paternidade não basta que o pai seja apenas o pai biológico; na família atual para a integração pai-mãe-filho é fundamental a presença de outro elemento, o elemento ‘afetivo’, valorizando o pai de afeto, para poder finalmente constituir-se a paternidade jurídica.

A integração do elemento afetivo ao conceito de parentalidade no direito, destacada por Delinski, decorreu do movimento antropológico da desnaturalização (desbiologização) do parentesco, que incorporou a dimensão sociocultural ao elemento afetivo para a caracterização da socioafetividade e da parentalidade socioafetiva.

De acordo com Belsky (2005), a parentalidade se estabelece por meio de três fatores determinantes: as características individuais dos pais, as características individuais da criança e o contexto social onde a relação parental se estabelece. Os três fatores determinantes da pa-

²²⁶ O art. 27 do Decreto n. 99.710/1990 que promulga a Convenção sobre os direitos da Criança. Dispõe:
 Art. 27. “1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.
 2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.
 3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar **os pais e outras pessoas responsáveis** pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.
 4. Os Estados Partes tomarão todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança, quer residam no Estado Parte quer no exterior. Nesse sentido, quando a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir em Estado diferente daquele onde mora a criança, os Estados Partes promoverão a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas”. (Grifos nosso)

parentalidade são compreendidos por Moro (2005, p. 258) com outra denominação: ingredientes da parentalidade:

a parentalidade se fabrica com ingredientes complexos. Alguns deles são coletivos, pertencem à sociedade como um todo, mudam como tempo, são históricos, jurídicos, sociais e culturais. Outros são mais íntimos, privados, conscientes ou inconscientes, pertencem a cada um dos dois pais enquanto pessoas, enquanto futuros pais, pertencem ao casal, à própria história familiar do pai e da mãe. (...) E depois, há toda uma outra série de fatores que pertencem à própria criança.

A conjugação de ingredientes coletivos, privados (íntimos) e pertencentes à própria criança fazem com que a parentalidade apresente-se, múltipla, porque determinada por uma variedade desses ingredientes, fatores e forças. Por conta dessa diversidade e complexidade, os elementos ou fatores que a determinam devem ser considerados em contexto, isto é, em conjunto com seus elementos. Na lição de Belsky (2005, p. 3):

*The most important implication of the notion that parenting is multiply determined is that there should be no single way to promote growth-fostering parenting, especially among those who prove highly susceptible to the contextual regulation of their parenting. In some cases, the best way may be to promote marital relationships; in other cases, it may be to shape how parents think about the causes of child behaviour. And in still others, it may be to enable parents to better regulate their negative emotions.*²²⁷.

Na esteira da análise de Belsky, o contexto social onde a família atua (em particular a etnicidade e a cultura), o estatuto socioeconômico e o ambiente comunitário e de vizinhança exercem influência sobre a parentalidade, de acordo com Kotchick; Forehand (2002) *apud* Barroso; Machado (2011, p.221). Conjuntamente considerados, atribuem dimensão sociocultural à parentalidade.

Numa abordagem jurídica, a dimensão sociocultural da parentalidade integra os conceitos de paternidade/maternidade/filiação, fazendo com que eles sejam compreendidos por Carvalho (2012, p. 170) como um fato social e cultural, e não eminentemente jurídico. Em suas palavras: “A paternidade nasce primeiramente de um fato biológico, para sofrendo a incidência de aspectos sociais, jurídicos e religiosos, se tornar um fato cultural”.

²²⁷ “A consequência mais importante da noção de que a parentalidade é multideterminada é que não deve haver uma única maneira de promover o crescimento parental, especialmente entre aqueles que se mostram altamente suscetíveis à regulação contextual de sua paternidade. Em alguns casos, a melhor maneira pode ser a de promover relações conjugais; em outros casos, pode ser a forma como os pais pensam sobre as causas do comportamento da criança. E em outros ainda, pode ser capacitar os pais para melhor regular suas emoções negativas”. Tradução nossa

Outro é o ponto de vista de Villela (1979) que entende que a paternidade não é um fato biológico, nem tem base biológica, mas um fato cultural (decorrente da vontade²²⁸ humana), em contraposição à ideia de fato natural ou da natureza (dado por uma relação de causalidade material). E, assim se expressa (p. 402):

O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua absoluta rejeição. Insista-se, porém: a linha de fenômenos que vai desde a concepção até o nascimento não tem característica propriamente humana, no rigoroso sentido do termo, isto é, não constitui manifestação de liberdade.

A vontade, como expressão privada da liberdade, conforme apresentada por Villela, não é o único fundamento determinante dos vínculos paterno-materno-filiais, na percepção de Pereira (2011, p. 11-12), para quem “ao direito individual da mulher de exercer sua sexualidade e optar pela maternidade se contrapõem as responsabilidades individual e social que ela assume ao se tornar mãe”. Da mesma forma se refere ao homem, em relação a sua liberdade sexual²²⁹ e escolha da paternidade, para afirmar que o fundamento da paternidade, maternidade e filiação se dá, “com base no simples risco, a par de também não excluir a vontade livre e consciente, como fonte geradora de tais vínculos”. E destaca o fato de que diante dos recursos educacionais e científicos que existem hoje em matéria de concepção e contracepção, o risco inerente ao exercício de práticas sexuais fundamenta o estabelecimento de vínculos de paternidade/maternidade/filiação e determina a assunção de responsabilidades, por força do princípio da paternidade/maternidade responsável (ou da parentalidade responsável)²³⁰.

Na concepção de filiação como fato cultural, fundada no risco e na manifestação da vontade e da liberdade do ser humano, o laço afetivo se apresenta como elemento que não está

²²⁸ Vale ressaltar que a vontade, manifestada na opção de ter filhos deve estar associada à ideia de paternidade ou maternidade responsável, ou seja, à capacidade dos pais de cuidar dos seus filhos, na forma do art. 226, §7º da Constituição Federal. “O casal tem o direito de decidir quantos filhos deseja ter, desde que possa cumprir, adequadamente, seus deveres de paternidade e sua decisão não prejudique o bem comum”. (BARROS, 2001, p. 224). A partir dessa ideia chega-se à dissociação entre a relação de paternidade/maternidade/filiação e a responsabilidade advinda da procriação.

²²⁹ A regulamentação da sexualidade humana por normas éticas e jurídicas “constitui uma invasão da cultura no interior da natureza”, nas palavras de Lévi Strauss (1981, p.24). Representa também uma invasão do interesse público na esfera da intimidade, da privacidade, justificada para a salvaguarda do interesse de terceiros (os filhos havidos dessas relações).

²³⁰ Pereira (2011, p. 11) informa que Guilherme Calmon Nogueira da Gama propõe a nomenclatura “Parentalidade Responsável”, em substituição ao masculino genérico (paternidade responsável) previsto na Constituição Federal, “envolvendo não só a ideia inerente às consequências do exercício dos direitos reprodutivos pelas pessoas humanas, mas ao mesmo tempo, constituindo responsabilidades no campo das relações de parentalidade-filiação”.

adstrito ao vínculo jurídico ou biológico, mas à realidade fática, expressada pela convivência familiar e social. Daí a ideia de socioafetividade para a caracterização da maternidade/paternidade socioafetiva, de acordo com Alves (2010, p. 172), para quem “pai não é necessariamente o marido da mulher que concebe o filho ou aquele que o procria (mero genitor), mas sim quem cria, quem diariamente presta afeto, cuidado e amor”.

A necessidade de decidir questões que envolvem a identificação da verdadeira paternidade ou maternidade para atribuição do estado de filiação, assim como a determinação do parentesco (conforme já analisado) não é uma questão recente, mas tem ganhado espaço no cenário jurídico nas três últimas décadas diante da insurgência contra o que Villela (1979, p. 169) chama de “ortodoxia jurídica centrada na verdade biológica”. Destaca que o cerne da paternidade/maternidade/filiação não está na verdade biológica, mas no papel ambíguo que representa na concepção matrimonializada de família.

A dificuldade em se estabelecer critérios para a identificação da paternidade/maternidade ou ao que Villela chama de *quid* da filiação é narrada em histórias contadas pela Bíblia e pela cultura ocidental, em forma de lendas, que refletem a utilização da afetividade como critério definidor da parentalidade, há muitos séculos, desfazendo a ideia da socioafetividade como um valor novo, da sociedade contemporânea.

A sentença de Salomão²³¹ que dirimiu o conflito de maternidade entre duas mulheres que pretendiam a guarda do filho determinou que o filho fosse cortado ao meio para ser entregue a cada uma, sua metade, é o primeiro relato da aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do princípio da afetividade. Não buscou o julgador (Salomão)

²³¹ Um dia, o Rei Salomão pediu a Deus em oração que lhe desse humildade e sabedoria para saber discernir o Bem do Mal. O Senhor lhe disse em sonho que atenderia ao pedido do rei. Porém, o rei não ficou sabendo como (nem quando) o Senhor faria isso. No dia seguinte, entretanto, ao acordar, vieram a ele duas mulheres e começaram a discutir. Disse uma delas: – Ah! Senhor meu, eu e esta mulher moramos na mesma casa. Eu tive um filho, estando com ela naquela casa. Mas no terceiro dia após o meu parto, ela também teve um filho. Estávamos juntas somente nós duas naquela casa. Assim, ninguém ficou sabendo o que aconteceu lá. Só que, de noite, o filho dela morreu, porque ela se deitou sobre ele. Daí ela se levantou no meio da noite e, enquanto eu dormia, tirou o meu filho do meu lado e deitou-o no seu seio. Depois deitou seu filho morto no meu seio.

O Rei Salomão continuava em silêncio. A mulher prosseguiu: – Levantando-me pela manhã, porém, para dar de mamar ao meu filho, vi que ele estava morto. Mas, ao levar para vê-lo à luz do dia, percebi que não era o filho que eu tinha dado à luz, mas sim o filho da outra. Interrompeu-a a outra mulher: – Engano seu. O menino vivo é o meu filho. O teu é o morto. Porém, a primeira mulher disse: – Não, o morto é teu filho. O vivo é o meu. Assim, falaram as duas perante o rei. Disse o rei: – Esta diz: “Este que vive é meu filho, e teu filho é o morto”. A outra diz: “Não, o morto é teu filho, o vivo é o meu”. Então, decidido naquilo que estava por fazer, disse o rei aos guardas: – Tragam-me uma espada. Os guardas levaram-lhe uma espada. O rei ordenou aos soldados: – Dividam o menino em duas partes. Deem metade a uma e metade a outra.

Só que, a mulher cujo filho era o vivo, disse logo ao rei: – Ah, senhor meu! Dai-lhe o menino vivo. De modo nenhum o mateis.

A outra, porém, dizia: – Nem meu, nem teu. Seja dividido!

Então, ordenou o rei: – Dai à primeira o menino vivo. De modo nenhum o mateis; esta é sua mãe.

Quando todo o Israel ouviu a sentença que o rei proferira, temeu ao rei, porque viu que havia nele a sabedoria de Deus para fazer justiça. (Bíblia Sagrada. 1 Reis 15-28).

provas da maternidade biológica, não disponíveis à época. Mas buscou fundamentar sua decisão na capacidade de amar e de renunciar em favor do filho, reverenciando o critério do melhor interesse do filho a partir do amor, “pois nem sempre aquela que gera é a que mais ama”, nas palavras de Villela (1979, p. 408), para quem essa decisão é digna de ser tomada como “norma de ouro para todos os tempos e lugares”, pela adequação do critério adotado para decidir acerca da maternidade. Segundo ele (p. 409): “[...] o texto bíblico, na conhecida passagem, não nos dá nenhuma garantia de que a mãe atendida tenha sido a mãe biológica. Mas nos dá muito mais do que isso. Dá-nos uma admirável e simples lição de maternidade”.

Também a lenda do Círculo de Giz caucasiano²³², contada em peça de teatro escrita por Bertold Brecht prestigia o afeto, o cuidado e a renúncia em favor do bem-estar do filho como fundamento para a decisão acerca da ‘guarda do filho, concedendo-a, à mãe socioafetiva, em detrimento da mãe biológica.

Os relatos exemplificativos da sentença de Salomão e da lenda do Círculo de Giz denotam a dissociação entre a parentalidade biológica e a socioafetiva, afastando a ideia de procriação da paternidade e transferindo-a para a afetividade e o cuidado/ serviço, como destaca Villela (1979, p. 407-408):

Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Diante da percepção apresentada por Villela de paternidade/maternidade, no contexto da família eudemonista da contemporaneidade, fundada no amar e servir, de acordo com Barros (2001, p. 221) “percebe-se que a efetiva relação paterno-filial requer mais que a natu-

²³² O círculo de giz caucasiano é uma peça de teatro escrita por Bertolt Brecht que conta uma estória que aconteceu em uma cidade apelidada de “A maldita”, em que viviam um governador, Geórgi Abaschvíli, sua linda mulher, Natella Abaschvíli, e um único herdeiro, Miguel. Por ocasião de uma revolta popular, o governador foi deposto e sua cabeça cortada e presa no alto do pórtico do palácio. Grusche, uma empregada da corte, encontra Miguel abandonado no pátio do palácio, esquecido por sua mãe fútil, que preferiu fugir levando consigo roupas e coisas materiais, ao próprio filho. Perseguida por soldados que buscavam recompensas, Grusche se viu diante da possibilidade de abandonar a criança em vários momentos. Passou fome e frio, viveu a dualidade do desejo de estar só e manter-se segura para esperar o noivo voltar da guerra e da incapacidade de deixar o bebê no meio do caminho. Escondida na casa do irmão, Laurenti, se deparou com a bondade deste e o conservadorismo da cunhada. Para não levantar suspeita e esconder o menino, Grusche se casou com um moribundo, para que a criança tivesse um nome e pudesse ser disfarçado dos olhos dos revoltosos e caçadores de recompensas. Quando tudo parecia bem, a rainha Natella Abaschvíli mandou seus guardas à procura da criança para reivindicar a maternidade sobre o filho, única esperança para ela voltar a ter a vida fútil e rica que tinha. Encontrado escondido com Grusche, Miguel foi levado ao Juiz para julgamento sobre a “propriedade da criança”. O juiz era Azdak, beberão que é empossado pelo próprio povo em momento de transição e caos político, mas que nutria sentimentos revolucionários, que resolveu o problema inventando uma prova. Desenhou um círculo de giz em torno de Miguel e pediu para as duas mães o puxarem. Nas duas tentativas, Grusche soltou o menino por duas vezes, pois não pretendia machucá-lo. Então o juiz deu a sentença, atribuindo o filho a quem o criou. (BRECHT, 2002).

ral descendência genética atribuindo relevância aos laços afetivos”. Ainda acrescenta que os laços de afetividade se formam e se fortificam com a convivência, com o cuidado, “com o morar junto aprendendo a amar e se conhecer”.

De acordo com o psicólogo e psicanalista Ceccarelli (2007, p.96), “as famílias são sempre construídas e os filhos sempre adotivos, pois são os laços afetivos que, como todo investimento, vão organizar o significante família”. Na mesma linha de pensamento situa-se a literatura jurídica de Barros (2001, p. 216) para quem relação parental baseia-se numa opção, resultante da vontade, numa espécie de adoção de fato.

A ideia de adoção, não como instituto jurídico, mas como manifestação de vontade, é apresentada por Vencelau (2004, p. 112) para desmistificar o consenso geral de que o pai ama, naturalmente, o próprio filho, de acordo com o entendimento do psicanalista Bernard This, *apud* Vencelau (2004, p. 112) para quem “A paternidade está ligada ao problema da adoção já que, genitor ou não, adotamos nossos filhos. Eles também nos adotam”. A concepção de que os filhos, mesmo biológicos são adotados socioafetivamente é reforçada pela ideia de que há, ao lado do nascimento fisiológico, um nascimento emocional, assim apresentada, por Villela (1979, p. 415):

O conceito mesmo de nascimento já não se contém nos estritos limites da fisiologia e reclama um enfoque mais abrangente, por modo a alcançar, para além da emigração do ventre materno, todo o complexo e continuado fenómeno da formação e amadurecimento da personalidade. Em outros termos: há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional. É neste, sobretudo, que a paternidade se define se revela. O primeiro se resolve, em rigor, numa proposta, só depois de cuja aceitação surge verdadeiramente a paternidade.

O nascimento emocional que faz com que a criança adote seus pais, independe da geração ou do parto e tem como base a satisfação de suas necessidades alimentares, de cuidado, simpatia e estímulo. A relação biológica só determina a parentalidade psicológica quando os próprios pais biológicos atendem a essas necessidades, fazendo a criança se sentir segura, apreciada e desejada. “Pais biológicos que não estabelecem esse vínculo ou que não vivem em comunidade com a criança são, para os sentimentos desta, nada mais que estranhos”, segundo a literatura jurídica de Delinski (1997, p. 35). A criança, portanto, tem papel fundamental na construção da parentalidade, na concepção de Moro (2005, p. 258) para quem é “ela que transforma seus genitores em pais”, afirmando que o bebê “é um parceiro ativo na interação pais-crianças, e por aí mesmo parceiro na construção da parentalidade”. Essa também é a visão de Ceccarelli (2007, p. 93), para quem:

A transformação dos genitores em pais não é atrelada ao fato físico que dá lugar ao nascimento de uma criança. Ou seja, nascer da união de um homem e uma mulher não basta para ser filho, ou filha, daquele homem e daquela mulher. Ou ainda: colocar uma criança no mundo não transforma os genitores em pais. O nascimento (fato físico) tem que ser transformado em filiação (fato social e político), para que, inserida em uma organização simbólica (fato psíquico), a criança se constitua como sujeito.

A percepção de que a criança tem papel fundamental na construção da parentalidade reforça o pensamento de Ceccarelli (2007) acerca da filiação como fato que decorre da aceitação, da vontade, como expressão da liberdade do ser humano, destacando a diferença entre a procriação e a paternidade/maternidade. Pelo ato de procriação, pode-se compelir alguém à assunção de responsabilidades patrimoniais, como o dever à prestação de alimentos, por exemplo. Todavia, não se pode exigir do (a) genitor (a), quando a paternidade/maternidade não foi escolha ou aceitação pessoal, a prestação de afeto ou de cuidados necessários a sua formação como indivíduo, ainda que reste compelido ao pagamento de verba indenizatória pelo descumprimento do dever de afeto, na perspectiva da responsabilidade objetiva pela ausência de afeto, já examinada.

Na evidência de danos eventualmente causados ao filho pelo abandono afetivo, o Direito responde com a responsabilização do (a) genitor (a) pelo descumprimento do dever objetivo de afeto, impondo uma indenização, como forma de ressarcir o dano causado e de punição pecuniária ao infrator como já analisado, neste trabalho, quando do exame da afetividade. Vale a transcrição das palavras de Villela (1979, p. 424), no exame da distinção entre ser genitor (a) e ser pai/mãe:

O equívoco [...] está, pois, não se distinguir que posso obrigar alguém a responder patrimonialmente pela sua conduta - seja esta o descumprimento de um contrato, a prática de um ilícito ou o exercício de uma atividade potencialmente onerosa, como o ato idôneo à procriação - mas não posso obrigar, quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Simplesmente porque é impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria ideia de paternidade. Tem tanto esta de autodoação, de gratuidade, de engajamento íntimo, que não é susceptível de imposição coativa. Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. Assim, a lei e a Justiça desrespeitam gravemente uma criança quando lhe dão por pai, quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição. Um ser com todos os vícios e crimes, mas que aceite verdadeiramente a paternidade, é preferível àquele que a recuse, ornado embora de todos os méritos e virtudes, se se tomar como critério, o bem da criança.

A ideia de autodoação e de engajamento íntimo como determinantes da parentalidade, destacada por Villela, tem raiz na concepção psicanalítica de que a figura do pai tem uma função não vinculada, necessariamente ao pai biológico, como assegura Vencelau (2004, p. 129). O paradigma mítico da tragédia de Édipo Rei²³³ é utilizado para compreender o ser humano e a família, como abrigo estruturante do indivíduo, em todas as idades. A partir dele se pode identificar as “funções que emprestam identidade relacional à pessoa”, inclusive no que diz respeito à transmissão intergeracional dos conflitos, de acordo com Groeninga (2003, p. 128-129).

As figuras do pai e da mãe são representações simbólicas que exercem funções psíquicas na construção da subjetividade dos filhos. A mãe tem a função de amar e cuidar. O papel do pai consiste na transmissão do nome ou de um patrimônio, bem como na imposição de limites e “diz respeito à formação da estrutura do sujeito”, nas letras de Vencelau (2004, p. 129), que entende que para a construção da subjetividade da criança “Não é necessário que a função paterna seja exercida pelo genitor, nem mesmo que o seja por um homem. Quando a mãe educa é o pai, quando o pai cuida é a mãe; e vice-versa porque, muitas vezes, os papéis de mãe e pai são exercidos por ambos”.

Os papéis definidos de pai e mãe, estabelecidos pelo modelo patriarcal, já não correspondem mais à realidade contemporânea, marcada pela revolução feminista e pela enge-

²³³ Um clássico da literatura ocidental, Édipo Rei de Sófocles é considerada uma das mais perfeitas tragédias da Grécia Antiga. Édipo é filho de Laios, rei de Tebas que foi amaldiçoado de forma que seu primeiro filho tornar-se-ia seu assassino e desposaria a própria mãe. Tentando escapar da ira dos deuses, Laios manda matar Édipo logo de seu nascimento. No entanto, a vontade do destino foi mais forte e Édipo sobreviveu, salvo por um pastor que o entregou a Políbio, rei de Corinto. Já adulto Édipo descobre sobre a maldição que lhe foi atribuída e para que ela não fosse cumprida, foge de Corinto para Tebas, sem saber que lá sim é que seus pais verdadeiros o esperavam. No meio da viagem, encontra, numa encruzilhada, um bando de mercadores e seu amo, sem saber que seu destino estava já se concretizando, mata a todos, dentre eles, Laios. Assim que chega a Tebas, Édipo livra a cidade da horrenda esfinge e de seus enigmas, recebendo a recompensa: é eleito rei e premiado com a mão da recém-viúva rainha Jocasta (viúva de Laios). Anos se passam e Édipo reina como um verdadeiro soberano e tem vários filhos com Jocasta, mas a cidade passa por momentos difíceis e a população pede ajuda ao rei. Após uma consulta ao oráculo de Delfos, que responde pelo deus Apolo, os tebanos são alertados sobre alguém que provoca a ira dos deuses: o assassino de Laios, que ainda vive na cidade. Édipo então decide livrar seu reino desse mal e descobrir quem é o assassino, desferindo uma tremenda maldição: “Proíbo que qualquer filho da terra onde me assistem o comando e o trono dê guarida ou conversa ao assassino, seja ele quem for; que o aceite nos cultos e no lar, que divida com ele a água lustral! Eu ordeno, ao contrário, que o enxotem de suas casas, todos, por ser aquilo que nos torna impuros, conforme acaba de nos revelar, por seu oráculo, a fala do deus! (...) E ainda mais: rogo aos céus, solenemente, que o assassino, seja ele quem for, sozinho em sua culpa ou tenha cúmplices, tenha uma vida amaldiçoada e má, pela sua maldade, até o fim de seus dias. Quanto a mim, se estiver o criminoso em minha casa, privando comigo, eu espero que sofra as mesmas penas que dei para os demais”. Ele só não esperava que essa maldição iria sobrecarregar sobre ele próprio, assim que no mesmo dia descobrisse a verdade, através do pastor que o encontrara ainda quando bebê, pendurado em um bosque pelos tornozelos. Jocasta suicida-se assim que descobre, e Édipo se cega, perfurando os próprios olhos e exilando-se. (Resumo feito a partir de texto sem definição de autoria. Disponível em: <http://www.psicoloucos.com/Resenhas-e-Resumos/edipo-rei-sofocles.html>. Acesso em 21.07.2014).

nharia genética. As funções parentais não estão, portanto, cingidas ao fator biológico daqueles que constituem as figuras de pai e mãe.

Não é indispensável que haja um homem e uma mulher no exercício das funções parentais necessárias à constituição subjetiva, de acordo com Teperman (2011, p. 159). Na sociedade atual, observa-se, também que pai e mãe dividem os cuidados com os filhos e as tarefas domésticas, como destaca Pereira (2012, p. 136). Noções elementares da teoria desenvolvida especialmente após Lacan, são apresentadas para a análise do Direito, conforme sustenta o referido autor (p. 137):

O pai pode exercer todas essas funções, mas elas constituem, na verdade, uma consequência, ou um derivado, da função básica de um pai e que está na essência de toda cultura e de todos os tempos: o pai, ou melhor, “um” pai que exerça a função de representante da lei básica e primeira, essencial para que todo ser possa humanizar-se por meio da linguagem e tornar-se sujeito. Esse pai, como já se disse, não é necessariamente, o pai genitor, mas aquele que empresta o seu nome para interferir e interditar a simbólica relação mãe-filho. Ele é o *outro* que possibilita ao filho o acesso à cultura. (Os grifos são do original).

Na análise do que apresentou Pereira (2012) Teperman (2011, p. 159) reforça a defesa da ideia que as funções parentais não estão, portanto, cingidas ao fator biológico daqueles que constituem as figuras de pai e mãe, nem é indispensável que haja um homem e uma mulher no exercício das funções parentais na construção da subjetivação do filho. Na noção de função, apresentada por Lacan (*apud* Teperman, 2011, p. 158) “está o descolamento das funções paterna e materna em relação às figuras de pai e mãe”, que permite inserir a dimensão psíquica às social e afetiva, para a constituição do estado de filiação. Conforme Ceccarelli (2007, p. 93):

A transformação dos genitores em pais não é atrelada ao fato físico que dá lugar ao nascimento de uma criança. Ou seja, nascer da união de um homem e uma mulher não basta para ser filho, ou filha, daquele homem e daquela mulher. Ou ainda: colocar uma criança no mundo não transforma os genitores em pais. O nascimento (fato físico) tem que ser transformado em filiação (fato social e político), para que, inserida em uma organização simbólica (fato psíquico), a criança se constitua como sujeito.

Destaca, ainda, Cecarelli (2007, p.93) que os três fatos (social, político e psíquico) estão cada vez mais desassociados em razão das técnicas de reprodução assistida heteróloga, por exemplo, que separam o fato físico (nascimento) do fato social (filiação). Pela adoção observa-se que o fato social (filiação) nem sempre corresponde ao fato físico, pois exercida a

parentalidade pelos pais adotivos em substituição aos genitores biológicos. O fato psíquico também pode estar desvinculado dos demais porque não há agentes promotores da inserção da criança no simbólico pré-estabelecidos ou unicamente na família tradicional. Uniões homoafetivas podem produzir subjetividade.

No Direito, o papel parental, o papel filial e o papel fraternal compõem os papéis familiares que foram se alterando, de acordo com as variações verificadas nas relações familiares. Nem sempre há correspondência atualmente, “entre o papel típico e o personagem que o protagoniza”, como sustenta Nalini (2009, p. 72), para quem o papel materno de nutrir o filho pode ficar a cargo de uma avó, pai ou mesmo companheiro da mãe. O próprio papel filial pode ser exercitado por um dos cônjuges, que, por imaturidade emocional, encontra-se dependente do outro.

A concepção do papel paterno de chefiar a família. Essa e as demais funções referentes ao casamento e criação dos filhos foram substituídas pelo dever de solidariedade e sustento da prole foram compartilhadas, equitativamente, entre os cônjuges ou companheiros, por força do princípio da igualdade concretizado pela Constituição Federal de 1988. O estereótipo do marido que trabalha e da mulher que cuida da casa e dos filhos remonta às origens do processo civilizatório e reflete um modelo já arcaico diante da igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, na análise de Nalini (2009, p. 72), que destaca que os papéis, no contexto familiar contemporâneo, são dinâmicos e não se limitam a regras e preconceitos. Um mesmo membro da família pode assumir, simultaneamente, mais de um papel ou alternar de papel com outro membro da família, em tempos diferentes²³⁴.

Para o Direito, o exercício das funções paterna e materna não é analisado sob o ponto de vista da estrutura psíquica do sujeito, mas expressão do dever de dirigir a criação e educação dos filhos, que compõem o poder familiar e provém da Constituição Federal que impõe, no art. 227²³⁵ à família, à sociedade e ao Estado, o dever de assegurar 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, instituindo, nesses

²³⁴ Preocupam-se, os estudiosos, com a transformação da família tradicional para um conceito “polimorfo” de família, onde os papéis parentais deixam de existir como papéis de pai e de mãe e são substituídos por “papéis genéricos de *partner*, que podem ser varão e mulher, e também, inclusive, aprovados por um pacto público, porém não necessariamente, de acordo com Belardinelli (2007, p. 23).

²³⁵ O art. 227 da Constituição Federal estabelece: “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”.

termos, o dever de cuidado e assistência aos filhos. Esse dever é regulado pelos arts. 1.630²³⁶ e 1.631²³⁷ do Código Civil, como atribuições de ambos os pais decorrentes do poder familiar e encontram-se elencados, ilustrativamente, na forma do art. 1.634 do mesmo diploma legal, com nova redação dada pela Lei n. 13.058/2014, aqui transcrito:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O dever de dirigir a criação e educação dos filhos, previsto no inciso I do art. 1.634 do Código Civil, no contexto das responsabilidades parentais, representa uma das onze dimensões da parentalidade²³⁸, e juntamente com as dimensões do controle e disciplina²³⁹ e do desenvolvimento²⁴⁰, no modelo de Hoghughí, apresentado por Barroso; Machado (2011, p. 213), consiste em buscar “assegurar a prevenção de adversidades que possam fazer sofrer a criança, assim como promover situações positivas que a ajudem ao longo da vida”.

²³⁶ Estabelece, o art. 1.630 do Código Civil: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

²³⁷ O art. 1.631 do Código Civil e seu parágrafo único determinam

Art. 1.631. “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

Parágrafo único. “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

²³⁸ Segundo este modelo, a parentalidade subdivide-se em *Actividades parentais* (conjunto de atividades necessárias para uma parentalidade suficientemente adequada), *Areas funcionais* (principais aspectos do funcionamento da criança) e *Pre-requisitos*(conjunto de especificidades necessárias para o desenvolvimento da actividade parental)”. (BARROSO; MACHADO, 2011, p. 212-213).

²³⁹ A dimensão do cuidado e disciplina relaciona-se à imposição de limites, de forma culturalmente adequada à idade da criança, bem como à monitorização e supervisão dos comportamentos, para que se mantenham adequados (BARROSO; MACHADO, 2011, p. 214).

²⁴⁰ As atividades parentais de desenvolvimento, por sua vez, buscam garantir não apenas a sobrevivência, mas, o desenvolvimento de todo potencial dos filhos, nas mais diversas áreas, como o encorajamento e criação de novas oportunidades para a promoção de competências desportivas, artístico-culturais, além da construção de valores morais, como honestidade, respeito, tolerância e coragem. (BARROSO; MACHADO, 2011, p. 214)

Sob o enfoque das responsabilidades parentais, os cuidados dos pais para com os filhos devem ser desenvolvidos nos campos físico, emocional e social. No campo físico, se traduzem naqueles que envolvem proteção, alimentos, vestuário, higiene pessoal, hábitos de sono e precaução de doenças e acidentes. No campo emocional buscam assegurar “o respeito pela criança, como indivíduo, a sua percepção de ser estimado e apreciado e, também oportunidades para que aquela possa gerir os seus riscos e fazer as suas próprias escolhas”, nas letras de Barroso; Machado (2011, p. 213), para quem, no tocante aos cuidados sociais, deve-se permitir que “a prole se torne socialmente competente, bem integrada em casa e na escola e aceite progressivas responsabilidades na execução de tarefas e no relacionamento com os outros”.

Em outra dimensão, o exercício das atribuições que derivam do poder familiar, sob a ótica do Direito, coincide com aquelas apresentadas por Barroso; Machado (2011) e reflete as responsabilidades de carácter patrimonial (relativas à prestação de alimentos e herança, por exemplo), e extrapatrimoniais, referentes à criação, ao uso do nome de família, à devoção de amor e cuidado aos filhos, “representando o denominador comum no atual sistema de proteção nas relações familiares, marcado pelo compromisso e responsabilidade dos detentores da paternidade biológica e socioafetiva”, nas letras de Pereira (2011, p. 374). Traz, assim, ao discurso jurídico, elementos da análise psicanalítica, para permitir melhor interpretação da norma jurídica e sua aplicação ao caso concreto, de forma mais adequada à realidade emocional daqueles que compõem a família contemporânea.

No contexto da família contemporânea, em que os divórcios e novas uniões possibilitaram a constituição de novas famílias, os papéis de pai e mãe, assim como a autoridade parental que decorre do poder familiar, na forma do inciso IX do art. 1.634 do Código Civil, podem ser exercidos, no mundo dos fatos, unicamente por um dos pais, simultaneamente e de forma compartilhada por ambos ou mesmo por padrastos e madrastas (o que será objeto de análise no capítulo IV) ou podem, ainda, estar invertidos, entre si, pelos próprios pais, na análise de Nalini (2009).

Na realidade fática da família neoconfigurada, em que um dos cônjuges ou companheiros não tem filhos, “é comum que o (a) parceiro (a) que não tem filhos fique desautorizado da sua função de padrasto/madrasta no início do convívio, muito embora, funcionalmente, ele (ela) ocupe o lugar do pai ou da mãe, na casa”, nas letras de Costa (2008, p. 22-23). Nessa perspectiva, somente o tempo e o convívio fundarão um tipo de autoridade parental (diferente daquela que advém do vínculo biológico), baseada na relação de afeto e respeito ao papel que o padrasto ou a madrasta assumirem na família. Tratando da autoridade parental decorrente do

poder familiar, nas relações socioafetivas, Teixeira; Rodrigues (2010, p. 194) entendem-na como elemento exteriorizador da parentalidade socioafetiva:

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou a maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade.

O exercício da autoridade parental a que se referem Teixeira; Rodrigues é ressaltada por Amarilla (2014, p. 198) que entende que “esses papéis se encontram funcionalizados pelo afeto e vocacionados à promoção do desenvolvimento biopsíquico no âmbito familiar, misteres que apenas serão desempenhados se escorados pelo engajamento livre e pessoal no projeto parental”.

O desafio em se determinar a parentalidade se estabelece quando quem cria, presta afeto, cuidado e amor não é apenas o pai/mãe natural, mas também, o (a) padrasto/madrasta, que se harmonizam na comunhão dessas responsabilidades, por escolha pessoal e afetiva, estabelecendo relações de parentalidade plúrimas, como ocorre, em algumas situações, nas famílias neoconfiguradas. É possível, então, vislumbrar a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade, nas situações em que pais compartilham com padrastos e madrastas as funções e a autoridade parentais, em relação a seus filhos/enteados?

Antes de responder a essa indagação que norteia a pesquisa deste trabalho, vale analisar como se constitui a parentalidade socioafetiva e o tratamento jurídico dispensado a ela, pelo sistema jurídico nacional da atualidade, a partir da identificação da posse de estado de filho ou da determinação do estado de filiação.

3.3 A posse de estado de filho como elemento determinante da filiação socioafetiva e seus efeitos

A concepção de parentalidade e do exercício das funções parentais contribui para a compreensão do que o Direito entende por socioafetividade, que reúne em torno do seu con-

ceito os elementos social, cultural e afetivo, que dão ensejo à constituição de uma nova²⁴¹ espécie de parentesco: a filiação socioafetiva, reconhecida como parentesco por outra origem, na forma do art. 1.593 do Código Civil, ao lado do parentesco natural e civil.

As relações de filiação estabelecidas pela socioafetividade necessitam ser provadas, por meio de ação judicial para investigação da paternidade/maternidade, onde devem restar configuradas veementes presunções do estado de filiação ou da posse do estado de filho.

Enquanto a filiação biológica ou consanguínea, a filiação por presunção legal e a adoção estão reguladas expressamente no sistema jurídico do Direito de Família brasileiro, a filiação socioafetiva reflete “uma visão jurídica inovadora, desenvolvida pela jurisprudência e literatura jurídica, sem previsão expressa na legislação brasileira”, nas palavras de Carvalho (2012, p. 100). A literatura jurídica e jurisprudência trataram da matéria enfrentando dificuldades e resistências em relação ao “reconhecimento da ligação afetiva como suficiente nas relações familiares, já que os elos matrimoniais, biológicos e registrares não davam conta das variadas situações que se apresentavam”, de acordo com Calderón (2013, p. 132), ao mesmo tempo em que avanços científicos favoreciam a descoberta e identificação precisa dos vínculos biológicos.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, o Conselho da Justiça Federal²⁴², por meio do seu Centro de Estudos Judiciários – CEJ, promoveu Jornadas de Direito Civil, com o apoio do Superior Tribunal de Justiça – STJ, com o objetivo de reunir magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil para o debate de temas, em face do Código Civil de 2002. Além disso, a proposta era aprovar enunciados que representassem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Empresa, Responsabilidade Civil e Direito de Família e Sucessões). Os Enunciados foram redigidos a partir da criação intelectual de professores e profissionais do Direito de todas as áreas e de todas as

²⁴¹ Nova porque inconcebível no sistema do Código Civil de 1916, vigente até ser revogado pelo Código Civil de 2002, mas não que não existisse anteriormente a ele, no mundo dos fatos.

²⁴² O CJF está previsto no parágrafo único do art. 105 da Constituição Federal, aqui transcrito:

Art. 105. [...].

Parágrafo único. “Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correccionais, cujas decisões terão caráter vinculante”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

regiões do País e vêm sendo usados como fonte do direito civil, pela literatura jurídica especializada²⁴³.

Os Enunciados n. 103 e 108²⁴⁴ do CJF/STJ que interpretaram os arts. 1.593 e 1.603 do Código Civil vigente, reconheceram a parentalidade socioafetiva como espécie de parentesco civil, ao lado da adoção, para nela incluir aquela decorrente das técnicas de reprodução artificial heteróloga, elegendo a posse do estado de filiação como elemento caracterizador para o vínculo parental socioafetivo. Vale a transcrição do Enunciado 103 (CJF/STJ, 2012, p. 26):

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

A posse do estado de filho, a que se refere o Enunciado 103 do CJF/STJ embora não tenha sido prevista pelo legislador do Código Civil vigente como “elemento que exterioriza a existência de um liame de filiação”, nas palavras de Brauner (2001, p. 15) tem sido acatada pelos tribunais e magistrados de primeiro grau como meio de prova da filiação.

Pelo Enunciado 256²⁴⁵ do CJF/STJ, a interpretação dada ao art. 1.593 parece repetir aquela do Enunciado 103, ao estabelecer que “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. Destaque-se, nesse Enunciado, a adoção da nomenclatura “parentalidade”, que permite a ampliação da noção jurídica de filiação para alcançar as relações de filiação, paternidade e maternidade socioafetiva e para permitir a inclusão de elementos sociais, culturais, afetivos e psicológicos (ou psicanalíticos?) em seu conceito (como conceito relacional para além das relações de filiação, maternidade e paternidade concebidas isoladamente).

No mesmo sentido, os Enunciados 339²⁴⁶ e 519²⁴⁷ do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça – CJF/STJ reconhecem-se como relações de parentesco, aquelas

²⁴³ (BRASIL CJF/STJ, Enunciados aprovados. 2012. p. 09).

²⁴⁴ Ao interpretar o art. 1.603 do Código Civil de 2002, assim dispõe, o Enunciado 108: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”. (BRASIL CJF/STJ, Enunciados aprovados. 2012, p. 27)

²⁴⁵ (BRASIL CJF/STJ, Enunciados aprovados. 2012, p. 47)

²⁴⁶ Enunciado 339 do CJF/STJ – “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. (p. 55)

estabelecidas por socioafetividade e por reprodução artificial heteróloga. Farias; Rosenvald (2011, p. 555) consideram que a controvérsia acerca da recepção pelo Código Civil do parentesco socioafetivo está, portanto, superada. Em suas palavras:

Com isso, resta superada a controvérsia acerca da recepção pelo Código Civil em vigor do critério da afetividade como determinante do parentesco. A partir da leitura – ainda que perfunctória – do art. 1.593 conclui-se, com tranquilidade, que foi reconhecida a possibilidade de estabelecimento do parentesco através de outros vínculos, distintos da consanguinidade, prestigiando sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetiva, carinhosa, reunindo as pessoas em grupo de companheirismo, lugar de afetividade.

A análise do estado de filiação ou da posse de estado de filho suscita o exame da noção de “estado” e de “posse de estado” como valor jurídico, no campo do Direito Privado. Identificar, tecnicamente, o estado da pessoa significa localizar sua posição jurídica no meio social. O estado da pessoa reflete sua qualidade de membro de uma comunidade jurídica, e se identifica em três âmbitos: político, familiar e individual e tem como referência histórica o *status familiae* do Direito Romano²⁴⁷, que remanesce em nosso sistema jurídico, com outra fisionomia. Pelo estado de família, chegamos às noções de estado de casado e de filiação, conforme Delinski (1997, p. 56).

Mas, nem mesmo a complexa e específica noção de *status familiae* é hoje unívoca, “seja pelos aspectos substanciais, seja pelos instrumentos e meios processuais: ela assume um significado descritivo em relação à possível posição de um sujeito no âmbito de uma determinada comunidade familiar”, na opinião de Perlingieri (2002, p. 136). Para o autor, muito mais difícil é a individuação da pessoa no âmbito da comunidade familiar, espaço em que a mesma pessoa pode assumir cumulativamente mais de uma qualificação, como na hipótese de filho natural e adotado.

Pela concepção clássica de estado de filiação, resulta ele da procriação havida no casamento ou fora dele, ou de ficção legal, como a adoção. Pela literatura jurídica contemporânea, além dessas, o estado de filiação pode resultar da posse de estado de filho, noção que

²⁴⁷ Enunciado 519 do CJF/STJ – “Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”. (p. 73)

²⁴⁸ No Direito Romano, a noção de estado obedecia à tríplice categoria: *status civitatis* (identificava o indivíduo como cidadão), *status libertatis* (identificava o indivíduo como livre ou escravo) e *status familiae*. Essa classificação não mais existe, no Direito Civil Brasileiro, uma vez que não se pode falar em *status civitatis*, uma vez que todos são iguais perante a lei, nem a noção de *status libertatis*, já que abolida, há séculos, a escravidão, de nosso ordenamento jurídico. (Delinski, 1997, p. 56).

assenta a filiação socioafetiva e que reflete “a crença da condição de filho fundada em laços de afeto”, na doutrina de Dias (2015, p. 405), para quem a posse de estado de filho “é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva”. A posse do estado de filiação representa, para Lôbo (2010, p. 57), “o nascimento da verdade sociológica (dizemos socioafetiva), de um conteúdo afetivo e social profundo”.

O debate doutrinário se estabelece entre aqueles que defendem a extensão da posse para além dos direitos patrimoniais, estendendo-o aos direitos pessoais (posse de estado de casado, posse de herança e posse de estado de filho, por exemplo) e outros que negam essa possibilidade, em razão da impossibilidade de atribuir a seus titulares a defesa possessória, que não fica prejudicada, uma vez que pode ser garantida, por meio de mandado de segurança, como pondera Delinski (1997, p. 74-75).

A superação do dissídio doutrinário, mais que pela posição jurisprudencial que nega a utilização do interdito como meio hábil à salvaguarda dos direitos pessoais, dá-se pelo entendimento de que o emprego da palavra “posse” na expressão “posse de estado” traduz-se numa “analogia a que não corresponde uma identidade jurídica, pois não se tem em vista nem a manifestação exterior da propriedade, nem os interditos, mas uma relação de fato, representando-se sob uma forma externamente apreciável”, nas letras de Boeira (1999, p. 77). Nesse sentido, será conduzida a análise da posse do estado de filiação, neste trabalho.

A análise da posse de estado de filho se dirige a valorizar a socioafetividade nas relações de parentalidade, colocando em dúvida o vínculo de filiação diante de sua inexistência, de acordo com Vencelau (2004, p. 118), para quem “a posse de estado de filho representa a maior expressão do critério sócio-afetivo da paternidade”. A posse do estado de filiação, para Lôbo (2010, p. 55), constitui-se “quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não, entre si, vínculos biológicos”.

Analisando a relação filiação/paternidade sob esse prisma, nas palavras de Lôbo (2010, p. 53), “o filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e maternidade, em relação a ele”. Na III Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n. 256 que dispõe: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”, de acordo com o que informa Tartuce (2010, p. 100).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, exarada na Assembleia da Organização das Nações Unidas – ONU, em 20 de novembro de 1989, foi adotada pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 24 de setembro de 1990, e do Decreto Executivo nº 99.710, de

21 de novembro de 1990, e estabeleceu que, para a solução do conflito entre a paternidade biológica e não biológica, deve-se adotar o princípio do melhor interesse do filho.

O conceito de filiação socioafetiva deve ser apurado na prática, pois é na convivência, na relação fática de parentalidade que ela se constitui. Pereira (2011, p. 371) pondera que “a posse de estado revela uma situação análoga à posse das coisas”. E assim complementa seu pensamento: “Da mesma forma que esta se traduz no comportamento da pessoa em relação à coisa, análogo ao comportamento do proprietário (visibilidade do domínio), assim também a posse de estado significa desfrutar, o investigante, de uma situação análoga a de filho”. Por sua vez, Alves (2010, p. 172) propõe a utilização analógica dos critérios definidores da posse de estado de casado, usados para a identificação da união estável (enquanto relação de fato) para a apuração da posse do estado de filiação²⁴⁹

O Código Civil Brasileiro não prevê os elementos que fazem presumir o estado de filiação socioafetiva, como o faz, o Código Civil Francês, no art. 311-2, ao relacionar hipóteses, que, reunidas ou não, podem caracterizar o estado de filiação, a saber, conforme Lôbo (2010, p. 56):

- a) quando o indivíduo porta o nome de seus pais;
- b) quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais;
- c) quando os pais provêm sua educação e seu sustento;
- d) quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família;
- e) quando a autoridade pública o considere como tal.

Seguindo a orientação do Código Civil Francês, a literatura jurídica brasileira²⁵⁰ refere-se a três aspectos, na tentativa de estabelecer critérios para a identificação do estado de filiação socioafetiva. São eles:

- a) *Nomen* ou *Nominatio* – a utilização do nome da família para sua apresentação no meio social²⁵¹;

²⁴⁹ Alves (2010, p. 172) reconhece na parentalidade socioafetiva, o exercício da autonomia privada no âmbito familiar, espaço em que os envolvidos constituem vínculos de fato, voluntariamente, “pela livre manifestação dos envolvidos, que não eram obrigados a constituir uma relação afetiva, mas ainda assim constituíram”. Segundo ele, “É situação semelhante, portanto, àquela que ocorre na união estável, em que igualmente o ordenamento jurídico vem a reconhecer uma relação construída na prática, fruto do exercício da autonomia privada de seus componentes” (p. 172).

²⁵⁰ A exemplo de Maria Berenice Dias, Rose Melo Vencelau, Caio Mário da Silva Pereira.

²⁵¹ A Lei 11.924, de 27 de abril de 2009, conhecida como Lei Clodovil, trouxe às famílias reconstituídas a possibilidade de identificação de seus membros, a partir do nome de família, permitindo ao filho de um dos cônjuges ou companheiros, adotar o nome de família do padrasto ou madrasta, com sua permissão, sem prejuízo do nome do pai biológico. Com esse permissivo legal, os integrantes de uma família reconstituída ganharam um forte elemento de identificação, entre si, assim como no meio social em que estão inseridos, reforçando a ideia de pertencimento.

b) *Tractatus* - o tratamento destinado a alguém, pela forma de cuidado, educação e apresentação como filho, na sociedade, no ambiente doméstico e familiar, pelo pai e pela mãe;

c) *Reputatio* – a reputação social, o reconhecimento da opinião pública e do meio familiar do indivíduo como pertencente à família, na qualidade de filho de alguém.

De acordo com Delinski (1997, p. 44), “o uso do patronímico da família do pai não é elemento essencial para a configuração da posse de estado”, mas pode ensejar esse reconhecimento desde que comprovados os outros elementos – trato e fama, aos quais atribui maior relevância por “permitirem revelar a existência (ou não) de vínculo psicológico e social entre o filho e o suposto pai, isto é, de uma relação pai-filho existencialmente vivida”.

No que diz respeito ao elemento trato ou tratamento (*tractatus*), leva-se em consideração, para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, o modo como se tratam os membros da família e os papéis que cada um desempenha na vida do outro. Destacando o exercício fático da autoridade parental como caracterizador do elemento trato ou tratamento, constitutivo do estado de filiação afetiva, Teixeira; Rodrigues (2010, p. 198) abordam o assunto da seguinte forma:

Partindo da premissa de que a família é uma estrutura psíquica, na qual parentalidade e filiação são funções que determinadas pessoas exercem umas na vida das outras, reciprocamente, a maneira mais objetiva de se averiguar a existência dessas relações é procurar identificar a prática de atos que são típicos da autoridade parental, cujo conteúdo básico consiste em um conjunto de deveres da família que correspondem aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, positivados no art. 227 da Constituição Federal.

A existência de tratamento de cuidado e respeito à autoridade parental entre pais e filhos socioafetivos, que contribuem mutuamente para a promoção de suas personalidades²⁵², reserva ao trato lugar especial, porque é por meio dele que a manifestação da vontade dos interessados se perfaz, numa espécie de confissão do estado de filiação. Os outros elementos (reputação e nome), segundo Teixeira e Rodrigues (2010, p. 198), “são apenas um reflexo do exercício fático da autoridade parental”.

²⁵² De acordo com Teixeira e Rodrigues (2010, p. 190) “o que realmente garante a estruturação biopsíquica do menor são as relações que ele trava com ‘o outro’, principalmente com os pais, pois são as pessoas com quem experimentarão, pela primeira vez, a alteridade, fator fundamental para o exercício da autonomia responsável. Sem este caráter relacional, certamente haverá deficiências na formação da personalidade da criança e/ou do adolescente, de modo que é função da autoridade parental evitar que tais danos ocorram, potencializando todas as singularidades do menor. É por isso que é mediante o exercício da autoridade que é possível definir as verdadeiras funções parentais, e, assim, fixar as relações de parentesco. Jamais o contrário”.

A reputação (*reputatio*), também denominada fama, por sua vez, representa a ratificação pela opinião pública, da convicção da existência de relação de parentalidade dentre os envolvidos. É fácil confundir a fama, elemento da posse de estado de filho, com a aparência, por meio da qual “pessoas que desfrutam de uma situação jurídica que na realidade não lhes corresponde são tidas pelos outros como se a possuíssem”, nas letras de Delinski (1997, p. 66). A diferenciação entre a aparência do direito patrimonial e aquela que constitui elemento do estado de filiação é apresentada por Boeira (1999, p. 83):

[...] a aparência presente na “posse de estado” difere da aparência que decorre dos atos com conteúdo de direito patrimonial. Dá-se esse fato pela razão de, no direito patrimonial, a aparência se restringir à publicidade que ela pode informar a terceiros, enquanto, na “posse de estado”, a aparência representa uma situação pessoal, íntima, traduzida numa forma de ser e de proceder pelo detentor dessa condição. Por isso, na “posse de estado”, sempre haverá de coincidir a verdade exterior (objetiva), ditada pela realidade dos fatos, com verdade interior (subjetiva), produto do sentimento, refletido pela relação paterno-filial.

Para a determinação do trato e da fama não se podem estabelecer conceitos apriorísticos, porque seu reconhecimento decore das situações fáticas e suas circunstâncias. “Até mesmo a posição social e o grau de educação das pessoas envolvidas são fatores que se devem considerar para a configuração e tipificação desses dois elementos essenciais”, pondera Delinski (1997, p. 45). É necessária, portanto, a análise de cada caso, em particular, diante de suas singularidades. Cassettari (2014, p. 37) destaca que os elementos para a constatação da parentalidade socioafetiva devem também estar presentes na parentalidade biológica, “haja vista que os pais biológicos devem tratar os seus filhos como se fossem, também, socioafetivos, dando-lhes afeto, dirigindo-lhes a educação, ou seja, conjugando *nomen, tractatus e fama*, adotando-os de coração”.

Não se deve tentar estabelecer hierarquia entre os elementos nome, trato e fama, na análise para o reconhecimento da posse de estado de filho²⁵³, como observa Boeira (1999, p. 64), embora os autores emprestem maior prestígio ao trato e à fama, porque representam a forma de cuidar, educar e assistir os filhos, na avaliação familiar e social. Também não se entende que a relação dos elementos apresentados seja taxativa. Pelo que informa Delinski (1997, p. 47), no Direito Francês a discussão acerca do caráter enumerativo e taxativo dos três elementos componentes do estado de filiação está encerrada. Não são eles, enumerativos ou

²⁵³ No direito português, nenhum dos elementos da posse do estado de filho é probante, por si só, nem se reconhece hierarquia entre eles, “Mas um deles pode ser determinante, se for corroborado, embora em grau mais fraco, pelos demais”, de acordo com Delinski (1997, p. 47).

taxativos. Refere-se o Direito Francês à trilogia dos elementos que compõem a posse de estado de filho, da seguinte forma: *ele a seulement le mérite de mettre en lumière les éléments normaux, courants, de la possession d'état*²⁵⁴.

Vale notar que há um elemento não constante da tríade usada para reconhecimento do estado de filiação, valorada pelo direito português e francês, que deve ser apreciado pelo julgador, para evitar o risco da incerteza: a duração ou continuidade da posse do estado de filho ao longo do tempo, como alerta Delinski (1997, p. 48), para quem “Nos termos da noção de posse de estado de filho, não há como desvinculá-la do elemento ‘tempo’, pois, como já mencionado, não se resume num fato pontual; ela vem dia após dia, ela se constrói, ela se intensifica com o passar do tempo”. A duração é considerada por Boeira (1999, p. 66) como “condição da força da posse de estado”.

Não é relevante a convergência dos elementos constitutivos da posse de estado de filho, vale dizer: não se exige que esses elementos estejam presentes, simultaneamente, para demonstrar o estado de filiação. O que importa é a “maneira como esses elementos demonstram a situação que se estabelece”, nas letras de Delinski (1997, p. 46) e que haja ausência de equívoco sobre tal relação, traduzida pela expressão francesa *l'attitude de l'autorité publique*²⁵⁵, que demonstra a necessidade de reconhecimento judicial, capaz de atribuir à situação fática o reconhecimento do estado de filiação.

O estado de filiação reveste-se de características próprias à noção de estado²⁵⁶, como reflexo da personalidade: a indivisibilidade, a irrenunciabilidade, a indisponibilidade, a imprescritibilidade. É indivisível porque uma vez declarado por sentença, ou no registro de nascimento, não poderá a pessoa, possuir mais de um estado, em relação à filiação. É irrenunciável porque, mesmo sendo possível desistir da ação investigatória da paternidade/maternidade, não se faz possível renunciar ao estado de filiação, ou seja, à condição de filho. Na percepção de Welter (2009, p. 278):

O mundo afetivo do filho não poderá ser dissolvido pelos pais, negando-se-lhe a paternidade/maternidade, sob o argumento de que não são pais biológicos, na medida em que a paternidade/maternidade socioafetiva exauriu-se no momento do modo de ser-pai, de ser-em-família, independentemente da origem da perfilhação e bem antes do registro do filho.

²⁵⁴ Em tradução de Delinski (1997, p. 46), a expressão significa que “Ela tem somente o mérito de por em foco os elementos normais, correntes da posse de estado”.

²⁵⁵ A atitude de autoridade pública, em tradução livre, desta pesquisadora.

²⁵⁶ Status, no sentido de estado da pessoa é entendido como a soma da qualificação da pessoa na sociedade, hábeis a produzir efeitos jurídicos, de acordo com Gonçalves (2015, p. 27)

Entretanto, a parentalidade socioafetiva pode ser desfeita por impugnação do filho, na forma do art. 1.614 do Código Civil, que assim dispõe: “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”. Cassettari (2014, p. 67-69) entende a renúncia à parentalidade, pelo filho, em razão do abandono afetivo por parte de um de seus genitores ou diante da inexistência de reciprocidade na relação de afeto, entre eles. Em suas palavras: “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” (o que autorizaria a exclusão do patronímico paterno do nome do filho).

A intenção da regra que determina a impossibilidade de renúncia à parentalidade, pelos pais, prevista no caput do art. 1.609 do Código Civil dirige-se à proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da vulnerabilidade dos afetos.

Por isso, o julgador, ao reconhecer a parentalidade socioafetiva, deve se valer de análise interdisciplinar por profissionais qualificados que possam assegurar a existência da afetividade objetiva, capaz de consolidar vínculos e estabelecer parentesco. Uma vez estabelecida, em prol do princípio da segurança jurídica (que deve conviver, pacificamente, com o princípio da afetividade), não mais poderá ser desconstituída. Nesse sentido, já se posicionou o STJ, em Recurso Especial n. 1.383.408 - RS (2012/0253314-0), tendo como relatora, a Ministra Nancy Andrighi; como Recorrente: I D B S e outro; como Recorrido: B B B representado por: M T B:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO: ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.604 e 1.609 do Código Civil. 1. Ação negatória de paternidade, ajuizada em fevereiro de 2006. Recurso especial concluso ao Gabinete em 26.11.2012. 2. Discussão relativa à nulidade do registro de nascimento em razão de vício de consentimento, diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes. 3. **A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC-02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos.** Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro. 4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. 5. **Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquele que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser pai da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.** 6. Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da crian-

ça preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. 7. Recurso especial desprovido. (Grifos nosso).

Pela análise da decisão, pode-se observar que o STJ adotou o princípio da afetividade ao reconhecer e validar a parentalidade socioafetiva estabelecida por “demonstração da vontade daquele que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser pai da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto”, em trecho da decisão. A decisão consagrou, também, outros princípios como o princípio do melhor interesse da criança ao se posicionar da seguinte forma: “Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade” e o princípio da segurança jurídica, ao buscar garantir a estabilidade das relações, nos seguintes termos: “E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares”.

Também não poderá ser desconstituída a parentalidade biológica (assim como não ocorre plenamente na adoção, quando ainda permanecem os impedimentos matrimoniais) baseada apenas no abandono afetivo. A possibilidade de exclusão do nome do pai ou da mãe biológicos ou socioafetivos, em decorrência do abandono afetivo pode se dar sim, mas sob outro fundamento jurídico: como consequência da condenação do genitor em ação de responsabilidade civil por descumprimento do dever de cuidado ou como consequência da perda do poder parental, reconhecida em ação judicial própria, com base no abandono afetivo.

Retomando a análise das características da filiação, entende-se que dizer que o estado de filiação é indisponível significa que não cabe transação em relação ao estado da pessoa. Por ser ela componente do direito da personalidade, impossível de se colocar como objeto de negociação. É, ainda, imprescritível, porque pode ser apurado por ação de investigação de paternidade ou maternidade em qualquer tempo, não admitindo prescrição.

A prova da filiação socioafetiva se faz, por meio da demonstração judicial do estado de filiação, na forma do art. 1.605, II do Código Civil que estabelece que “Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito, quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”. As presunções veementes a que se refere o artigo devem ser verificadas caso a caso, tendo os elementos do

estado de filiação (*nomen, tractatus e fama*) como indicadores da situação de fato, de acordo com Lôbo (2010, p. 56).

Por esse dispositivo da lei, pode-se considerar integrado o estado de filiação ao ordenamento jurídico nacional, dentro do sistema de provas que buscam o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Entretanto, melhor seria que estivesse inserido expressamente no Código Civil ou em lei especial, no contexto da presunção da filiação²⁵⁷, uma vez comprovada, em Juízo, incorporando, assim, a orientação de nossos Tribunais, como acentua Pereira (2011, p. 372), sugerindo que o juiz o considere, nos termos do art. 1.605, II como “‘fato certo’ para daí concluir pela presunção de paternidade”. Na mesma linha de pensamento, assim se posiciona Boeira (1999, p. 61), ressaltando o caráter sociológico da posse de estado de filho para a determinação da paternidade/maternidade:

Não se pode esquecer, ainda que a posse de estado se constitui na base sociológica da filiação, necessitando somente que o nosso ordenamento a eleve da categoria apenas probatória para um carácter jurídico, como já fizeram as legislações mais modernas, possibilitando que, possa figurar como elemento constitutivo da filiação.

E nosso ordenamento jurídico caminha nessa direção. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, órgão de última instância de julgamento²⁵⁸, para onde convergem os recursos interpostos contra decisões dos tribunais estaduais que tratam do Direito de Família, em Recurso Especial, já se manifestou no sentido de equiparar a filiação socioafetiva à biológica, a exemplo da decisão a seguir transcrita, proferida em julgamento, pela Terceira Turma, em Recurso Especial (REsp 1189663/RS 2010/0067046-9), tendo como relatora, a Ministra Nancy Andrighi, em 06/09/2011:

²⁵⁷ Vale ressaltar que no projeto primitivo do Código Civil, de 1899, Clóvis Beviláqua defendeu o instituto da posse de estado de filho, como conquista da ética e do altruísmo. O posicionamento do jurista foi considerado liberal demais para a época, na qual a preocupação se detinha na proteção ao casamento e à filiação legítima, ou seja, dele decorrente, como nos informa Boeira (1999, p. 62).

²⁵⁸ A competência do STJ para deliberar, em última instância, sobre matéria de Direito de Família encontra-se definida pelo art. 105, III da Constituição Federal, aqui transcrita:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...].

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
 b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. **1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.** 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. **Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.** 4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão. 5. Recurso não provido. [...]. (Grifos nosso).

Ao reconhecer que a parentalidade socioafetiva, embora ainda “não abraçada, expressamente, pela legislação vigente”, possa valer-se da analogia em relação às “regras orientadoras da filiação biológica”, o STJ estabeleceu uma condição de equiparação entre as duas espécies de filiação, inclusive no que diz respeito à forma processual pela qual pode ser intentada judicialmente. Pelo julgado, a posse do estado de filho atribui a seu possuidor, “o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, *a priori*, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico”. Nesse julgado, consolida-se a equiparação entre as filiações natural e socioafetiva, sem que se estabeleça supremacia entre elas e insere-se a filiação socioafetiva no campo da investigação da paternidade, tal qual a filiação consanguínea, promovendo-se, assim, verdadeira e legítima equiparação.

O importante é que o julgador possa aferir se o comportamento de uma pessoa em relação a outra retrata, efetivamente, a posse do estado de filiação, ou se “a conduta do investigado para com o investigador permaneceu em nível de solidariedade humana, piedade cristã ou sentimento de amizade, que inspiram dispensar ao investigador carinhos, cuidados e proteção por motivos outros, que não a paternidade”, como alerta Pereira (2011, p. 372).

O reconhecimento espontâneo ou judicial da parentalidade socioafetiva produz os mesmos efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da filiação por consanguinidade²⁵⁹. Não importa se a parentalidade/filiação se forma por laços de sangue ou afetivos. Os efeitos

²⁵⁹ No campo destinado ao exame da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, neste trabalho, examinar-se-á os efeitos do reconhecimento da parentalidade socioafetiva no que toca à multiparentalidade.

dela decorrentes, reconhecidos espontaneamente no registro civil ou por sentença judicial, devem ser iguais para pais e filhos consanguíneos e socioafetivos e “retroagem até o momento da vinculação entre esses familiares, marcado pelo início da convivência em família”, como asseguram Teixeira; Rodrigues (2010, p. 188) quando defendem os efeitos *ex tunc*²⁶⁰ da sentença declaratória de reconhecimento da parentalidade socioafetiva ou da multiparentalidade dela decorrente. No mesmo sentido, a análise, pela teoria tridimensional do direito de família, de Welter (2009, p. 222): “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-lhes todos os efeitos jurídicos das duas paternidades”.

De acordo com o Enunciado 341 do CJF, em interpretação ao art. 1.696 do Código Civil, “para os fins do art. 1.694, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”. Além do direito/dever a alimentos entre parentes socioafetivos, é possível reconhecer aos pais e avós constituídos pela socioafetividade, o direito à regulamentação da guarda e do direito de visitas. As regras atinentes aos direitos sucessórios também devem valer em relação aos parentes socioafetivos, de acordo com Nader (2013, p. 278):

O avanço que se constata com a desbiologização do parentesco em prol de vínculos socioafetivo não deve situar-se exclusivamente no plano teórico, afirmação de princípios, mas produzir efeitos práticos no ordenamento jurídico como um todo, repercutindo, inclusive no âmbito das sucessões.

A alteração do nome da pessoa em face do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, para inclusão do patronímico do pai e/ou da mãe socioafetivos reflete outro efeito do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, desta vez, em relação ao registro civil.

Para regulamentação dos efeitos da parentalidade socioafetiva, Cassettari (2014, p. 77) sugere *de lege ferenda*²⁶¹, a inclusão de um parágrafo único ao artigo 1.593 do Código Civil para que seu conteúdo tenha a seguinte redação:

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Parágrafo único. A parentalidade socioafetiva, depois de reconhecida judicialmente, se equipara ao parentesco natural, pois liga as partes aos seus parentes em linha reta ou colateral reciprocamente. (grifos do autor).

Vale ressaltar que, embora equiparadas à filiação consanguínea como relação de parentesco, não se pode afirmar que há igualdade, no campo jurídico, entre a filiação natural e a

²⁶⁰ Retroativos

²⁶¹ Sobre a lei a ser criada

socioafetiva ou decorrente da adoção. Não se trata de alguma forma de discriminação, mas de diferenças verificadas em relação à possibilidade de sua desconstituição, por verificação de nulidade de seu ato constitutivo (a sentença). Embora considerado irrevogável, o ato jurídico que reconhece a filiação socioafetiva ou definitiva, assim como a sentença de adoção, ambos os atos jurídicos podem deixar de existir, por restar comprovada sua nulidade. O mesmo não ocorre com a filiação consanguínea ou natural, que não se extingue, como analisa Rizzardo (2009, p. 414).

Trazendo o exame da socioafetividade, como definidora de relações de parentesco, para o campo das famílias neoconfiguradas (que interessam a este trabalho), constata-se que as relações entre pais biológicos, padrastos, madrastas e enteados se apresentam e se formam, em múltiplas situações fáticas: 1) pode o genitor apresentar-se ausente de suas funções parentais (nas hipóteses de viuvez ou abandono afetivo) e o padrasto ou a madrasta assumir essas funções, estabelecendo vínculos afetivos capazes de constituir a parentalidade socioafetiva; 2) pode o genitor concordar com a outorga definitiva do poder parental, permitindo que se concretize a adoção de seu filho biológico, pelo padrasto ou madrasta, desfazendo-se os vínculos de filiação natural e consagrando-se a filiação socioafetiva (adotiva); 3) pode ser que, entre padrastos, madrastas e enteados não se estabeleçam relações afetivas e de cuidado que configurem a parentalidade socioafetiva, independentemente do exercício das funções parentais pelo genitor, relacionando-se, entre si e socialmente, unicamente como “o marido da mãe”, a “esposa do pai” e “o filho da esposa”, fundada a relação no afeto e na solidariedade comuns às relações sociais e de amizade; 4) Pode acontecer que pais biológicos, padrastos e madrastas compartilhem espontaneamente, sem oposição e sem equívocos, as funções parentais e o afeto pela criança ou adolescente, consolidando-se vínculos de socioafetividade múltiplos, ensejadores da multiparentalidade.

Dessa forma, para a identificação da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, é preciso analisar uma espécie legal de parentesco que se estabelece por meio do casamento ou da união estável, entre cada um dos cônjuges ou companheiros²⁶² e os parentes consanguíneos do outro: o parentesco por afinidade. É preciso, ainda, examinar a possibilidade de adoção unilateral, como modalidade de adoção em que um dos cônjuges ou conviventes adota o filho do outro, mantendo-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes, prevista no art. 41, 1º²⁶³ do Estatuto da Criança e

²⁶² Inclusive parceiros homoafetivos (Farias e Rosenvald, 2014, p.556).

²⁶³ Estabelece o § 1º do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 41. [...].

do Adolescente para responder aos seguintes questionamentos: Por que falar em multiparentalidade nessas famílias, quando a parentalidade já está posta, pelo Direito, como decorrente do parentesco por afinidade ou da adoção unilateral? Os sistemas previstos em lei respondem a todas as situações específicas de parentalidade entre pais biológicos, padrastos, madrastas e enteados? Haverá um regime único para regulamentação dessas relações, pela lei civil brasileira?

Saber qual o regime jurídico brasileiro atual se aplica às famílias neoconfiguradas, para identificação das relações de parentalidade e parentesco que, nela se desenvolvem, é o que se pretende examinar a seguir, no desenvolvimento da pesquisa sobre o tratamento jurídico destinado às relações de padrasto e madrastra, nessa configuração familiar.

§ 1º “Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes”.

CAPÍTULO 4 TRATAMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE NAS FAMÍLIAS NEOCONFIGURADAS NO DIREITO BRASILEIRO

O impacto causado pelas mudanças paradigmáticas implantadas na sociedade (com reflexos jurídicos) em relação ao conceito de família é percebido nas relações de parentesco e filiação. A adoção, pelo Direito, da concepção de parentalidade para identificação de relações paterno-materno-filiais que se estabelecem, fincadas na afetividade, permitiu o reconhecimento da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade, no Brasil da atualidade.

Nesse sentido, a parentalidade se apresenta como um fenômeno complexo, que envolve o parentesco consanguíneo e aquele advindo de outra origem, na forma da lei, resultante das relações de socioafetividade. Fatos sociais como os filhos da inseminação artificial heteróloga, das barrigas de aluguel, da adoção à brasileira, da troca de bebês nas maternidades e das múltiplas relações de parentalidade que se desenvolvem nas famílias neoconfiguradas se apresentam como um desafio jurídico contemporâneo à permanência de um sistema de parentesco baseado, unicamente, na filiação natural. Apenas por necessidade de recorte metodológico, a pesquisa desenvolvida neste trabalho cinge-se ao exame da multiparentalidade como expressão da possibilidade de convívio entre a filiação natural e filiação socioafetiva estabelecida entre padrastos, madrastas e enteados, nas famílias neoconfiguradas, promovendo uma reflexão acerca da adequação dos institutos jurídicos vigentes a essa configuração familiar.

A parentalidade que se desenvolve entre padrastos, madrastas e enteados é concebida pela lei (Código Civil, art. 1.595), como vínculo de afinidade ou como parentesco civil resultante da adoção unilateral. Contudo, observa-se a possibilidade de que possa se caracterizar como parentesco socioafetivo, pela constatação do estado de filiação e suscitar a tutela jurídica, em relação a seu reconhecimento e à produção dos efeitos dele decorrentes. Nessas circunstâncias, questiona-se se o parentesco formado entre as pessoas nessa estrutura familiar precisa ser, necessariamente, único. Indaga-se: é possível a parentalidade se expressar de forma múltipla nas famílias neoconfiguradas?

No esforço por buscar resposta a essa indagação, é importante conhecer o tratamento jurídico posto em relação ao parentesco por afinidade, à adoção unilateral e ao reconhecimento de posse de estado de filho, nessas relações, como capazes de definir o *quid* da filiação nas famílias neoconfiguradas.

Sob a influência do Direito Romano, que previa a *adfinitas* (afinidade), vínculo que se formava entre os parentes de um cônjuge e seu consorte, ao lado da *agnatio* e *cognatio*, em linha reta e na linha colateral em segundo grau, o Direito de Família brasileiro prevê, como

espécie de parentesco civil, ao lado da adoção, o parentesco por afinidade que se estabelece por meio do casamento ou da união estável entre duas pessoas, fazendo nascer um vínculo jurídico que une cada um dos cônjuges ou companheiros²⁶⁴ aos parentes consanguíneos do outro.

No senso comum, de acordo com Lôbo (2011, p. 212-213), “afinidade compreende-se como coincidência ou semelhança de gostos, interesses, sentimentos, como pontos comuns entre duas coisas da mesma espécie ou até mesmo como identidade”. No sentido jurídico, refere-se à espécie de parentesco civil estabelecido com os parentes do cônjuge ou companheiro.

Antropologicamente, a partir da renúncia de cada família a um de seus membros para unirem-se na formação de uma nova família, como nos apresenta Lévi-Strauss (2011), opera-se uma modificação nas relações entre aqueles unidos pela consanguinidade, instaurando-se, entre eles, novas relações sociais e jurídicas (parentesco por afinidade) que constituem o que se chama, em Antropologia, de parentela²⁶⁵. De acordo com Madaleno (2009, p. 360), “As núpcias geram um sistema de aliança entre duas famílias, onde um dos esposos se enlaça familiarmente com os consanguíneos de seu cônjuge com o mesmo grau de proximidade”.

A inclusão da afinidade como relação de parentesco é discutível²⁶⁶, no dizer de Glanz (2005, p.524) uma vez que a afinidade “é apenas a ligação entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro”. E, segundo Pereira (2011, p.317), a relação “termina aí, pois que não são entre si parentes os afins de afins (*affinitas affinitatem non parit*)”. Nessa mesma linha de pensamento é que se considera a qualificação de parentes por afinidade inadequada. De acordo com Planiol, Ripert e Boulanger, citados por Nader (2013, p. 279) deveriam chamar-se “membros da família, por afinidade”, porque, segundo ele, “a afinidade se assemelha ao parentesco consanguíneo, mas seus efeitos são menores, destacando-se os impedimentos matrimoniais; não envolvem, por exemplo, direitos sucessórios”.

Pelo Código Civil de 1916, a palavra parente só se aplicava às pessoas ligadas entre si, pela consanguinidade, como desataca Monteiro (2001, p. 40). Logo, não era tecnicamente correto chamar os afins de parentes. Ainda hoje, na vigência do Código Civil de 2002, marido e mulher não são parentes, na melhor técnica jurídica. São cônjuges, caso entre eles haja o

²⁶⁴ Inclusive parceiros homoafetivos (Farias e Rosenvald, 2014, p.556).

²⁶⁵ A parentela efetiva-se pelo cruzamento desses laços (de consanguinidade, social e, eventualmente jurídico). (SARACENO, 1997, p. 56).

²⁶⁶ O Direito português e o Direito alemão distinguem o parentesco das relações de afinidade. O Direito Português reconhece apenas as relações consanguíneas, como relações de parentesco, pelo art. 1.578 do Código Civil Português e trata das relações de afinidade e adoção, nos arts. 1.584 e 1.586, respectivamente. O mesmo tratamento é dado pelo Direito alemão. O Código Civil Alemão - BGB distingue *Verwandschaft* (parentesco) e *Swagerschaft* (afinidade), nos §§ 1.589 e 1.590. GLANZ (2005, p. 524).

vínculo do casamento civil, ou conviventes, parceiros ou companheiros, quando a relação jurídica que os une é a união estável.

Esse já era o tratamento dado à afinidade, no Brasil, desde o Código Civil de 1916. “A novidade está na afinidade oriunda de união estável: a companheira passa a ser cunhada do irmão ou irmã do companheiro. Para o povo, já se admitia, mas a lei era omissa e agora o Código é expresso”. Anote-se o que estabelece o art. 1.595 do Código Civil vigente:

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

O art. 1.595 do Código Civil previu a afinidade como vínculo civil que se estabelece entre o cônjuge ou companheiro e os parentes consanguíneos do outro limitando-se a eles, o que significa dizer que a afinidade não faz dos afins, parentes entre si. Dessa forma, segundo Madaleno (2009, p. 363) são afins “os pais, os filhos e os irmãos de cada cônjuge ou companheiro, restringindo-se na linha reta ao genro e à nora, ao sogro e à sogra, ao enteado e à enteada, à madrasta e ao padrasto e, na linha transversal, ao cunhado e à cunhada”.

Embora o Código Civil tenha usado a expressão “parentesco por afinidade”, no parágrafo primeiro do art. 1.595 não se pode admitir a afinidade como parentesco, uma vez que dela não decorrem efeitos jurídicos iguais a aqueles que advêm do parentesco natural, da adoção ou do parentesco socioafetivo, assim considerado aquele constituído por outra origem. As limitações em relação aos efeitos que produz tiram o caráter de parentesco da afinidade, devendo o Direito considerá-la como um vínculo civil (porque fictício, criado pela lei) que se estabelece entre os parentes do cônjuge ou companheiro com os parentes do outro, assim como o fazia o Código Civil de 1916. A expressão da lei reflete mera imprecisão técnica.

A regra da simetria é aplicada ao parentesco por afinidade, em relação ao parentesco natural ou civil, “bastando projetá-lo no espelho para se ter a disciplina do parentesco por afinidade”, de acordo com Farias; Rosenthal (2014, p. 557). Essa simetria é destacada por Venosa (2013, p. 224), ao lembrar que a língua inglesa a estabelece, ao acrescentar a expressão *in law*²⁶⁷ ao vocábulo que designa a relação de parentesco natural. Assim, tem-se: *father* e *father in law*, *brother* e *brother in law*²⁶⁸, dentre outros.

²⁶⁷ Na forma da lei

²⁶⁸ Pai e sogro, irmão e cunhado.

Por força do art. 1.595, §2º do Código Civil, o parentesco por afinidade não se extingue, na linha reta, pelo divórcio ou viuvez ou pela dissolução da união estável. Sogro (a), padrasto e madrasta, enteado (a) permanecem vinculados pela afinidade, mesmo após o divórcio, separação ou viuvez. Os impedimentos matrimoniais entre afins persistem mesmo após o divórcio ou viuvez. Entretanto, são tratados de forma diversa em relação aos afins na linha reta e na linha colateral. Para os primeiros, continuam a valer os impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521, II do Código Civil, mesmo com a extinção da relação conjugal ou de união estável que unia os cônjuges ou conviventes, o que acontece com a relação de sogro (a). Na linha colateral, o cunhadio extingue-se, com o término do casamento ou união estável, como pontua Dias (2015, p. 384):

O viúvo, o divorciado ou o ex-companheiro não pode casar nem com os pais nem com os filhos do ex-cônjuge ou ex-companheiro (CC 1.521 II). O vínculo de afinidade tem por fito muito mais o estabelecimento de impedimentos de ordem moral, para evitar a aquisição de algum direito ou vantagem em face da aproximação afetiva que ocorre entre as famílias.

A imposição de impedimentos matrimoniais entre os afins tem por substrato os impedimentos de ordem moral, a que se refere Dias, e mostram-se como a única consequência jurídica, no campo do Direito de Família e decorre do parentesco por afinidade²⁶⁹. Entretanto, em outras áreas do Direito, a afinidade produz efeitos jurídicos, como informam Farias; Rosenvald (2014, p. 559):

Interpretando construtiva e racionalmente a legislação, entendemos que a afinidade pode produzir outros efeitos jurídicos, como o reconhecimento da legitimidade para promover a interdição do afim, uma vez que o art. 1.768 da Lei Civil menciona, apenas, *parentes* (e a afinidade gera parentesco), sem promover limitações. Vale e a lembrança de que a afinidade também enseja *inelegibilidade eleitoral, ex vi* do disposto no art. 14, § 7º da Magna Carta. Outrossim, no campo do Processo Civil, o parentesco por afinidade pode ser causa de impedimento para servir como testemunha, como deflui do art. 405, §2º, I, do Código Instrumental ou de suspeição do magistrado, do membro do Ministério Público, do serventuário e do juiz para atuar no processo com imparcialidade. (Os grifos são do original).

A afinidade não repercute apenas nos campos do Direito Processual e Eleitoral a que se referem Farias e Rosenvald. A Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - Lei dos Servidores Públicos Federais equipara os enteados aos filhos naturais, em termos de concessão de

²⁶⁹ Farias e Rosenvald (2014, p. 558) informam que na Argentina, o direito reconhece o direito/dever alimentar entre parentes por afinidade, especificamente entre sogros e genro e nora, reciprocamente.

benefícios e direitos. Pelo que dispõe o *caput* do art. 83 da referida lei, tem-se que “poderá ser concedida licença ao servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva a suas expensas e conste do seu assentamento funcional, mediante comprovação por perícia médica oficial”. A mesma lei, no art. 97, III, b²⁷⁰, permite a ausência do servidor ao trabalho, por oito dias, em caso de falecimento “do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos”, equiparando-os para efeito de concessão da licença. A equiparação se apresenta, também, para a concessão de salário família, nos termos do art. 197, I²⁷¹ e do parágrafo único do art. 199²⁷² e das pensões, na forma do parágrafo terceiro do art. 217²⁷³ do mesmo diploma legal, com as alterações introduzidas pela Lei n. 13.135, de 2015).

No mesmo caminho da equiparação entre filhos naturais e enteados, a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991 - Lei da Previdência Social, no parágrafo segundo do art. 16²⁷⁴, pro-

²⁷⁰ O art. 97 da Lei n. 8. 112/90 dispõe:

Art. 97. “Sem qualquer prejuízo, poderá o servidor ausentar-se do serviço: (Redação dada pela Medida provisória nº 632, de 2013)

I - por 1 (um) dia, para doação de sangue;

II - pelo período comprovadamente necessário para alistamento ou recadastramento eleitoral, limitado, em qualquer caso, a 2 (dois) dias; (Redação dada pela Lei nº 12.998, de 2014)

III - por 8 (oito) dias consecutivos em razão de :

a) casamento;

b) falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos”.

²⁷¹ O *caput* do art. 197 e seu parágrafo único, da Lei n. 8. 112/90 dispõem:

Art. 197. “O salário-família é devido ao servidor ativo ou ao inativo, por dependente econômico”.

Parágrafo único. “Consideram-se dependentes econômicos para efeito de percepção do salário-família:

I - o cônjuge ou companheiro e os filhos, inclusive os enteados até 21 (vinte e um) anos de idade ou, se estudante, até 24 (vinte e quatro) anos ou, se inválido, de qualquer idade”.

[...].

²⁷² O *caput* do art. 199 e seu parágrafo único da Lei n. 8. 112/90 dispõem:

Art. 199. “Quando o pai e mãe forem servidores públicos e viverem em comum, o salário-família será pago a um deles; quando separados, será pago a um e outro, de acordo com a distribuição dos dependentes”.

Parágrafo único. “Ao pai e à mãe equiparam-se o padrasto, a madrasta e, na falta destes, os representantes legais dos incapazes”.

²⁷³ O art. 217 da Lei n. 8. 112/90 dispõe: “São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

[...].

II - temporária:

a) os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;

b) o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade;

c) o irmão órfão, até 21 (vinte e um) anos, e o inválido, enquanto durar a invalidez, que comprovem dependência econômica do servidor;

d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez.

[...].

§ 3º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do servidor e desde que comprovada dependência econômica, na forma estabelecida em regulamento”.

²⁷⁴ O art. 16 e seu § 2º da Lei n. 8.213/1991 dispõem:

Art. 16. “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado”:

§ 2º “O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento”.

move a equiparação entre eles, para atribuir-lhes a condição de dependentes do segurado, de acordo com o art. 77, § 2º, II²⁷⁵.

A Lei 11.924, de 27 de abril de 2009, conhecida como Lei Clodovil, que alterou o art.57 da Lei de Registros Públicos, trouxe às famílias neoconfiguradas, a possibilidade de identificação de seus membros, a partir do nome de família, permitindo ao filho de um dos cônjuges ou companheiros adotar o nome de família do padrasto ou madrasta, com sua permissão, sem prejuízo do nome do pai biológico. O art. 57 da Lei n. 6.015/1973 - Lei de Registros Públicos passou a ter a seguinte redação:

Art. 57. [...].

[...].

§ 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.

Com esse permissivo legal, os enteados ganharam um forte elemento de identificação entre si, assim como no meio social em que estão inseridos, reforçando a ideia de pertencimento e fortalecendo a parentalidade entre eles. Entretanto, a adoção do nome do padrasto/madrasta não é capaz de repercutir efeitos sucessórios, por força do art. 1.829²⁷⁶ do Código Civil ou alimentares²⁷⁷, nem de alterar a relação paterno filial originária, uma vez que não se trata de reconhecimento voluntário do estado de filiação socioafetiva, nem de adoção. O uso do nome do padrasto pode servir como elemento de prova da configuração da parentalidade socioafetiva, em ação destinada a seu reconhecimento.

²⁷⁵ O art. 77 da Lei n. 8.213/1991 estabelece: “A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

[...].

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará:

I - pela morte do pensionista;

II - para filho, pessoa a ele equiparada ou irmão, de ambos os sexos, ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência”;

[...].

²⁷⁶ Dispõe, o art. 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais”.

²⁷⁷ “O parentesco por afinidade não gera direito a alimentos, à vista das disposições dos artigos 1.696 e 1.697, que não o inclui, sabendo-se que a relação ali constante é *numerus clausus*, não comportando outro vínculo” (NADER, 2013, p. 280).

Apesar de produzir repercussões em outros campos do Direito, para a produção de efeitos específicos e restritos às hipóteses contempladas em lei e de permitir a lei o uso, pelo enteado, dos nomes de família, do padrasto ou madrasta, não se pode dizer que há igualdade (mas equiparação) entre filhos e enteados. Parentes consanguíneos e afins “são equivalentes, mas diferentes”, nas palavras de Lôbo (2011, p. 213), que assim analisa essa situação:

Assim, o enteado não é igual ao filho, jamais nascendo para o primeiro, em virtude de tal situação, direitos e deveres que são próprios do estado de filiação. O parentesco afim tem por fito muito mais o estabelecimento de uma situação jurídica de impedimentos e deveres, por razões morais. O parentesco afim é normalmente considerado, pelo legislador e pela administração da justiça, para impedir a aquisição de algum direito ou situação de vantagem, em virtude da aproximação afetiva que termina por ocorrer entre os parentes afins e suas respectivas famílias.

Justamente por considerar “a aproximação afetiva que termina por ocorrer entre os parentes afins e suas respectivas famílias”, a que se refere Lôbo, Gagliano; Pamplona Filho (2011, p. 652 - 653) defendem que “não haveria que se falar de qualquer tratamento diferenciado entre as modalidades de parentesco pela natureza”, mesmo reconhecendo que o parentesco por afinidade não gera as mesmas obrigações que o parentesco natural ou civil. Assim:

Isso porque o fundamento das restrições estaria na preservação de interesses de terceiros que estabelecem relações jurídicas, tanto de direito material, quanto processual, com um dos parentes, como uma garantia de moralidade e impessoalidade, evitando-se favorecimentos indevidos, calcados na intimidade e conhecimento pessoal.

Já se questiona se a restrição dos efeitos da afinidade, em relação aos efeitos sucessórios e alimentares é compatível com os valores humanistas consagrados pela Constituição Federal, fundados na solidariedade familiar. Por essa linha de pensamento, negar alimentos a pessoas ligadas entre si pelo parentesco por afinidade, representaria admitir um parentesco sem solidariedade, quando esta é fundamento daquele. Assim alicerçam seu entendimento, Farias; Rosenvald (2014, p. 560):

Se o parentesco é fundado na solidariedade familiar, natural que, inexistindo parentes mais próximos, os parentes por afinidade sejam compelidos a prestar alimentos. E, com a mesma lógica, afigura-se-nos razoável, conferir a herança aos parentes por afinidade do que à Fazenda Pública, na ausência de parentes mais próximos.

O entendimento dos Tribunais diverge desse entendimento doutrinário apresentado por Farias; Rosenvald, reconhecendo a impossibilidade jurídica do pedido, por falta de previsão legal e a ausência de legitimidade dos parentes afins (condição para o legítimo exercício do direito de ação), por força do art. 1.696 do Código Civil. O site oficial do Superior Tribunal de Justiça – STJ já se manifestou no sentido de negar o caráter de obrigação alimentar a acordo extrajudicial estabelecido entre sogra e genro para prestação de alimentos, reconhecendo-o como ato de liberalidade entre eles. Eis a ementa da decisão monocrática, proferida pelo Ministro João Otávio de Noronha em 24 de janeiro de 2014, no Recurso Especial n. 1.231.761 - DF (2011/0012891-5):

CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. NOVO CÓDIGO CIVIL. PARENTESCO. CONSANGUINIDADE E AFINIDADE. GENRO E SOGRA. COMPOSIÇÃO AMIGÁVEL. ATO DE LIBERALIDADE. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Mesmo com o advento do Código Civil atual, subsiste o entendimento de que os parentes que podem reclamar alimentos entre si são aqueles ligados pelos laços de sangue, observadas as regras do parentesco em linha reta e colateral. 2. O fato de as partes, extrajudicialmente, terem chegado a um entendimento sobre valor a ser pago pelo genro à sogra a título de alimentos deve ser compreendido como ato de liberalidade, que não pode ser convertido em obrigação legal. 3. Recurso especial desprovido.

Parece que a posição dos tribunais brasileiros é a que mais se aproxima da interpretação sistemática do Código Civil e da Constituição Federal, com base na construção antropológica que deu origem à concepção de parentesco, pelo Direito de Família moderno. Não parece absurda a negação aos laços de afinidade, de efeitos alimentares ou sucessórios, considerando-se que o parentesco por afinidade não constitui, propriamente, relação de parentesco, mas ligação entre as pessoas, em decorrência do casamento ou união estável e, por esta razão, impõe efeitos que se limitam aos impedimentos matrimoniais.

Mas, por outro lado, as limitações mostram-se inapropriadas quando a relação entre padrastos, madrastas e enteados nas famílias neoconfiguradas extrapolam os limites da afinidade (que, a rigor, não é parentesco), pela força de vínculos de afetividade, solidariedade constituídos na convivência familiar capazes de determinar o estado de filiação socioafetiva entre eles. Por esse fundamento, sim, não haveria porque restringir direitos aos enteados ou considerar a equiparação entre eles e os filhos naturais, sem atenção ao princípio da igualdade da filiação, consagrado na Carta Magna. Uma vez reconhecida a posse de estado de filho nas relações entre padrastos, madrastas e enteados (e por que não?), a afinidade cederia espaço ao parentesco socioafetivo consolidado entre eles. Por força desse vínculo de parentesco, todos

os efeitos decorrentes do estado de filiação alcançariam os membros das famílias neoconfiguradas, envolvidos na relação de parentalidade.

Essa realidade vem sendo apresentada pela jurisprudência por meio do reconhecimento da “constituição de filiação socioafetiva com imputação de obrigação alimentar ao padrasto”, nas palavras de Dias (2015, p. 384), na direção do Código Civil Português, que admite a prestação de alimentos do padrasto e da madrasta a enteados menores. Também, o Código Civil Francês prevê a prestação de alimentos entre genros e noras, sogros e sogras, cessando com a dissolução do casamento que gerou a afinidade, como informa Lôbo (2011, p. 213).

Isso demonstra que o Judiciário vem percebendo a amplitude das relações que se desenvolvem nas famílias neoconfiguradas e se posicionando no sentido de reconhecer direitos aos padrastos, madrastas e enteados como decorrentes do estado de filiação (embora não se possa afirmar que esses vínculos sempre se constituam, nessa configuração familiar), o que permite concluir que a afinidade não é o único (e nem sempre o mais condizente com a realidade fática) meio de o Direito regular as relações que se estabelecem nas famílias neoconfiguradas.

A legislação brasileira contempla, expressamente, a possibilidade de acolhimento da parentalidade socioafetiva que pode se constituir nas relações entre padrastos, madrastas e enteados, atribuindo a essa relação o *status* de filiação. Trata-se da possibilidade, prevista no art. 41, §1º²⁷⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente, de o enteado tornar-se filho do padrasto ou da madrasta, pelo instituto jurídico denominado de adoção unilateral, que representa o acolhimento expresso pela lei da socioafetividade como constituidora da parentalidade entre eles.

A adoção é definida por Pereira (2011, p.407) como “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”. Trata-se de uma *fictio juris*, porque “exclusivamente jurídica”, nas palavras de Venosa (2013, p.279), porque não resulta das relações de consanguinidade, mas de sentença judicial e “se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva”. Atualmente, a adoção encontra-se regulada pelo Estatuto da Criança e do

²⁷⁸ O art. 41 e seu § 1º do ECA dispõem:

Art. 41. “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

§ 1º “Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes”.

Adolescente – ECA, com alterações implantadas pela Lei nº 12.010, de 2009, conhecida como Lei Nacional da Adoção²⁷⁹.

Diz-se unilateral a espécie de adoção que pode ser pleiteada por apenas uma pessoa, qualquer que seja seu estado civil, na forma do art. 42 do ECA²⁸⁰, com redação dada pela Lei Nacional de Adoção. Diante da realidade contemporânea, é possível ao padrasto ou à madrastra adotar, sob esse regime, o filho do cônjuge ou convivente, conforme art. 41, §1º do ECA, mantendo-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. Em outras palavras, explica Dias (2015, p. 487): “se uma mulher tem um filho, seu cônjuge ou companheiro pode adotá-lo. A criança permanece registrada em nome da mãe biológica e o adotante é registrado como pai”.

As divergências doutrinárias e jurisprudenciais que havia no passado, em relação à possibilidade de adoção por padrastos/madrasas, no campo das famílias neoconfiguradas, sucumbiram diante da frequência dos pedidos, que se tornaram cada vez mais comuns, como aponta Venosa (2013, p. 295), para quem, “a lei busca situação de identidade dessa filiação adotiva com a filiação biológica, harmonizando o estado do adotado para o casal”.

Vale ressaltar que, embora equiparadas à filiação consanguínea como relação de parentesco, não se pode afirmar que há igualdade, no campo jurídico, entre a filiação natural e a socioafetiva ou decorrente da adoção. Não se trata de alguma forma de discriminação, mas de diferenças verificadas em relação à possibilidade de sua desconstituição, por verificação de nulidade de seu ato constitutivo (a sentença). Embora considerado irrevogável, o ato jurídico que reconhece a filiação socioafetiva ou definitiva, assim como a sentença de adoção, ambos os atos jurídicos podem deixar de existir, por restar comprovada sua nulidade. O mesmo não ocorre com a filiação consanguínea ou natural, que não se extingue, como pondera Rizzardo (2009, p. 414).

Alguns autores denominam essa espécie de adoção híbrida ou semiplena, por manterem-se laços de filiação biológica e constituírem-se outros de filiação civil pela adoção. Nessa hipótese, subsistem os impedimentos para o casamento tanto em relação à família biológica²⁸¹

²⁷⁹ O Projeto do Estatuto das Famílias mantém o mesmo tratamento jurídico dedicado atualmente à adoção, deixando seu regramento a cargo de Lei especial.

²⁸⁰ O art. 42 do ECA dispõe: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”.

²⁸¹ Impedimentos impostos pelo art. 1.521, I, II e IV do Código Civil, a seguir transcritos:

“Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

como em relação à família adotiva²⁸². Vigora, nesse tipo de adoção, uma espécie de biparentalidade, de acordo com Dias (2015, p. 487), embora o adotante possa requerer a exclusão do registro civil de nascimento, do nome de ambos os genitores biológicos, como afirmam Dias; Oppermann, (2013, p.400).

Para que se configure a adoção unilateral, faz-se necessário o consentimento do genitor. A Lei Nacional de Adoção não alterou o art. 45 do ECA, que determina que “a adoção depende do consentimento dos pais ou representante legal do adotando”, o que faz com que esse dispositivo legal permaneça em vigor. Necessário se faz, também, o consentimento do próprio adotando, quando maior de doze anos, na forma do art. 45, §2º, que só pode ser dispensado quando são eles desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, na forma do art. 45, §3º do ECA²⁸³. Dias; Oppermann (2013, p. 393) assim refletem sobre essa realidade:

Cada vez mais comuns são os pedidos de adoção por parte do padrasto em face do pai biológico. Muitas vezes abandonado pelo pai, o filho passa a ter estreita vinculação com o companheiro ou marido da mãe. E é legítimo o interesse do padrasto em pedir a destituição do poder familiar do pai biológico.

Tratando-se de abandono, entende Dias (2015, p. 487) que a necessidade de consentimento dos pais biológicos é descabida, uma vez que o abandono acarreta a perda do poder familiar e permite o pedido de adoção, nos termos do art. 1.638, II do Código Civil²⁸⁴. O genitor que abandona a criança ou adolescente somente precisa ser citado para se sujeitar aos efeitos da sentença, em razão da perda do vínculo de parentesco. Pondera Dias (2015, p. 487-488): “Resistir a essa possibilidade revela sacralização do vínculo familiar originário, ainda que desfeito, em detrimento do elo de afetividade que se estabeleceu com quem assumiu os deveres parentais”.

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

²⁸² Impedimentos impostos pelo art. 1.521, III e V do Código Civil. (ver artigo transcrito integralmente na nota anterior).

²⁸³ O consentimento dos pais ou do representante legal do adotando será colhido por escrito, pelo juiz, em audiência, com a presença do Ministério Público, mas precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional. Se o consentimento escrito não for ratificado em audiência não terá validade. Será retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção (na forma dos arts. 166, §§2º, 3º e 5º do ECA) e só terá valor jurídico se for manifestado expressamente após o nascimento do adotando (Art. 166, §6º do ECA).

²⁸⁴ O art. 1.639 do Código Civil estabelece: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – [...].

II - deixar o filho em abandono”;

[...].

A adoção unilateral, seja ela de crianças, adolescentes ou maiores de dezoito anos se concretiza por meio de sentença proferida em ação judicial, inaugurada por petição inicial, que deve se apresentar acompanhada dos documentos exigidos pelo art.197 – A do ECA. O padrasto ou a madrasta possuem legitimidade ativa (ou seja, estão juridicamente habilitados) para propor ação com vistas à destituição do poder familiar do (a) genitor (a), cumulada ou não com o pedido de adoção ou buscar diretamente, a adoção, que tem a destituição do poder familiar como efeito da sentença.

A habilitação é a primeira etapa do processo de adoção, no qual os autores submetem-se, nos termos do art. 50, §3º do ECA, a um “período de preparação psicossocial e jurídica”, orientado por uma equipe interprofissional, a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que intervirá no feito para elaborar um estudo psicossocial, a fim de permitir ao juiz aferir a capacidade e preparo dos autores para o exercício da maternidade ou paternidade responsáveis. Esse período é denominado estágio de convivência, pelo art. 46 do ECA e regulado por ele e seus parágrafos e tem prazo definido pelo juiz. O estágio de convivência pode ser dispensado na adoção unilateral por padrasto ou madrasta, na família neoconfigurada, se o adotando se encontrar sob tutela ou guarda legal do adotante, na forma do art. 46,§ 1º.

O juiz, então, submeterá a petição dos autores à apreciação do Ministério Público, que poderá requerer audiência para ouvir os postulantes e testemunhas. Poderá requerer outras diligências que entender necessárias ou a juntada de outros documentos ou apresentar quesitos à equipe interprofissional²⁸⁵.

Deferida a habilitação pelo procedimento regular, os autores serão inscritos nos cadastros estaduais e nacionais de crianças e adolescentes em condições de serem adotados²⁸⁶ e de pessoas ou casais habilitados à adoção (Art. 50, § 5º do ECA) e serão convocados, por ordem cronológica de habilitação e de acordo com a disponibilidade de crianças e adolescentes, na forma do art. 197 –E do ECA. Entretanto, por força do art. 50, §13, I do ECA dispensam-se a inscrição nos cadastros e a observância da ordem cronológica das habilitações, quando se tratar de pedido de adoção unilateral e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237²⁸⁷ ou 238²⁸⁸ do ECA.

²⁸⁵ Art. 197-B do ECA.

²⁸⁶ O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução n. 54/08 que trata do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes permite que uma criança de um estado possa ser adotada por interessados de outros estados.

²⁸⁷ Estabelece, o art. 237 do ECA:

“Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto:

Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa”.

²⁸⁸ Estabelece, o art. 238 do ECA:

A sentença judicial que concede a adoção unilateral será inscrita no Registro Civil, conforme dispõe o art. 47 do ECA e, por meio dela, constitui-se uma nova realidade jurídica à pessoa do adotado, atribuindo-se a ele o *status* de filho, bem como os direitos e deveres decorrentes desse *status*, sem a possibilidade de utilização de denominações discriminatórias. Pela adoção rompem-se os vínculos jurídicos decorrentes da consanguinidade, exceto no que diz respeito aos impedimentos matrimoniais e, na adoção unilateral, quando a ruptura se dá apenas em relação a um dos genitores, conforme já examinado.

No ordenamento jurídico nacional, não é possível a adoção em cartório extrajudicial. Esse é o entendimento pacífico, que se depreende do Enunciado n. 272 CJF/STJ²⁸⁹, recepcionado pelo art. 10, II do Código Civil²⁹⁰, como destacam Tartuce; Simão (2013, p. 373).

Uma iniciativa inovadora se destaca em Alagoas, no sentido da facilitação do processo de adoção unilateral, com a implantação do Núcleo de Promoção da Filiação – NPF, criado pelo Tribunal de Justiça do estado, em 2008, para execução do projeto Adoção Simples, que tem como objetivo promover, com simplicidade e rapidez, processos de adoção unilateral por padrastos, conforme informa a Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões (v. 25, dez./jan. 2012, p. 118), buscando facilitar o reconhecimento da filiação socioafetiva aos padrastos.

O caminho do padrasto ou madrasta em direção à adoção do filho do cônjuge abandonado pelo genitor que não participa de sua criação parece perfeito para essa situação fática, na medida em que atende à demanda pela necessidade de legitimação da parentalidade que se estabelece entre o padrasto ou a madrasta e o (a) enteado (a) decorrente da socioafetividade. É a socioafetividade, conquistada e construída no convívio diário, que faz surgir a necessidade de legitimação da parentalidade entre padrastos/madrastas e enteados, os quais mais que isso, sentem-se e se apresentam como pais, mães e filhos.

No entanto, a socioafetividade constituidora da parentalidade e do parentesco, nas famílias neoconfiguradas, pode acontecer também em situações em que não ocorre o abandono do enteado por um dos genitores. É possível a situação em que pais biológicos e padras-

“Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa”.

²⁸⁹ Assim dispõe o Enunciado 272 do CJF/STJ: “Não é admitida em nosso ordenamento jurídico, a adoção por ato extrajudicial, sendo indispensável, a atuação jurisdicional, inclusive para a adoção de maiores de dezoito anos”. (BRASIL, CJF/STJ, 2002, p. 48).

²⁹⁰ De acordo com o que dispõe o inciso II do art. 10 do Código Civil: “Far-se-á averbação em registro público:

[...].

II- dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação”;

[...]

to/madrasta compartilham afeto, cuidado e o exercício das funções parentais (inclusive no que concerne à autoridade parental) em relação ao filho/enteado, verificando-se a existência da paternidade/maternidade natural (consanguínea) concomitantemente com a posse de estado de filho em relação aos pais socioafetivos.

Com as alterações percebidas na família da contemporaneidade, observa-se que essa é uma realidade que se faz presente no âmbito das famílias neoconfiguradas, no momento jurídico em que deveres e responsabilidades sobre a guarda e educação dos filhos são compartilhados, por força da lei. A família neoconfigurada se apresenta, nesse contexto, como espaço possível para o compartilhamento de afetos e cuidados, resultantes da convivência, da solidariedade familiar, formadores de vínculos socioafetivo. Vale a transcrição da análise de Teixeira; Rodrigues (2010, p. 202), à possibilidade de se reconhecer o exercício da função parental a mais de um pai ou a mais de uma mãe, nas famílias neoconfiguradas:

Uma vez desvinculada a função parental da ascendência biológica, sendo a paternidade e a maternidade realizadas em prol do desenvolvimento dos filhos menores, a realidade social brasileira tem mostrado que essas funções podem ser exercidas por “mais de um pai” ou “mais de uma mãe” simultaneamente, sobretudo, no que toca à dinâmica e ao funcionamento das relações interpessoais travadas em núcleos familiares recompostos, pois é inevitável a participação do pai/mãe afim nas tarefas inerentes o poder parental, pois ele convive diariamente com a criança; participa dos conflitos familiares, dos momentos de alegria e de comemoração. Também simboliza a autoridade que, geralmente, é compartilhada com o genitor biológico. Por ser integrante da família, sua opinião é relevante, pois a família é funcionalizada à promoção da dignidade de seus membros.

Diante dessa situação, a adoção unilateral não está adequada a atender à demanda em relação ao reconhecimento da parentalidade, uma vez que, por meio dela, afastam-se os vínculos de parentesco com a família biológica e constituem-se novos com a família do cônjuge ou companheiro adotante. Na situação fática em questão, a exclusão do parentesco biológico não é o que se almeja, uma vez que não há abandono ou desafetividade de um dos genitores. Na hipótese, os pais biológicos não desejam abrir mão do poder familiar ou consentir com a adoção unilateral, que representa a substituição do vínculo de parentesco natural pelo socioafetivo, estabelecido com o (a) padrasto/madrasta adotantes. O que se pretende, nessas situações, é o compartilhamento entre as duas espécies de parentesco (assim como ocorre, em relação à guarda compartilhada entre o casal ou par afetivo que gerou a criança ou adolescente), consignando-se, no assento de nascimento da criança ou adolescente, a multiparentalidade que agrega pais biológicos e socioafetivos, sem exclusão de quaisquer deles, em respeito aos prin-

cípios da afetividade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Também o parentesco por afinidade não seria suficiente para dar respostas às necessidades decorrentes dessa situação de fato, em que pais naturais e socioafetivos compartilham deveres, responsabilidades parentais e afetos e se identificam, no âmbito pessoal, familiar e social, como pais e filhos, porque restrito, em relação a seus efeitos. Contudo, não se pode assegurar que nas relações entre padrastos, madrastas e enteados, nas famílias neoconfiguradas, sempre constituir-se-ão laços afetivos e sociais ensejadores da formação da parentalidade socioafetiva. “Às vezes, o novo marido ou companheiro da mãe é simplesmente o novo marido ou companheiro da mãe e, outras vezes, é um verdadeiro pai para seu filho. É preciso verificar a existência de uma relação de família e, nela, uma relação de filiação”, pondera Carvalho (2012, p. 123).

Percebe-se que não há um enquadramento único capaz de refletir a verdade das famílias neoconfiguradas (tomadas na generalidade). Todas as hipóteses de constituição de vínculos (por afinidade, por adoção unilateral ou socioafetividade) expressam a verdade social e afetiva das relações que se desenvolvem e se constituem, no ambiente dessas famílias, entre padrastos, madrastas e enteados. Nenhuma é melhor ou pior que a outra, nem certa ou errada. Todas são cabíveis e adequadas a cada família tomada em particular.

A análise das relações que se estabelecem no âmbito da intimidade dessa configuração familiar suscita a necessidade do exame do caso concreto para dele se extrair a realidade dos fatos, para adequar a ela o tratamento jurídico competente a produzir os efeitos que se espera.

4.1A parentalidade socioafetiva entre padrastos, madrastas e enteados, nas famílias neoconfiguradas e seus efeitos jurídicos

As relações nas famílias neoconfiguradas envolvem diferentes níveis de ajustes, influências externas (ex-cônjuges ou outros familiares), modificações no cotidiano e moradia, expectativas e desejos de todos os seus membros em torno do casamento ou união e das relações de parentalidade que podem se estabelecer, e sugerem um movimento “de passagem do conhecido para o novo”, nas palavras de Costa (2008, p. 24).

A complexidade das relações que se estabelecem nas famílias neoconfiguradas também se manifesta nas relações de parentesco que se espalham, em sentido horizontal, ganhando

do amplitude, quando se incorporam à árvore genealógica os filhos de cada cônjuge ou companheiro, individualmente considerados, os filhos do casal, pais biológicos, madrastas e padrastos, irmãos e meio-irmãos. Tais famílias estão inseridas num contexto cultural de transição entre o paradigma da família matrimonializada e nuclear para o paradigma da família plural, no qual a madrasta e/ou o padrasto assumem papel importante, na medida em que “podem vir a ser educadores responsáveis e protetores dos filhos, com o passar do tempo, ainda que exista um pai ou mãe oficial”, como reflete Costa (2008, p. 27).

Para além da ausência de códigos linguísticos próprios para nomear seus membros²⁹¹, as famílias neoconfiguradas precisam caminhar com destino à constituição do sentimento de pertencimento²⁹² entre seus membros. Esse sentimento advém da constituição e observância das regras de convivência que se criam (e se consolidam com o tempo), especialmente no que diz respeito à forma como se exercitarão as funções parentais nas dimensões do cuidado e educação dos filhos.

E nesse complexo contexto familiar as famílias neoconfiguradas revelam a multiplicidade, diversidade e complexidade de formas pelas quais podem se estabelecer vínculos de parentalidade, que podem limitar-se ao vínculo de afinidade entre eles, como podem, também, se concretizar por meio da adoção unilateral, ou ainda, por força do reconhecimento do parentesco socioafetivo revelado pela posse de estado de filho entre eles.

A verificação do estabelecimento da relação de parentalidade por meio do reconhecimento da posse de estado de filho é o caminho para que a determinação da filiação pelos vínculos socioculturais e afetivos não signifique o embarque em uma tese jurídica contemporânea, baseada em conceitos abertos e sem substrato consistente. É preciso cautela na investigação dos fatos sociais e na interpretação das relações de afeto para que fatos e sentimentos estejam presentes e conjugados na vida em família e em sociedade como capazes de constituir o parentesco socioafetivo.

Afinal, a afetividade não nasce entre o enteado e o padrasto ou madrasta como uma imposição em decorrência direta do casamento ou união entre ele (a) e um de seus pais biológicos. Surge espontaneamente na convivência, no estabelecimento de vínculos parentais que se constituem nas dimensões do cuidado, assistência, bem como pelo exercício de funções parentais que se verificam no dia a dia e espelham as circunstâncias da vida em família, em

²⁹¹ Utilizam-se as expressões madrastas, padrastos e enteados, carregadas de valores negativos a elas, vinculados, pela cultura dos contos infantis, de acordo com Costa (2008, p. 22).

²⁹² Os pesquisadores apontam para o período de três a cinco anos para que o sentimento de pertencer à família se concretize entre os membros da família neoconfiguradas (COSTA, p. 25).

suas formas múltiplas de se expressar. Nem mesmo o uso, pelo enteado, do sobrenome do padrasto ou madrasta, nas famílias neoconfiguradas conduz, por si só, a um indício de parentalidade, pela análise de Carvalho (2012, p. 121):

Com adoção do sobrenome, pode-se pensar na situação de que o novo marido (ou esposa) ou companheiro (a) da mãe (ou do pai) seja também alguém especial para a pessoa do (a) enteado (a), mas que não ocupa o posto da paternidade ou maternidade, que é assumido pelo pai jurídico e biológico. Nesse caso, o vínculo jurídico que mais se ajusta ao seu retrato é o de afinidade, ainda que o enteado faça uso do sobrenome do padrasto ou da madrasta, em demonstração da importância deste (a) em sua vida e da convivência familiar harmoniosa, saudável e afetiva que tenham cultivado.

O uso do nome do padrasto ou madrasta, pelo enteado, na análise de Carvalho, pode refletir uma necessidade de identificação à família ou retratar uma condição especial que o padrasto ou a madrasta ocupam na vida do enteado. Mas pode não refletir, por si só, o desempenho de papéis parentais ou não indicar a presença de outros elementos que possam constituir o *status* de filho ensejador do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, como observa Costa (2008, p. 22).

Em outras situações, quando presentes os elementos que caracterizam o estado de filiação e constituem a parentalidade socioafetiva entre padrastos, madrastas e enteados, não havendo paternidade registrada no assentamento civil de nascimento do enteado, alguns estados brasileiros permitem o registro da paternidade socioafetiva, em cartórios extrajudiciais, inclusive por padrastos. Os Provimentos das Corregedorias Gerais de Justiça dos estados de Pernambuco (Provimento nº 09/2013, de 02.12.2013²⁹³), Ceará (Provimento nº 15/2013²⁹⁴) e Maranhão (Provimento nº 21/2013, de 19.12.2013²⁹⁵) facilitaram o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva de pessoas que já se achavam registradas, sem paternidade

²⁹³ “O DESEMBARGADOR JONES FIGUEIRÊDO ALVES, CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO, EM EXERCÍCIO, no uso de suas atribuições legais; [...] Resolve: Artigo 1º - Autorizar o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais no âmbito do estado de Pernambuco.

²⁹⁴ “O DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO, CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, no uso de suas atribuições legais; [...] Resolve: Artigo 1º - Autorizar o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais no âmbito do estado do Ceará”.

²⁹⁵ “O DESEMBARGADOR CLEONES CARVALHO CUNHA, CORREGEDOR- GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais: [...] Resolve: Art. 1º Autorizar o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva de pessoas maiores de dezoito anos que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, perante o oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado do Maranhão”.

estabelecida, perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, sem a necessidade de ajuizamento de ação para declaração da parentalidade socioafetiva ou para adoção.

Com o registro voluntário da filiação socioafetiva, em cartório extrajudicial, o filho socioafetivo (o enteado, inclusive) assume o *status* de filho, sem restrições em relação aos efeitos jurídicos (pessoais e patrimoniais) decorrentes desse estado. Esses provimentos promovem a igualdade jurídica entre as espécies de filiação, nos termos do art. 226 § 6º, da Constituição Federal, refletindo o espírito da Constituição Federal, pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança.

E, exatamente por força dos princípios constitucionais (a exemplo do princípio da solidariedade familiar, da afetividade, da proteção integral da criança e do adolescente) já se reconheceu à enteada, o direito a alimentos a ser prestado por seu padrasto, uma vez identificada a constituição da parentalidade socioafetiva entre eles, como o fez o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em trecho da decisão aqui transcrita, proferida em Acórdão unânime da 2ª Câmara de Direito Civil, em Agravo de Instrumento (AgInstr. 2012.073749-3), tendo como relator, o Des. João Batista Góes Ulysséa, em 14.2.13:

[...] ALIMENTOS À ENTEADA. POSSIBILIDADE. VÍNCULO SOCIOAFETIVO DEMONSTRADO. PARENTESCO POR AFINIDADE. FORTE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA OBSERVADA. QUANTUM ARBITRADO COMPATÍVEL COM AS NECESSIDADES E AS POSSIBILIDADES DAS PARTES. Comprovado o vínculo socioafetivo e a forte dependência financeira entre padrasto e a menor, impõe-se a fixação de alimentos em prol do dever contido no art. 1.694 do Código Civil. Demonstrada a compatibilidade do montante arbitrado com a necessidade das Alimentadas e a possibilidade do Alimentante, em especial os sinais exteriores de riqueza em razão do elevado padrão de vida deste, não há que se falar em minoração da verba alimentar. [...].

Pelo que se depreende do voto do relator e de informações que circularam na imprensa, obtidas por meio de entrevistas concedidas pela mãe biológica da adolescente e a juíza que decidiu o pleito, em primeira instância de julgamento²⁹⁶, tem-se que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina estabeleceu a obrigação de prestar alimentos a um engenheiro em favor da filha de sua ex-companheira, com quem conviveu por dez anos. De acordo com o que consta dos autos, o padrasto sempre arcou com as despesas da enteada, incluindo colégio particular, alimentação, viagens e presentes, desde que ela contava com seis anos de idade. Sua presença sempre representou, para a enteada, a figura paterna.

²⁹⁶ Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/justica-manda-padrasto-pagar-pensao-a-enteada-2c4ftg2ufb84qiml7gbnl7h3i>) Acesso em: 10/07/2015.

Sua participação no cotidiano e na vida afetiva da enteada incluía a participação em datas comemorativas, como o Dia dos Pais, quando era ele quem recebia os presentes e as homenagens que ela destinava àquele a quem ela reconhecia como “pai”, (a despeito de ter um pai biológico). A dependência econômica da ex-companheira e da enteada restou comprovada pela declaração de ambas como dependentes ao Imposto de Renda do padrasto. Consta ainda que a jovem (enteada) recebe pensão alimentícia do pai biológico, no valor de um salário mínimo. Na decisão de primeira instância, na comarca de São José, a juíza Adriana Mendes Bertoncini, da 1.^a Vara de Família de São José, entendeu que "mesmo que a menor receba tal auxílio, nada impede que, pelo elo afetivo existente entre ela e o requerido, este continue a contribuir financeiramente para suas necessidades básicas". A decisão foi mantida pelo Tribunal, que reforçou o reconhecimento da existência de vínculos socioafetivos entre o padrasto e a madrastra.

Fácil, na situação apresentada nesse caso do Tribunal de Santa Catarina, a identificação dos elementos caracterizadores da parentalidade, pela exteriorização das condutas entre enteada e padrasto que externalizavam o *status* de filiação e a notória prática das funções parentais que dão substrato à constatação da parentalidade socioafetiva entre eles. Vale ressaltar a decisão da juíza, por fazer compartilhar entre o pai biológico e o padrasto (pai socioafetivo) a responsabilidade pelo sustento da adolescente, determinando o pagamento de pensão alimentícia pelo padrasto, mesmo já recebendo a adolescente verba alimentar de seu genitor, considerada insuficiente para satisfazer-lhe as necessidades básicas, em perfeita atenção ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Essa decisão de Santa Catarina reconheceu a multiparentalidade entre o pai biológico e o padrasto da enteada, sem contudo impor ao padrasto todos os efeitos dela decorrentes, uma vez que a ação intentada judicialmente visou apenas ao reconhecimento do direito a alimentos, sem que houvesse pedido formulado em relação a ampliação dos efeitos para o registro civil.

Em outra decisão tomada, também, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não foi imposto ao padrasto o dever de prestar a alimentos a seu enteado. Observe-se a ementa da decisão proferida em Agravo de Instrumento (AI n. 2007.060599-7), tendo como relator, o Des. Newton Janke, em 8-5-2008:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. ROMPIMENTO. ENTEADO. PRETENSÃO AOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS. DEVER ALIMENTAR. OBRIGAÇÃO RECAÍDA PRIMEIRAMENTE AOS PAIS. AMPLIAÇÃO DO DEVER DE ALIMENTOS VEDADO. DECISÃO INDEFERITÓRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. A obrigação de prestar alimentos decorre da relação de parentesco ou de guarda. Não se po-

de impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo

Extrai-se do voto do relator que a agravante manteve união estável com o agravado durante dezessete anos, levando para esse convívio um filho, que atualmente conta 18 anos de idade, fruto de um relacionamento anterior com o irmão do agravado. O padrasto, é portanto, tio do adolescente. Consta dos autos que a partir do instante em que a agravante passou a conviver com o agravado, este por afeição ao menino, arcou com os custos do seu sustento.

De acordo com o relator, não obstante possa se deduzir a existência de uma efetiva convivência entre o enteado e o padrasto, não há reconhecimento claro da existência de uma paternidade socioafetiva, enquanto pode-se verificar a existência da paternidade biológica íntegra entre o filho da agravante e seu genitor, que arca com a pensão alimentícia a ele destinado, mensalmente. Segundo o relator, para consolidação da parentalidade socioafetiva entre o padrasto e o enteado, o agravado deveria ter admitido o enteado como filho e ser reconhecido perante a sociedade como "pai", o que não aconteceu, apesar dos dezessete anos de convivência. E sob este fundamento, a obrigação de prestar alimentos foi negada e a decisão confirmada pelo Tribunal.

As decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina são coerentes entre si e refletem o entendimento de que a obrigação de prestar alimentos ao enteado, pelo padrasto ou madrasta, decorre da constatação da relação de parentalidade socioafetiva estabelecida entre eles e não como resultado do vínculo de afinidade. Embora reconhecida a afetividade na relação entre o padrasto e o enteado, na segunda decisão não foi ela suficiente para determinar a obrigação alimentar, porque não qualificada pelos demais elementos constitutivos da parentalidade socioafetiva (nome, trato e fama) e pela ausência, no convívio familiar, do exercício das funções parentais. É nesse sentido que o Enunciado n. 341 da do CJF/STJ (2012, p. 55) estabelece que “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”. Levando em consideração esse viés interpretativo, subsume-se que o padrasto ou a madrasta podem ser responsáveis pelo sustento do enteado, desde que se comprove a existência de vínculo socioafetivo entre eles caracterizador da posse de estado de filho e formador do parentesco socioafetivo. Inexistente o vínculo, não há que se falar em responsabilidade por verba alimentar em decorrência unicamente da relação de afinidade.

Além da repercussão alimentar, da relação entre padrastos, madrastas e enteados, nas famílias neoconfiguradas podem advir outros efeitos jurídicos em função do reconhecimento do estabelecimento de vínculos de parentalidade socioafetiva entre eles, a exemplo do direito

de guarda do menor²⁹⁷. “A guarda dos filhos menores é atributo do poder familiar”, nas letras de Venosa (2013, p. 290) e deverá ser compartilhada entre os pais, nas hipóteses de separação (para a união estável) ou divórcio. Na impossibilidade de que isso ocorra deve ser atribuída unilateralmente, por força do art. 1.583, § 2º do Código Civil, “a quem revelar melhores condições para exercê-la”, compreendidas essas condições, objetivamente, como aptidão para propiciar aos filhos os fatores (afeto nas relações com o genitor e a família; saúde, segurança e educação) enumerados nos incisos I a III do mesmo artigo. Nesse sentido, vale a análise da decisão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, que concedeu à madrasta a guarda do filho de seu ex-marido, em Apelação Cível (Ap. Civ. 200.2010.003876-5.001), tendo como relator, o Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, em 28.6.2012, a seguir transcrita:

Guarda de menor. Direito de Família. Mãe afetiva e pai biológico. Litígio. Interesse e vontade do adolescente de permanecer com a mãe afetiva. Prevalência. Direito paterno de visitas. Semanal e em período de férias. Fixação. Necessidade. Laços afetivos que devem ser mantidos. Ratificação da sentença. Desprovisionamento de ambos os recursos.

Nessa decisão, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba decidiu pela guarda do filho do seu ex-marido à madrasta. De acordo com o relator do recurso, a atribuição da guarda levou em conta as relações de afinidade e afetividade, como prevê o artigo 1.584 do Código Civil. A madrasta (mãe socioafetiva) era um amor do passado do pai, que depois da morte da sua mulher e mãe biológica da criança, iniciaram um relacionamento, em que os três viveram juntos por nove anos.

Pelo que consta dos autos, a criança adotou a madrasta como mãe. Hoje, com 14 anos de idade, durante a instrução do processo, o adolescente manifestou espontânea e expressamente ao juiz e ao promotor que preferia ficar com a madrasta. Na sentença, o juiz da 4ª Vara da Família de João Pessoa, de acordo com o estudo psicossocial apresentado, constatou que a madrasta mostrou ter equilíbrio emocional, educacional e afetivo para cuidar da criança, tendo assumido “o amor e a responsabilidade de verdadeira mãe”, nas palavras do juiz. No recurso interposto ao Tribunal de Justiça, o pai reclamou a guarda do filho, com base na ligação biológica entre eles. A 4ª Câmara Cível manteve integralmente a sentença, entendendo os

²⁹⁷ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, em acórdão unânime da 7ª Turma Cível atribuiu a guarda de menor ao padrasto, com o pai biológico ausente e a mãe em pleno exercício do poder familiar, sem afastar a guarda materna. (TJ/RS, Ac. Unân. 7ª Câ. Civ. ApCiv. 70015987100 – comarca de Santiago, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 23.8.06).

desembargadores que sempre deve prevalecer o interesse da criança, independentemente dos laços biológicos, fazendo constar do já referido acórdão o seguinte texto:

Muito embora o menor não tenha sido gerado pela requerente, inexistindo, portanto, cordão umbilical do seu ventre com a criança, a própria vida se encarregou de lhe dar aquele cordão, surgindo o vínculo no dia a dia, afetiva e efetivamente, fortalecido na transmissão de convivência, segurança, carinho, acompanhamento, responsabilidade, renúncia e, acima de tudo, verdadeiro amor maternal (PARAÍBA 4ª Câmara Cível, 2012).

A decisão da Paraíba atribuiu a guarda à madrasta e reconheceu que o fortalecimento do vínculo afetivo entre eles se deu pela convivência, carinho e segurança, destacando, em especial, o desempenho do papel parental de mãe pela madrasta, assim como a participação do filho para a construção do vínculo de parentalidade, adotando-a como mãe. Esses fatores foram capazes de fazer o juiz e o tribunal reconhecer o vínculo socioafetivo e expandir os efeitos decorrentes do poder parental (no caso, a guarda do adolescente) à madrasta, pelo reconhecimento da parentalidade socioafetiva que com ela se constituiu.

Assim como os tribunais brasileiros já se posicionaram acerca da guarda e prestação de alimentos entre padrastos, madrastas e enteados, também já foi analisado pedido de regulamentação de visitas²⁹⁸, regulado pelo art. 1.589 do Código Civil, em favor do padrasto. Em atenção ao que dispõe o art. 1.589, “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”, estendendo-se esse direito a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente, na forma do parágrafo único do mesmo artigo. A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ampliou a interpretação ao art. 1.589 para regulamentar as visitas em favor do padrasto, em julgamento à Apelação Cível Nº 70002319580, tendo como relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, em 16/05/2001, nos seguintes termos:

²⁹⁸ Nesse sentido, decidiu o Tribunal do Rio Grande do Sul. Ementa: “AGRAVO EM EXECUÇÃO MINISTERIAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE VISITA DE ENTEADOS MENORES DE IDADE DEFERIDO. DECISÃO RECORRIDA QUE RECONHECEU A EXISTÊNCIA DO VÍNCULO AFETIVO ENTRE AS CRIANÇAS E O APENADO. A TENRA IDADE NÃO SUSTENTA O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE VISITA, QUANDO HOVER VÍNCULO AFETIVO ENTRE ENTEADOS E PADRASTO, SOB PENA DE OFENSA AO DIREITO DO APENADO E DOS INFANTES AO CONVÍVIO FAMILIAR. AGRAVANTE QUE NÃO LOGROU DESAUTORIZAR O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO AFETIVO. PRUDENTE ARBITRIO JUDICIAL QUE VAI PRESTIGIADO. Recurso desprovido”. (Agravo Nº 70053177770, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 21/11/2013, publicado em 11/12/2013). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=direito+de+visitas+avoenga>. Acesso em 18/04/2015.

PEDIDO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E OFERTA DE ALIMENTOS EFETUADO POR PADRASTO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Na atualidade, onde a família é vista como uma união de afetos direcionada à realização plena e à felicidade de seus integrantes, e não mais como mero núcleo de produção, reprodução e transferência de patrimônio, como o era até o início do século XX, a pretensão aqui deduzida não deve ser liminarmente rejeitada, sem, ao menos ensejar-se dilação probatória, que permita verificar se, sob o ponto de vista do melhor interesse da adolescente - que deve sobrelevar a qualquer outro - há ou não conveniência no estabelecimento da visita pretendida. PROVERAM. UNÂNIME.

Pelo princípio da convivência familiar, interpretado de forma sistemática com o princípio da afetividade, o da pluralidade de formas de família, e o do melhor interesse da criança e do adolescente, infere-se a possibilidade de se garantir a padrastos e madrastas o direito à convivência com os enteados, mesmo após a ruptura da relação conjugal que instituiu essa relação, uma vez reconhecida a afetividade que a justifique. Foi esse o sentido que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acolheu em sua decisão.

Com o objetivo de regular o direito de visita às pessoas ligadas entre si pela afinidade, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei (PL 699/2011) apresentado pelo deputado Ricardo Fiuza, em 2002, sob n. 6.960/02, em discussão na Câmara dos Deputados que propõe alteração ao art. 1.589 do Código Civil para assegurar o direito de visita a parentes em geral, inclusive os afins, “com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade”. A expressão que se encontra no final da redação proposta ao artigo sinaliza para a constatação de que é a socioafetividade que fundamenta a determinação do direito de visitas que pode se estender aos padrastos e madrastas, por força dos laços de afetividade construídos entre eles.

E isso se justifica, porque o fundamento para a concessão de direitos alimentares, de visitas ou para a atribuição da guarda, nas hipóteses que envolvem as relações parentais entre padrasto, madrastas e enteados, não reside no vínculo jurídico da afinidade, mas na constituição de vínculos fáticos de parentalidade, que podem se tornar jurídicos, se estabelecidos pelo afeto, pelo cuidado e pelo exercício das funções parentais, capazes de constituir padrastos, madrastas e enteados em pais e filhos, no universo familiar e social que os rodeia.

4.2 A multiparentalidade como expressão da possibilidade de coexistência entre o parentesco natural e socioafetivo, nas famílias neoconfiguradas

O reconhecimento jurídico da multiparentalidade reflete o fato social característico da atual conjuntura social, em suas “diversas modalidades de família, e, em especial, a família

reconstituída ou recomposta, decorrente do número crescente de divórcios que acometem os casais, levando assim à convivência dos filhos com seus padrastos e madrastas”, nas palavras de Maluf; Maluf (2014, p. 124).

A situação é nova e pode causar estranheza que uma pessoa “tenha, reconhecidos juridicamente, mais de um pai, mais de uma mãe ou até mesmo dois pais e duas mães concomitantemente”, destaca Póvoas (2012, p. 86), por não ser comum, no universo das relações interpessoais calcadas nos paradigmas da família tradicional, dentre eles a monoparentalidade. As dificuldades para o reconhecimento da multiparentalidade apresentam-se como resultado da ausência de regras que definam os papéis e os lugares do padrasto, da madrasta e dos enteados, nas famílias neoconfiguradas, como observa Costa (2008, p. 22).

Refletindo sobre essa afirmação, convém indagar: a institucionalização ou a regulamentação legal dessas entidades familiares ou a atribuição de deveres e responsabilidades a cada um de seus membros será suficiente para contemplar, ainda que de forma abstrata, a variedade/multiplicidade e complexidade das relações entre padrastos, madrastas e enteado, e resolver demandas que advêm do convívio social e afetivo entre eles, nessa configuração familiar ?

A resposta é não. Entenda-se, também, que a ausência de regras jurídicas não representa o reconhecimento de um impasse jurídico acerca da filiação afetiva, nem a falta de reconhecimento ou ausência de tutela estatal a essas relações de parentalidade. O Estado se faz presente por meio de seus magistrados (representantes do Poder Judiciário), que “são chamados a esclarecer, integrar, plasmar, transformar e produzir o direito, o que não significa que sejam legisladores, mas aplicadores da jurisdição constitucional, que compreende a tridimensionalidade humana com base na principiologia constitucional”, segundo Welter (2009, p. 64).

Percebe-se, ainda, que não há como regular ou normatizar todos os aspectos da vida em família e em sociedade, nem aqueles relativos às famílias neoconfiguradas, que podem se manifestar por meio de variadas formas de convívio. É possível, inclusive, que as relações familiares entre padrastos, madrastas e enteado não extrapolem os limites do parentesco por afinidade, por vontade das pessoas envolvidas, não ensejando, assim, a formação de vínculos socioafetivos, muito menos de multiparentalidade. É preciso deixar ao Estado-juiz o poder/dever de interpretar a norma jurídica de forma a atender às demandas individuais que envolvem as famílias neoconfiguradas, com os olhos voltados ao mundo dos fatos, à vida em sociedade e seus valores culturais.

Talvez o regramento legal com a previsão, ainda que enumerativa, dos elementos caracterizadores do estado de filiação, assim como o fez o direito francês, possa facilitar o reco-

nhecimento da parentalidade socioafetiva nessas famílias. Por outro lado, a atribuição de responsabilidades e deveres aos padrastos e madrastas, por lei, pode trazer dificuldades e limitações aos membros da família neoconfigurada, em razão da diversidade de “lugares” que o padrasto ou a madrasta podem ocupar no espaço familiar, variando os deveres e responsabilidades, na medida em que esses lugares representem funções ou papéis parentais. Além disso, os lugares, papéis e funções podem se alterar ao longo da convivência familiar, sem que se possa prever ou regular essas modificações.

A lei pode contribuir facilitando o reconhecimento da multiparentalidade entre os pais consanguíneos e socioafetivos, por meio do assentamento em registro civil de nascimento, para que, a partir daí, as responsabilidades e deveres entre os membros das famílias neoconfiguradas se equiparem a aqueles decorrentes do parentesco biológico, igualando-se a filiação socioafetiva à biológica, no sentido do princípio da unidade da filiação, da igualdade, da afetividade, da solidariedade, na promoção da dignidade da pessoa humana.

Por vezes, há regulamentação legal acerca de algumas situações que envolvem a parentalidade nas famílias neoconfiguradas, mas está inadequada para dar resposta aos problemas enfrentados por essa configuração familiar, face a sua especificidade. É o caso do art. 1.636 do Código Civil, que regula o poder parental nas famílias neoconfiguradas. Estabelece o artigo:

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Pelo que dispõe o art. 1.636 do Código Civil, padrastos e madrastas estão impedidos de exercer qualquer influência na criação e educação dos enteados, por estarem eles submetidos ao poder parental exercido pelos pais biológicos. Poderia a lei ter se limitado a garantir o exercício do poder parental aos genitores não guardiões (aqueles que não detém a guarda do filho). Restringir a participação dos padrastos e madrastas na criação, educação e assistência dos enteados é uma incoerência, uma vez que representa impor limites às relações fáticas e à afetividade. Como pode a lei impedir que padrastos e madrastas, que convivem com seus enteados, participem de suas vidas? Como pode a lei, estabelecer restrições para as relações entre os membros da família neoconfigurada, quando ela se constitui no sentido de unir pessoas, por vínculos de afeto, para que possam colaborar mutuamente, no desenvolvimento pessoal de

cada um? Além de inadequada a regular o poder parental, nas famílias neoconfiguradas, a norma legal prevista neste artigo mostra-se desconectada da noção plural de família da contemporaneidade, presa, ainda, ao paradigma anterior de família.

A falta de clareza na definição e distribuição das funções ou papéis parentais entre pais biológicos, padrastos, madrastas e enteados nas famílias neoconfiguradas não é empecilho para que os padrastos e madrastas participem da criação e educação de seus enteados, quando assim permitir a cultura familiar, dedicando-lhes amor e serviço. Até porque há que se perguntar: É possível, à lei, regular, a esse nível de minúcias, as atribuições do dia a dia que competem a pais naturais e socioafetivos? O risco da enumeração se tornar inócua seria enorme diante da diversidade de maneiras de expressão da parentalidade.

Há situações em que o padrasto ou a madrasta assumem esses papéis ou funções, de forma plena, quando verificado o falecimento ou o abandono afetivo, por parte do genitor não guardião. Em outras situações, verifica-se o compartilhamento das funções parentais entre o genitor não guardião e o padrasto ou a madrasta, conforme observam Teixeira; Rodrigues (2010, p. 197):

[...] hoje se vislumbra a possibilidade de, mesmo o genitor biológico sendo presente, existir um compartilhamento das funções parentais, ou dos deveres inerentes à autoridade parental. Tal conduta externalizada espontaneamente, consubstanciada no dever de criar, educar e assistir, pode ser fonte da socioafetividade, que gera efeitos jurídicos e responsabilidade parental, por ser nova modalidade de parentesco, presente na cláusula geral de parentesco por outra origem que não a biológica, prevista no art. 1.593 do Código Civil.

Diante da análise dos autores, fica destacada a inadequação da lei que não poderia limitar o exercício da parentalidade, que se expressa nas dimensões do cuidado e assistência às crianças e adolescentes por seus padrastos/madrastas, quando efetivamente desempenham eles funções parentais e se revelam importantes na contribuição para a formação da personalidade e desenvolvimento de seus enteados. O direito não pode impedir que esse fenômeno familiar e social ocorra por força de um dispositivo legal, que se revela inadequado e excludente. Também não pode negar reconhecimento e tutela à multiparentalidade, ignorando-a, como fato social e jurídico, sob pena de cometer, como ponderam Teixeira; Rodrigues (2010, p. 201) “explícita agressão ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que, nessas situações prescinde da convivência com todas essas figuras, e que deve ser, portanto, tutelada amplamente pela ordem jurídica”. Ainda destacam, os autores (p. 202):

Não se trata aqui de relações excludentes ou mutuamente impeditivas, mas complementares. O paradigma plural contemporâneo abandonou a perspectiva de exclusão; agora, trata-se da multiplicidade de papéis que são todos cabíveis em uma relação parental, mesmo que trate de paternidade e/ou maternidade. Ressalte-se que tal fenômeno já é corriqueiro na prática. Cabe ao Direito, então, jurisdicizá-lo, em nome da tutela do menor, que deve ser qualitativamente especial, já que “está em jogo” a estruturação de sua personalidade, seu crescimento saudável e a proteção a seus direitos fundamentais.

Na tentativa de buscar um regramento legal mais apropriado à tutela da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, o projeto de lei denominado Estatuto das Famílias (2007, p. 48-49) apresenta proposta mais condizente com os princípios jurídicos do Direito de Família. Eis a proposta:

Art. 91. Constituindo os pais nova entidade familiar, os direitos e deveres decorrentes da autoridade parental são exercidos com a colaboração do novo cônjuge ou convivente ou parceiro.

Parágrafo único. Cada cônjuge, convivente ou parceiro deve colaborar de modo apropriado no exercício da autoridade parental, em relação aos filhos do outro, e representá-lo quando as circunstâncias o exigirem.

Pela proposta apresentada pelo projeto de Estatuto das Famílias, corrige-se o equívoco no tratamento jurídico dispensado às famílias neoconfiguradas, no que diz respeito ao exercício do poder parental, pelo art. 1.636 do Código Civil. No referido projeto de lei, a multiparentalidade é tratada em consonância com os paradigmas e princípios contemporâneos que informam e devem permear as regras jurídicas atinentes ao Direito de Família na contemporaneidade, especialmente com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade familiar, da afetividade, da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, na medida em, que permite o compartilhamento das funções parentais entre genitores e pais socioafetivos, em colaboração recíproca para o desenvolvimento pleno das crianças e adolescentes.

Na forma do art. 91 do Estatuto das Famílias, tanto os pais genéticos como os padrastos e madrastas que, com eles, compartilham os papéis e funções parentais ficarão (caso aprovado, o projeto de lei) submetidos às regras dos arts. 1.637²⁹⁹ e 1.638³⁰⁰ do Código Civil que

²⁹⁹ Assim estabelecem, o art. 1. 637 e seu parágrafo único do Código Civil:

Art. 1.637. “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”.

Parágrafo único. “Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irreversível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”.

normatizam a suspensão e a perda do poder familiar e impõem penas às hipóteses de abuso de autoridade decorrente do exercício do poder parental.

O direito germânico criou a figura do Pequeno Pátrio Poder para regular as relações entre padrastos, madrastas e enteados, no campo das famílias neoconfiguradas, ampliando o poder parental para além dos genitores para conceder a titularidade e exercício desse poder aos padrastos e madrastas³⁰¹. Entretanto, o tratamento alemão peca por estabelecer distinções entre o poder parental destinado aos pais e aquele que compete aos padrastos e madrastas, considerados colaboradores ou auxiliares dos pais genéticos, o que restringe a autonomia da formação de vínculos de socioafetividade, como observam Teixeira; Rodrigues (2010, p. 207).

O melhor caminho a seguir parece ser aquele preconizado pelo art. 91 do Estatuto das Famílias, por reconhecer o importante papel que pais genéticos, padrastos e madrastas desempenham como referenciais para a formação da personalidade das crianças e adolescentes, nas famílias neoconfiguradas, compartilhando, entre eles, os deveres e responsabilidades decorrentes do exercício e abuso da autoridade parental, sempre no sentido de buscar a proteção integral das crianças e adolescentes, como analisam Teixeira; Rodrigues (2010, p. 204):

Ignorar o fenômeno da multiparentalidade pode representar agressão a direitos fundamentais da criança e do adolescente, por lhes suprimir convivência familiar, assistência moral e material em relação àqueles que se responsabilizaram faticamente pela prática de condutas típicas da tríade criar, educar e assistir. E não fazê-lo, apenas pelo aprisionamento a um paradigma codificado anterior, não é razão suficiente para ilidir a diretriz constitucional de ampla tutela dos menores.

Assim como se entende que não é conveniente a existência de lei específica para o reconhecimento da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, a ausência de previsão

³⁰⁰ Estabelece, o art. 1.638 do Código Civil: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

³⁰¹ Art. 1687b do BGB. - Poderes de guarda do cônjuge:

(1) O cônjuge de um dos pais que tem a guarda e que não é um dos pais da criança, tem o direito da codificação nos assuntos diários da criança, o qual tem que exercer em consentimento com o pai (mãe) que tem a guarda parental.

(2) Em casos urgentes, o esposo tem o direito de agir como for necessário para o bem da criança; ele tem que informar imediatamente o pai que tem o pátrio poder.

(3) O juiz familiar pode limitar ou excluir os direitos segundo o parágrafo primeiro, quando for necessário para o bem da criança.

(4) Os poderes-direitos segundo o parágrafo primeiro não existem quando os cônjuges vivem temporariamente separados (TEIXEIRA E RODRIGUES, 2010, p. 206).

legal não é justificativa para se negar o reconhecimento de sua existência, sob pena de grave desrespeito aos princípios constitucionais da pluralidade dos arranjos familiares, da dignidade da pessoa humana, da convivência familiar, da afetividade, do melhor interesse e proteção integral da criança e do adolescente. Convém lembrar que o art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657, de 04/09/1942, com redação atualizada pela Lei n. 12.376/2010 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LIND), prevê que, em caso de omissão da lei, o juiz deverá decidir o caso com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito. Portanto, a ausência de lei específica não pode ser justificativa para o desconhecimento da multiparentalidade como realidade social e jurídica.

Foi com essa convicção que o juiz da 2ª Vara de Família, Fernando Nóbrega Silva, da comarca de Rio Branco, estado do Acre, em 24 de junho de 2014, nos autos n. 0711965-73.2013.8.01.0001 da Ação para Homologação de Transação Judicial, que nominaram de Acordo de Reconhecimento de Paternidade c/c Anulação de Registro e Fixação de Alimentos, realizada na Defensoria Pública do estado do Acre, fundamentou sua sentença e reconheceu a coexistência da paternidade biológica e socioafetiva da menor e de todos os efeitos jurídicos, dela decorrente. Ele contrariou o parecer emitido pelo Ministério Público nos autos do processo, que se posicionou pela não homologação do acordo, por inexistência de previsão legal, conforme trecho extraído da sentença:

A ausência de previsão legal não constitui obstáculo intransponível ao reconhecimento da multiparentalidade, e não há que se falar em vedação implícita sem flagrante e grave colisão com os princípios constitucionais da pluralidade dos arranjos familiares, dignidade da pessoa humana, da busca da felicidade, da prioridade absoluta e proteção integral da criança e do adolescente. Nesse aspecto, convém lembrar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942, na redação conferida pela Lei nº 12.376, de 2010, prevê em seu art. 4º, que “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. É válido destacar, ainda, que a omissão legislativa não impediu o Poder Judiciário de reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar (STF: ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF), a possibilidade de adoção por casal homoafetivo (STJ: REsp nº 1.281.093/SP), nem mesmo o casamento por pessoas do mesmo sexo (STJ: REsp nº 1.183.378/RS. CNJ: Resolução nº 175/2013). O mesmo raciocínio utilizado pelo STJ para reconhecer a possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo deve ser empregado para admitir a multiparentalidade.

Na sentença acreana, o juiz destacou que, a despeito da omissão legislativa, o STF reconheceu a possibilidade de adoção por casal homoafetivo, assim como a possibilidade de

união estável e casamento entre pessoas do mesmo sexo, pugnando pela utilização da mesma linha interpretativa empregada para essas decisões para o reconhecimento da multiparentalidade.

Baseado nos fatos que restaram comprovados nos autos, o juiz concluiu que a adolescente foi registrada pelo pai socioafetivo (que não é seu genitor) e que, por ele foi “acolhida em seus braços e no coração como filha”. Comprovou-se que o pai socioafetivo educou-a e contribuiu decisivamente para a construção de seus valores éticos e morais, assistindo-lhe afetiva e materialmente nos momentos em que mais necessitava de carinho, proteção e amor incondicional. “Ele a escolheu livremente como filha e ela o recebeu como pai, situação que permanece até os dias atuais”, nas palavras do magistrado. O exame de DNA atribuiu a outro homem a paternidade biológica e o pai genético deseja ver reconhecido seu vínculo de paternidade, porém sem desfazer os laços de amor e solidariedade que constituíram o elo afetivo entre sua filha e o pai registral. Ponderou o juiz, sobre os fatos, contextualizando sua fundamentação com o universo das famílias pluriparentais e multifacetadas da contemporaneidade, como se observa do exame desse trecho da já referida decisão:

Não havendo inexorável vinculação entre a função parental e a ascendência genética, mas concretizando-se a paternidade atividade voltada à realização plena da criança e do adolescente, não se pode conceber como legítima a recusa da multiparentalidade. Basta ver que a família contemporânea é mosaico e, portanto, baseia-se na adoção de um explícito poliformismo, em que arranjos pluriparentais, plurívocos, multifacetados, pluralísticos, são igualmente aptos a constituir um núcleo familiar, merecendo “especial proteção do Estado”, como resulta do próprio art. 226, da CF/88.

O juiz acreano determinou a expedição de mandado de averbação ao registro civil para averbar o nome do genitor e avós biológicos no assento de nascimento da adolescente, concomitantemente com a paternidade registral e socioafetiva, mantendo-se inalterado o nome da adolescente. A decisão do juiz de Rio Branco indica o caminho interpretativo possível para a admissão da multiparentalidade no âmbito do direito de família contemporâneo, reconhecendo que a ausência de previsão legal não pode impedir o juiz de promover a pacificação social, com base na analogia em relação à parentalidade natural, com os costumes consagrados na sociedade contemporânea das famílias pós-divórcio e nos princípios da igualdade, da solidariedade, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

No mesmo sentido, entendendo que a ausência de previsão legal expressa não constitui óbice ao reconhecimento da multiparentalidade, a Oitava Câmara Cível do Tribunal do estado do Rio Grande do Sul, em 12 de fevereiro deste ano (2015), em Apelação Cível Nº

70062692876, tendo como relator, o Des. José Pedro de Oliveira Eckert, se posicionou pela afirmação registral da multiparentalidade, analisando uma situação concreta em que um casal homoafetivo (Ester e Marta) e Procópio³⁰², amigo de longa data do casal, se prepararam, com a ajuda de um psiquiatra, para a realização de um sonho parental que se concretizou com o nascimento de Isalda, filha biológica de Procópio e Marta, com a participação dos seis avós no registro civil. A sentença de primeiro grau, que entendeu ser juridicamente impossível o pedido, foi reformada pelo Tribunal gaúcho, tendo como fundamento, o fato de que “não há no ordenamento jurídico regra que proíba a inserção de duas mães e um pai no registro de nascimento de uma pessoa natural”, no entendimento do relator, José Pedro O. Eckert, para quem, “Há sim uma lacuna legislativa, em relação à situação fática delineada nos autos, que o Poder Judiciário é chamado a solucionar, sob pena de omissão da tarefa da prestação jurisdicional, haja vista que a ausência de lei não justifica o não julgamento do objeto do pedido da parte”. A ementa da decisão assim evidencia o entendimento do tribunal gaúcho:

APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE MULTIPARENTALIDADE. REGISTRO CIVIL. DUPLA MATERNIDADE E PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO DESDE LOGO DO MÉRITO. APLICAÇÃO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. A ausência de lei para regência de novos - e cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da "legalidade", "tipicidade e especialidade", que norteiam os "Registros Públicos", com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF), "objetivos e princípios fundamentais" decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infra-constitucionais, tal como a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da" multiparentalidade ", com a publicidade decorrente do

³⁰² Foram atribuídos, aqui, nomes fictícios para garantia da privacidade das pessoas

registro público de nascimento. DERAM PROVIMENTO. (SEGREDO DE JUSTIÇA). (Grifos do autor).

Destaca-se do voto do relator José Pedro Oliveira Eckert a análise da multiparentalidade no cenário das muitas “possibilidades de relacionamento interpessoal, decorrente da complexidade da natureza humana”, nas suas palavras. Para o relator, “não raro, o fato social ocorre muito antes da previsão legislativa”, o que não quer dizer que “a ausência de lei para regência de novos - e cada vez mais ocorrentes - fatos sociais, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido”, ressaltando a relevância da aplicação dos princípios constitucionais que informam o Direito de Família na interpretação das regras já positivadas, especialmente aquelas referentes aos Registros Públicos. O desembargador assim analisou:

Dito isso, a aplicação dos princípios da “*legalidade*”, “*tipicidade*” e “*especialidade*”, que norteiam os “Registros Públicos”, com legislação originária pré-constitucional (Lei 6.015/73), deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios Constitucionais vigentes, notadamente a *promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação* (artigo 3, IV da CF/88), bem como a *proibição de designações discriminatórias relativas à filiação* (artigo 227, § 6º, CF), “objetivos e princípios fundamentais” esses, decorrentes do princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana*. (Grifos do autor)

A decisão gaúcha ganha relevo ao aplicar, no julgamento da questão, a interpretação sistemática dos princípios da proteção integral, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e o que chamou de “fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal” (como lhe faculta a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), levando em consideração que o caráter biológico não é critério exclusivo na formação dos vínculos familiares e de filiação, ao decidir pela multiparentalidade.

Como exemplo da tendência jurisprudencial³⁰³ que se constrói, pela adoção da multiparentalidade, tem-se a decisão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do

³⁰³ Alguns juízes, a exemplo do magistrado da comarca de Rio Branco, no Acre e tribunais estaduais já decidiram pelo reconhecimento da multiparentalidade, com a produção de seus efeitos jurídicos e determinando a averbação dos múltiplos vínculos parentais no registro civil. Dentre as primeiras decisões nesse sentido, que ganharam repercussão na literatura jurídica nacional, destacam-se aquelas tomadas nos estados de: a) Rio Grande do Sul, Comarca de Santana do Livramento, n do processo não disponibilizado, juíza de direito Carine Labre, j. 08/05/2014; b) Rio Grande do Sul, Comarca de Osório, Proc. 059/1.13.0004644-8, juiz de direito Gilberto Pinto Fontoura, j. 12/09/2014; c) Minas Gerais, Comarca de Nova Lima, n do processo não disponibilizado, juiz Juarez Moraes de Azevedo, j. 17/09/204; d) Acre, Comarca da capital, Rio Branco, proc. 0711965-73.2013.8.01.0001, juiz de direito Fernando Nóbrega da Silva, j. 24/06/2014; e) Distrito Federal, comarca de Sobradinho, proc. 2013.06.1.001874-5, juíza de direito Ana Maria Gonçalves Louzada, j. 06/06/2014; f) Minas Gerais, comarca da

Rio Grande do Sul, em Apelação Cível Nº 70029363918, que teve como relator, o Des. Cláudio Fidelis Faccenda, proferida em 07/05/2009, que concluiu pela possibilidade do reconhecimento da paternidade biológica da filha, quando já estava assentada a paternidade socioafetiva em nome de outra pessoa, determinando a inserção, no registro civil de nascimento, da paternidade genética, sem desconstituir a socioafetiva pré-estabelecida, entendendo pela possibilidade de convivência harmônica entre as duas paternidades, com a produção de iguais efeitos entre as duas, sem que uma exclua a outra, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO ATRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica.

Para proferir seu voto, o relator Cláudio Fidelis Faccenda baseou seu entendimento na aplicação da analogia entre a adoção à brasileira (caso *sub judice*) e a adoção prevista na lei, como lhe faculta, conforme já examinado, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. De acordo com o desembargador, se a jurisprudência, em se tratando de filho adotado, consagrou o reconhecimento do estado de filiação como direito que permite ao adotado investigar sua filiação biológica, sem que a decisão final passe necessariamente pela nulidade do registro, o mesmo direito pode ser estendido para o caso analisado. Fundamentou seu voto na Teoria tridimensional do Direito de Família e reconheceu ao filho o direito de saber a sua origem genética, mantendo preservada a filiação socioafetiva, atribuindo os direitos das filiações genética e socioafetiva.

Da mesma forma que a ausência de previsão legal acerca da multiparentalidade exige dos julgadores a interpretação sistemática e a utilização da analogia, costumes e princípios jurídicos para análise e decisão dos casos que lhes são apresentados, observa-se dificuldade

também na identificação do meio processual adequado para se ingressar em juízo com o pedido de reconhecimento da multiparentalidade. Para apuração da multiparentalidade, três caminhos processuais podem ser percorridos. A multiparentalidade pode ser objeto de análise do julgador, por meio do exame da existência da filiação socioafetiva, tanto em ação judicial para investigação da paternidade/maternidade (ação investigatória de paternidade/maternidade), como em ação que vise à desconstituição da filiação registral, contestando-se a sua origem genética ou socioafetiva (ação negatória da paternidade/maternidade), bem como em ação que vise à declaração da existência ou inexistência da parentalidade genética ou socioafetiva (ação declaratória).

Quaisquer dessas ações podem servir de instrumento para se alcançar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade dela decorrente. Entretanto, há distinções processuais entre elas, que merecem ser analisadas, porque acarretam distintas consequências. A ação de investigação de paternidade/maternidade destina-se a obter o reconhecimento judicial de filiação não reconhecida espontaneamente no registro civil de nascimento e tem fundamento no art. 1.606 do Código Civil, que atribui a legitimidade ativa (para propor a ação) da ação investigatória ao filho enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. A ação processa-se nos termos do Código de Processo Civil, assumindo o rito ordinário, na forma dos arts. 282 e seguintes do diploma processual. A ação negatória de paternidade recebe também as denominações de ação de impugnação de paternidade, ação de contestação de paternidade ou ação anulatória de paternidade e visa a contestar a filiação decorrente da presunção legal de paternidade e a anulação do registro civil, como consequência, provando-se o erro ou falsidade das declarações nele contidas (art. 1.604 e 1.608 do Código Civil). Apenas o pai registral pode propor essa ação, na forma do art. 1.601 do Código Civil, que lhe serve de fundamento. A ação declaratória serve para declarar a existência ou inexistência do estado de filiação genética ou socioafetiva e pode ser proposta pelo pai, pela mãe, pelo filho, ou por qualquer pessoa que tenha justo interesse em promover o reconhecimento da filiação socioafetiva ou genética (diversamente da ação investigatória e da anulatória, que só podem ser propostas pelo pai ou pela mãe), mesmo que já exista reconhecida, a parentalidade registral, na forma dos arts. 282 e seguintes do Código de Processo Civil, assumindo rito ordinário.

A ação mais adequada para buscar o reconhecimento da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas seria, portanto, a ação declaratória, uma vez que não tem ela o caráter personalíssimo da ação investigatória ou anulatória, que restringe a legitimidade ativa ao filho (na primeira) ou ao pai e à mãe (na segunda). A ação declaratória é também o instrumento

processual apto à promoção do reconhecimento da multiparentalidade. Nesse sentido, Teixeira; Rodrigues (2010, p. 188) sustentam que “para delimitar a existência de uma relação socioafetiva entre dois ou mais familiares, faz-se necessário o ajuizamento de ação declaratória, na qual deve ser evidenciada, através dos requisitos nome, trato e fama, a posse de estado como meio de prova”.

Mais importante que o apego ao tecnicismo, o importante é garantir o livre acesso ao Judiciário e assegurar o reconhecimento da parentalidade genética ou socioafetiva, como direito da personalidade. Para evitar que a propositura de ação tecnicamente inadequada à pretensão de reconhecimento da parentalidade socioafetiva ou da multiparentalidade dificulte o acesso à justiça, há que se reconhecer a fungibilidade³⁰⁴ em relação a essas ações, evitando-se, assim que petições iniciais deixem de ser apreciadas pelo Judiciário, por carência de ação, uma vez reconhecida a ilegitimidade de parte, na forma do art. 267, VI do Código de Processo Civil³⁰⁵. Cassetari (2014, p. 73) declara:

Acreditamos que o nome não importa, sendo investigatória ou declaratória, deve o magistrado determinar ao julgá-la procedente, a expedição de mandado de averbação endereçado ao Registro Civil para que altere o assento de nascimento, casamento ou óbito, dando publicidade e oponibilidade *erga omnes* dessa parentalidade.

Na defesa pela fungibilidade das ações, Cassetari defende que o reconhecimento da parentalidade genética e/ou socioafetiva pode se fazer, ainda, de forma incidental, por meio de ação de alimentos. Seja qual for o caminho, ou o instrumento processual usado para a garantia do reconhecimento da multiparentalidade, nas famílias neoconfiguradas, deve-se refletir em torno das palavras de Valadares (2010, p. 125), que chama a atenção dos juristas para o fato de que “a disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos; é uma moldura a ser preenchida,

³⁰⁴ A Fungibilidade indica a característica de uma coisa poder ser substituída por outra. Também está presente no sistema recursal, em forma de princípio, para permitir que, no caso concreto, um recurso que deveria ter sido interposto por um tipo específico possa ser acolhido, se o foi, por outro, desde a literatura jurídica ou a jurisprudência oscilem na admissão entre um e outro. A fungibilidade é um princípio aplicado, inicialmente aos recursos, mas que já se estende às medidas cautelares e tutelas de antecipação, assim como às ações possessórias e (porque não?) às ações que buscam a verdade da filiação. Pelo princípio da fungibilidade, pretende-se que o processo que visa à declaração da parentalidade socioafetiva ou à investigação da paternidade ou ainda, à declaração da ascendência genética não se detenha ou deixe de ser avaliado, no tocante ao mérito da questão, por razões formais, aceitando-se ações propostas sob qualquer dessas formas, que for ajuizada.

³⁰⁵ O art. 267 do Código de Processo Civil assim estabelece:

Art. 267. “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos”.

As decisões que envolvem a multiparentalidade se espalham pelo Judiciário e envolvem questões ligadas à adoção à brasileira; à adoção por casais homoafetivos; à barriga de aluguel; às situações que envolvem a reprodução artificial heteróloga e à troca de bebês, nas maternidades. Entretanto, por força do recorte metodológico escolhido para este trabalho, dedica-se atenção à multiparentalidade que se desenvolve entre pais biológicos, padrastos e madrastas, nas famílias neoconfiguradas.

De acordo com informações do noticiário do IBDFAM³⁰⁶, no estado do Rio de Janeiro, a juíza da 15ª Vara de Família da Capital, Maria Aglae Vilaro, concedeu o direito a três irmãos de terem, em seus registros de nascimento, duas mães, a biológica (falecida) e a socioafetiva (a madrasta que os criou). A decisão determinou que fosse acrescentado o nome da madrasta como mãe, mantendo o nome da mãe biológica e acrescentados os nomes dos avós maternos por parte da madrasta. Pela alteração do registro civil, os demais documentos públicos dos irmãos deverão conter o nome do pai e das duas mães.

No estado do Ceará, o juiz auxiliar da 4ª ZJ da comarca de Pereiro, Magno Rocha Thé Mota, decidiu pelo registro simultâneo das paternidades biológica e socioafetiva, fazendo constar do assentamento civil de nascimento a dupla paternidade, e da maternidade biológica, assim como dos ascendentes do pai socioafetivo, em ação proposta pela genitora para anulação do registro civil de nascimento do filho, contestada pelo pai biológico (falecido), em nome do qual foi registrado como filho. Segundo o juiz, “Os fatos demonstram que ambos, o pai biológico e o requerente, exerceram o papel de pai do requerente. O primeiro no ato da concepção e o segundo na sua criação e sustento. Excluir um deles da paternidade significaria privar o requerente do reconhecimento da convivência com Mardônio”. Diante da situação, comprovado que “restou evidente que no caso dos autos há duas filiações, nitidamente estabelecidas, uma biológica e registral e outra socioafetiva. Qual delas deve prevalecer? É possível a dupla paternidade?”, indaga o magistrado cearense, ponderando:

Filiação e parentalidade são temas que não podem ser descritos individualmente. Ambos estão interligados com o invisível cordão umbilical do afeto e do melhor interesse da família. A verdadeira filiação é aquela que emerge da afetividade, independentemente das origens genéticas, não se admitindo qualquer discriminação, de modo que de acordo com a Constituição Federal

³⁰⁶ RJ, Rio de Janeiro – Proc. 0352789-41.2013.8.19.0001, juíza de direito Maria Aglae Tedesco Vilaro, j. 14/11/2013. Disponível em: www.ibdfam.org.br/noticias/5243/TJRJ+reconhece+multiparentalidade. Acesso em 04/07/2015.

são iguais em direitos e em obrigações. O direito ao reconhecimento da MULTIPARENTALIDADE está embasado nos direitos da personalidade, que se visualizam através da imagem que se tem, honra e também privacidade da vida, direitos estes que se revestem essenciais à própria condição humana. (grifos do autor).

Ao decidir a questão, optando pela multiparentalidade, o juiz do Ceará considerou-a “um fenômeno de nossos tempos, da pluralidade de modelos familiares, das famílias reconstituídas, que precisa ser enfrentado também pelo Direito. São situações em que crianças e adolescentes acabam, na vida real, tendo efetivamente dois pais ou duas mães”.

Decisões de juízes singulares e tribunais pelo reconhecimento da multiparentalidade, sem prevalência ou exclusão da parentalidade biológica ou da socioafetiva, confirmam a tendência da literatura jurídica nacional rumo ao reconhecimento da possibilidade de determinação da multiparentalidade no sistema jurídico nacional e refletem a existência desse fenômeno familiar e social que reclama a tutela jurisdicional.

O entendimento do STJ é de que não se pode estabelecer regra absoluta em favor da prevalência de uma espécie de parentalidade em relação à outra (biológica e socioafetiva). Quando já consolidada a parentalidade socioafetiva, pela adoção à brasileira, a melhor solução seria a “convivência e convergência dos dois critérios (biológico e afetivo) para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, que figuram como enteados”, numa relação consolidada, por quarenta anos, como reflete o ministro Marco Buzzi, em outra decisão da Quarta Turma do STJ, em Recurso Especial (REsp 1167993 / RS 2009/0220972-2), que teve como relator, o Ministro Luis Felipe Salomão, proferida em 18/12/2012:

:

Não é possível a anulação de registro civil para constituir novo assento de nascimento em que figurem os pais biológicos, no caso de adoção à brasileira em que a autora somente ajuizou a ação para desconstituir o registro mais de quarenta anos depois de saber que os pais registrais não eram os de sangue, visto que o reconhecimento do vínculo biológico não tem o condão de alterar a verdade familiar consolidada pelos laços afetivos, sendo incontroverso que caracterizada a ciência duradoura do vínculo exclusivo da paternidade socioafetiva em relação aos pais registrais. Não é possível a anulação de registro civil para a constituição de outro em que figurem os pais biológicos, no caso de a autora, adotada à brasileira, saber, desde os 14 anos de idade, que os pais registrais não eram os de sangue, tendo somente movido a ação aludida após mais de quarenta anos de convivência, depois da morte deles, visto que cancelar o registro significaria apagar todo o histórico de vida e a condição social da postulante, resultando em insegurança social e jurídica, já que o vínculo afetivo formado entre a requerente e os pais registrais espelha o real estado de filiação da impugnante, devendo-se, assim, privilegiar a verdade sócio-afetiva frente à biológica. Não há direito à impugnação registral na hipótese de restar configurada a paternidade sócio-afetiva

pela adoção à brasileira, visto que ausente previsão legislativa a amparar o pleito, em face da segurança jurídica, sendo possível, entretanto, à autora exercer, por meio de ação própria, o direito ao conhecimento de sua origem genética, faculdade imprescritível e inalienável de todo ser humano, decorrente do direito da personalidade, que colabora para a manutenção e preservação da vida do interessado, pois possibilita a ele a adoção de medidas profiláticas adequadas para a manutenção de sua saúde. Além disso, a análise desse conflito apresentar-se-ia inócua a este trabalho, na medida em que se perquire sobre a possibilidade de convivência e convergência dos dois critérios (biológico e afetivo) para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, que figuram como enteados, denominados, muitas vezes, por seus padrastos e madrastas, por “filhos do coração”³⁰⁷.

Entende o ministro Marco Buzzi, ser inócua a discussão acerca da prevalência da parentalidade socioafetiva sobre a biológica ou vice-versa, diante do embate entre a parentalidade firmada pela socioafetividade reconhecida pela posse de estado de filho, na adoção à brasileira e o direito fundamental de a pessoa conhecer sua ancestralidade³⁰⁸ (hipótese em exame dos julgados apresentados). Nessa linha de pensamento, investiga-se, neste trabalho, a possibilidade de o registro civil (por que não?) retratar a verdade biológica e socioafetiva, simultaneamente, quando essa for a realidade dos fatos, consolidada pela posse de estado de filho, também nas hipóteses de estabelecimento de relações de parentalidade entre padrastos, madrastas e enteados, nas famílias neoconfiguradas, pela “possibilidade de convivência e convergência dos dois critérios (biológico e afetivo) para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, que figuram como enteados, denominados, muitas vezes, por seus padrastos e madrastas, por ‘filhos do coração’”, como sustenta o ministro.

Entretanto, essa decisão aponta para a necessidade de a literatura jurídica e a jurisprudência saírem do lugar comum do pensamento dualista, que só comporta a existência de

³⁰⁷ Observa-se, no exercício da advocacia na área do Direito de Família que, estabelecidas as relações de parentalidade, por meio de laços sociais e afetivos substancialmente fortes, a designação enteado é abandonada pelos padrastos e madrastas, que preferem se referir a ele como filho, por meio da expressão “filho do coração”, para designar a força do afeto como formadora do laço parental que os une, equiparando-os aos “filhos de sangue”.

³⁰⁸ A ministra do STJ Nancy Andriighi assim se posicionou em relação ao embate entre as parentalidades socioafetiva e biológica, na adoção à brasileira: “O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto. - Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato” (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.000.356 - SP (2007/0252697-5). RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE : N V DI G E S ADVOGADO : MÁRIO DE SALLES PENTEADO E OUTRO(S) RECORRIDO : C F V ADVOGADO : ANTÔNIO A S PEREIRA DE CARVALHO E OUTRO(S)).

uma relação parental, exigindo, assim, a determinação da prevalência de uma espécie de parentalidade sobre a outra, e abrir os olhos para o fato de que, dependendo da situação concreta que se apresente, ambas podem ser importantes para a edificação da identidade e da personalidade do indivíduo, na realização da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente. É preciso ter em mente, no debate entre a socioafetividade e o biológico, por se consagrar como “verdade real” da filiação, que “a afetividade está acima e além de quaisquer critérios de constatação dos vínculos paterno/materno-filiais; consiste na dimensão cultural, social e afetiva que deve guarnecer o estado de parentalidade e filiação e sem a qual *verdade* alguma é real³⁰⁹”, conforme a reflexão de Amarilla (2014, p. 170).

Os magistrados e desembargadores brasileiros, vencendo a barreira da ausência de lei específica sobre o tema, utilizam-se da fungibilidade, para evitar o julgamento improcedente do pedido, em função de inadequação da ação para o fim a que se propõe e empregam a analogia, na interpretação sistemática da norma, em conjunto com os princípios jurídicos. Com isso, apresentam decisões que rompem o paradigma da exclusividade do critério biológico como definidor da filiação e contribuem para a afirmação da multiparentalidade no cenário de jurisprudência nacional, acena para o reconhecimento do fato social, que se torna jurídico.

O STJ ainda não se posicionou pela possibilidade de convívio simultâneo entre duas espécies de filiação (biológica e socioafetiva), sem considerar uma superior ou prevalente em relação à outra, para garantir que o filho possa ter dois pais ou duas mães, com alteração do registro civil de nascimento, para que assim se concretize a multiparentalidade, distribuindo-se entre os membros dessa relação os encargos e direitos dela decorrentes.

Embora ainda raras, as decisões acerca da multiparentalidade, algumas delas, decidiram, especificamente, pela multiparentalidade que se estabelece entre pais biológicos e padrastos, madrastas e enteados, em famílias neoconfiguradas, o que interessa diretamente a este trabalho, tornando-se emblemáticas para esses casos. Dentre elas, destaque-se a primeira sentença que reconheceu e declarou a dupla paternidade, no registro civil de nascimento de uma menina, fazendo nele constar os nomes do pai biológico e socioafetivo (o padrasto), sem prejuízo da manutenção do registro materno, proferida no dia 13 de março de 2012, pela Juíza Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, na 01ª Vara Cível da Comarca de Arquimedes, no estado de Rondônia, nos autos da ação de investigação de paternidade nº 0012530-95.2010.8.22.0002. A sentença foi proferida nos autos da ação de investigação de paternidade c/c anulação de registro civil, em que a mãe tornou-se companheira do pai biológico da crian-

³⁰⁹ Grifos do autor.

ça, por 4 anos. Antes de tomar conhecimento da gestação, a mãe separou-se do pai biológico de sua filha e passou a conviver com aquele que se tornou seu pai socioafetivo (o padrasto) que, mesmo ciente da situação, decidiu reconhecer juridicamente a paternidade, convivendo juntos até seus 4 meses de vida. Ao tomar conhecimento da possibilidade de alterar o registro de nascimento da filha, para que nele constasse o nome do pai biológico, a genitora decidiu ajuizar a ação para investigação da paternidade e anulação do registro civil da filha, com o intuito de “corrigir erros do passado”.

O exame de DNA comprovou a paternidade biológica. O estudo social e psicológico realizado nos autos apurou que não houve erro, dolo ou coação por parte do pai registral, uma vez que reconheceu a paternidade da criança tendo ciência que não se tratava de sua filha biológica, mas de outrem. Com o nascimento da criança, o padrasto (pai socioafetivo) estabeleceu fortes vínculos de afeição com ela, como se sua filha fosse e mesmo sabendo da inexistência de laços consanguíneos em comum, se considera pai dela. E a recíproca é verdadeira. O estudo social e psicológico revelou que a autora nutre fortes laços de amor pelo pai registral, bem assim com sua família, reconhecendo nele e na avó paterna sua família de fato. Mesmo após a separação com a genitora da criança, o pai socioafetivo nunca a abandonou, se fazendo presente em diversos momentos de adversidade enfrentados por ela, tendo a acolhido na residência da avó paterna registral por período relevante que favoreceu a aproximação e estreitamento dos laços de afetividade entre eles. Foi a avó registral quem cuidou da autora nos longos períodos de ausência da genitora, conforme relato do estudo social. A criança só conheceu o pai biológico na audiência de coleta do material para exame de DNA, com 11 anos de idade e mostrou-se feliz em contatar seu possível pai biológico. Com o resultado positivo da paternidade, o pai biológico se aproximou da autora, presenteando-a e levando-a para conhecer sua família, na cidade de Jarú/RO.

O parecer psicológico informou que a criança “apresenta maturidade para sua fase de desenvolvimento, compreende relativamente a complexidade da presente ação” e manifesta seu interesse na alteração de seu registro de nascimento para que conste o nome de seu pai biológico, desde que mantenha o nome de seu pai socioafetivo, a quem reconhece como pai. Seu interesse, segundo o laudo, consiste em “manter contato e vínculos com as duas figuras paternas em sua vida, pois os considera importantes”.

Ponderou a magistrada que “a pretendida declaração de inexistência do vínculo parental entre a autora e o pai registro afetivo fatalmente prejudicará seu interesse, que diga-se, tem prioridade absoluta, e assim também afronta a dignidade da pessoa humana”. O Ministério Público entendeu que “Não há motivo para ignorar o liame socioafetivo estabelecido du-

rante anos na vida de uma criança, que cresceu e manteve o estado de filha com outra pessoa que não o seu pai biológico, sem se atentar para a evolução do conceito jurídico de filiação”, como se observa da parte final da sentença:

Posto isso, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial formulado por XXXXXXXXXX em desfavor de XXXXXXXX e XXXXXXXX e o faço para manter a declaração de paternidade de XXXXXXXX em relação à autora perante o registro civil, e também declarar XXXXXXXX o pai biológico da autora. Ainda, homologo o acordo de fl. 25, em que ficou convencionado que o requerido XXXXXXXX pagará pensão alimentícia a favor da autora no importe de 30% (trinta por cento) do salário mínimo, que deverá ser paga todo dia 10 de cada mês, mediante depósito na conta poupança n. 9943-0, via 023, agência 1831 da Caixa Econômica Federal, com início a partir de abril/2012. O requerido XXXXXXXX arcará, ainda, com 50% das despesas médicas hospitalares, mediante apresentação de receita médica, bem como com 50% das despesas com material e uniforme escolar, sempre que se fizer necessário. As visitas serão livres. O requerido XXXXXXXX deverá reembolsar a genitora da autora em 50% das despesas com a prova pericial (R\$ 140,00), conforme acordado à fl. 25. Por conseguinte, declaro extinto o feito, com resolução do mérito e fundamento no art. 269, I do Código de Processo Civil. Ante a sucumbência recíproca, as custas serão pro rata e cada parte arcará com os honorários de seus patronos.

Serve a presente de mandado de averbação ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais de Jaru/RO, para acrescentar no assento de nascimento n. 45.767, fl. 184 do Livro A-097, o nome de Edvaldo da Silva Silvestre na condição de genitor, e de seus pais na qualidade de avós paternos, sem prejuízo da paternidade já reconhecida por Mauro da Silva Batista, passando a autora a chamar-se: XXXXXXXXXX. Com o trânsito em julgado, se nada for requerido, archive-se. P.R.I.C. Ariquemes-RO, terça-feira, 13 de março de 2012. Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz Juíza de Direito.

O destaque dessa sentença revela-se na fundamentação baseada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança; na determinação da multiparentalidade, com a determinação para averbação no registro civil do nome de ambos, no campo destinado à filiação; e, especialmente, no compartilhamento de deveres e responsabilidades entre o padrasto e o pai biológico, decidido de forma expressa, na sentença, assim como a visitação livre entre as famílias.

Outra decisão no sentido da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas foi proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que um adolescente registrado em nome de seu pai biológico e de sua mãe biológica teve o nome da madrasta incluído em seu assento civil de nascimento, em decisão confirmada pela Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, que deu provimento à Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286, para declarar a multiparentalidade materna entre a mãe socioafetiva (a madrasta) e a mãe genética, no registro civil, nos seguintes termos:

EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido.

Essa é a história de uma criança que perdeu sua mãe biológica três dias depois do parto, em decorrência de acidente vascular cerebral. Meses após, seu pai conheceu outra mulher e se casaram, quando a criança tinha dois anos. A madrasta criou a criança e pensou em adotar o enteadado, mas não o fez, por respeito à memória da mãe biológica, que comoveu toda a comunidade, que a homenageou, atribuindo seu nome a uma rua e a um Consultório Odontológico Municipal, e por carinho à família dela, com quem mantém estreito relacionamento. Por isso, preferiu o ajuizamento de Ação Declaratória de Maternidade Socioafetiva cumulada com Retificação de Registro de Nascimento. As provas trazidas aos autos constataram a existência da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. A madrasta participou de momentos importantes na formação da criança, nos seus aniversários, nas reuniões da escola, nos passeios, viagens, festas, até sua formatura em Direito. O juiz de primeira instância da Comarca de Itu/SP julgou parcialmente procedente o pedido, no sentido de apenas acrescentar o patronímico da madrasta na Certidão de Nascimento do filho. Entendeu o magistrado não haver possibilidade de reconhecimento da maternidade biológica de forma concomitante com a socioafetiva, por falta de previsão legal para tal pedido. Inconformados com a decisão, a madrasta e o filho resolveram interpor recurso de apelação.

Para o reconhecimento do direito da madrasta e seu filho socioafetivo, o Tribunal fundamentou a decisão nos preceitos da afetividade e o reconhecimento da filiação socioafetiva como parte integrante e essencial para a formação da personalidade humana. Pelo que diz o acórdão, “Não se evidencia qualquer tipo de reprovação social, ao contrário, pelo caminho da legalidade [...] vem-se consolidar situação de fato há muito tempo consolidada, pela afeição, satisfazendo anseio legítimo dos requerentes e de suas famílias, sem risco à ordem jurídica”, concluiu o relator.

A revista *Veja*³¹⁰ publicou em 25/02/2013, em seu site, matéria com o título “Juiz de Recife registra criança em nome de pai, mãe e madrasta”, na qual informa que, em Recife, no estado de Pernambuco, o Juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude, Élio Braz, que também é psicólogo, concedeu a adoção unilateral de uma criança de quatro anos à madrasta, determinando que o registro se fizesse conjuntamente em nome dos pais biológicos e da madrasta, por não enxergar razões para que o vínculo com a mãe biológica fosse destruído³¹¹, o que caracteriza a adoção unilateral e configura a multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas. O que ocorreu, foi que, ante o pedido de adoção, o magistrado aplicou o princípio da fungibilidade³¹² para estabelecer a multiparentalidade, por meio de decisão judicial que determinou a averbação do registro civil para que nele constasse os nomes da mãe biológica e da madrasta, simultaneamente, o que não é possível, na adoção. Segundo a revista, a decisão foi mantida pelo tribunal estadual.

Também em julgamento de ação de adoção unilateral, o juiz da Vara da Infância e Juventude da comarca de Cascavel, no Estado do Paraná, Sérgio Luiz Kreuz, ao invés de conceder a adoção unilateral requerida pelo padrasto de um adolescente de 16 (dezesesseis) anos, determinou a inclusão do nome do pai socioafetivo (o padrasto) no assento de nascimento do adolescente, sem prejuízo da paternidade biológica. Consagrou, assim, a multiparentalidade registral, por identificar, após criteriosa análise da realidade fática, que o adolescente tinha nos dois indivíduos a figura paterna, ponderando que ao conceder a adoção, operar-se-ia a ruptura dos vínculos jurídicos com o pai biológico, o que, no caso, afrontaria o princípio do melhor interesse da criança. Vale a transcrição de trecho da sentença do juiz da comarca de Cascavel:

Por fim, é preciso registrar que A. é um felizardo. Num País em que há milhares de crianças e adolescentes sem pai (a tal ponto que o Conselho Nacional de Justiça, Poder Judiciário, Ministério Público realizam campanhas para promover o registro de paternidade), ter dois pais é um privilégio. Dois pais presentes, amorosos, dedicados, de modo que o Direito não poderia deixar de retratar esta realidade. Trata-se de uma paternidade sedimentada, ao longo de muitos anos, pela convivência saudável, pela solidariedade, pelo companheirismo, por laços de confiança, de respeito, afeto, lealdade e, principal-

³¹⁰ Matéria disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/juiz-de-recife-registra-crianca-em-nome-de-pai-mae-e-madrasta> . Acesso em 05/07/2015). Na mesma matéria, a revista *Veja* informa ainda que, em outra decisão inédita em outubro, o mesmo juiz permitiu que duas mulheres adotassem uma criança de 12 anos e incluíssem o irmão de uma delas como pai. A adoção tripla ocorreu porque a família gostaria que a criança tivesse a figura paterna.

³¹¹ A mãe biológica, por não ter condições de criar o filho, o entregou aos cuidados do pai e de sua companheira, que tinha a intenção de adotar a criança, mas a mãe biológica, por sua vez, não queria abrir mão de ter seu nome no registro de nascimento do filho. (PE- Recife, Proc. . 0034634-20.2013.8.17.0001, juiz de direito Glicério Bezerra e Silva, j. 01/10/2013).

³¹² Tratar-se-á da fungibilidade, ainda nesse capítulo, quando do exame das ações processuais adequadas à instrumentalização do pedido dos autores, para ver consagrada a multiparentalidade.

mente, de amor, que não podem ser ignorados pelo Direito e nem pelo Poder Judiciário. Diante do exposto e por tudo o que mais dos autos consta, embaçado no artigo 227, § 5º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 170 e artigos 39 e seguintes da Lei 8069/90, considerando que o adolescente A. M. F., brasileiro, filho de E. F. F. e R. M. F., nascido em 16 de janeiro de 1996, registrado sob o nº XXX, folhas 24, do Livro A/10, perante o Registro Civil de B. V. da C. -PR, estabeleceu filiação socioafetiva com o requerente, defiro o requerimento inicial, para conceder ao requerente E. A. Z. J. a adoção do adolescente A. M. F., que passará a se chamar A. M. F. Z., declarando que os vínculos se estendem também aos ascendentes do ora adotante, sendo avós paternos: E. A. Z. e Z. Z. Transitada esta em julgado, expeça-se o mandado para inscrição no Registro Civil competente, no qual seja consignado, para além do registro do pai e mãe biológicos, o nome da adotante como pai, bem como dos ascendentes, arquivando-se esse mandado, após a complementação do registro original do adotando. Sem custas. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cascavel, 20 de fevereiro de 2013.

A sentença de Cascavel, no estado do Paraná, julgou uma ação de adoção requerida pelo padrasto de um adolescente de 15 (quinze) anos de idade, com quem convive desde os 03 (três) anos de idade, com a concordância do genitor, requerendo a inclusão, no pedido de adoção, da manutenção da paternidade biológica, concomitantemente com o deferimento da adoção, bem como o acréscimo do seu patronímico, no nome do adolescente. Isso porque os genitores do adotando foram casados por onze anos quando a criança tinha aproximadamente dois anos, divorciaram-se e constituíram, cada um deles, novas famílias. A guarda do filho permaneceu com a mãe, sem que o pai biológico descuidasse do contato e visitas ao filho em todos os finais de semana. No convívio familiar, o padrasto criou vínculos e estabeleceu laços de afetividade. O Ministério Público manifestou-se pelo deferimento do pedido. No relatório do juiz, ele informou que:

É indescritível o momento de alívio, de felicidade, tanto do adotando, como do genitor, da genitora e do próprio requerente quando o Ministério Público, por meio do Dr. Luciano Machado de Souza, cogitou uma solução alternativa, ou seja, o reconhecimento da filiação socioafetiva, sem a exclusão da paternidade biológica. Afinal de contas, o próprio adolescente informa que chama de pai tanto o requerente quanto o genitor. Há muito tempo tem dois pais, que gostaria muito que essa situação de fato estivesse retratada no seu registro civil.

O que restou, de acordo com o entendimento do juiz, é que tanto o pai biológico como o padrasto exercem, simultaneamente, o papel de pai do adolescente e, em suas palavras, “excluir um deles da paternidade significaria privar o adolescente da convivência deste, pois certamente haveria um afastamento natural, o que só viria em prejuízo do próprio adolescente”. Reconheceu, portanto, a multiparentalidade, em sede de Ação de Adoção, entendendo que

“não havia alternativa que melhor atendesse aos anseios das partes e à função atual da família brasileira, senão o reconhecimento e declaração da existência – de forma concomitante – de duas paternidades para o mesmo filho”.

Essa decisão é especialmente relevante para o estudo que se desenvolve neste trabalho, porque retrata o caminho interpretativo adotado pelos julgadores, no sentido do reconhecimento, pelo Direito, da participação do padrasto e do genitor no exercício simultâneo das funções parentais, no cotidiano de uma família neoconfigurada. Parece que a tendência jurisprudencial, diante das provas da realidade fática que apresentam hipóteses de multiparentalidade entre pais biológicos, padrastos e madrastas, insere a multiparentalidade no novo paradigma de pluralidade familiar e não é mais possível ser ignorada pelo sistema jurídico parental.

Os pais e filhos da família multiparental devem gozar dos mesmos direitos e deveres que aqueles integrantes da família biparental (tradicional), em razão do princípio da igualdade que não admite distinção entre famílias, nem entre filhos. O certo é que, reconhecida a multiparentalidade, devem repercutir sobre os filhos e pais (socioafetivo e biológicos) os mesmos efeitos que emanam da relação de parentesco natural, “não se podendo conferir efeitos jurídicos desiguais a quem vive a realidade da vida em igualdade de condições, sob pena de revisitar a odiosa discriminação, o que seria, sem dúvida, inconstitucional”, nas letras de Welter (2009, p. 65).

Reconhecida a multiparentalidade, por sentença judicial, será expedido alvará para averbação no registro civil para que contemple a multiparentalidade, o que, segundo afirma Póvoas (2012, p. 91), “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”, a exemplo daqueles relativos ao nome, guarda, visita, alimentos e sucessão hereditária.

Esse é um aspecto importante do reconhecimento da multiparentalidade, porque confere identificação familiar e social e repercute no sentimento íntimo de pertencimento ao enteado, em relação à família de seu padrasto ou madrasta, que, na nova realidade jurídica, assumem a parentalidade em conjunto com seus pais biológicos. O nome, para a literatura jurídica nacional segundo Diniz (2005, p. 196); Pereira, (2004, p. 243) e Venosa (2005, 210), representa um dos atributos da personalidade, por ser o sinal exteriorizador de individualização e reconhecimento social, distinguindo a pessoa no seio da sociedade, mesmo após sua morte, e indicando, grosso modo, a sua procedência familiar, tornando-se essencial para o regular exercício de direitos. Com base nesse conceito, Póvoas (2012, p. 88) proclama:

[...] é direito do genitor afetivo, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, ser reconhecido (ou mantido) como pai (ou mãe) daquele a quem dispensou afeto por quase uma vida, àquele que sempre tratou, de fato, como filho. Mas, também, com base no mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, tem o filho o direito de ver constar em seu registro aquele que quer que seja seu pai, já que a ele, antes, não fora dada a chance de escolha.

O reconhecimento da multiparentalidade, muitas vezes, se impõe como solução para o impasse que se estabelece diante do paradigma da unicidade da paternidade ou da maternidade, em que o nome de apenas um pai e de apenas uma mãe podem constar do registro civil de nascimento. Ocorre que as mudanças sociais apontam a necessidade de alteração ou substituição desse paradigma para outro que permita o reconhecimento de pais socioafetivos e genéticos, concomitantemente, quando essa for a realidade familiar e social da vida do indivíduo, para garantia da dignidade da pessoa humana e o exercício pleno do direito da personalidade.

Embora a Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) não preveja, expressamente, a possibilidade de registro de mais de um pai ou mais de uma mãe, não há nela, nenhum óbice formal ao registro da multiparentalidade, de acordo com a interpretação dada, por Póvoas (2012, p. 94), ao art. 54 da referida Lei:

Não há necessidade – por não haver legalmente essa exigência – de que se ostente os apelidos de família de todos os genitores. Contrário senso, também não há impossibilidade de que se ostente o nome de todos os genitores, mesmo que sejam eles, mais de dois. O nome, portanto, não seria problema algum quando se fala em multiparentalidade.

Certa preocupação se situa no campo do sobrenome a ser adotado pelo filho biológico, com o acolhimento da paternidade socioafetiva ou do filho socioafetivo, quando já registrado pelos pais genéticos e é manifestada por Welter (2009, p. 222), quando apresenta possíveis alternativas para essa situação.

(a) o filho poderá acrescer ao seu o nome dos pais genéticos e afetivos; c) caberá ao filho o direito de adotar a ordem do nome dos pais genéticos ou afetivos; c) fazer constar do registro de nascimento o nome dos pais e avós genéticos e afetivos; d) fazer constar da certidão de nascimento apenas o nome dos pais com que o filho é conhecido no meio social, fazendo-se o registro da paternidade genética ou afetiva não na certidão de nascimento e sim no Cartório de Registro Civil, vez que, na certidão de nascimento, é vedada a anotação discriminatória da origem humana.

Algumas observações devem ser feitas em relação às alternativas apresentadas. Todas elas parecem válidas, exceto a última que vai de encontro ao princípio da publicidade que inspira o Direito Registral. Anotar o registro de uma parentalidade no registro civil, mas não inseri-la na certidão de nascimento, além de refletir uma discreta discriminação entre elas, pressupõe uma hierarquia que não existe entre as filiações socioafetiva e genética. Além disso, permitiria que a certidão de nascimento se desconectasse de sua finalidade precípua, que é retratar aquilo que consta do registro civil, garantindo a veracidade de suas informações. O valor de certeza jurídica conferido à certidão ficaria comprometido, à medida que sempre que necessária a verificação da parentalidade se precisasse consultar o registro civil, por conta de a certidão não retratar, por completo, aquilo que contém o registro³¹³.

Assim, se propõe como se faz na certidão de casamento, em relação ao divórcio³¹⁴, (em que averbam-se, em espaço próprio, as informações acerca do desfazimento do casamento e as alterações em relação ao nome dos divorciados), a certidão de nascimento permaneça com as anotações originais em relação à primeira parentalidade registrada, fazendo-se inserir no campo referente à paternidade/maternidade os nomes dos múltiplos pais/mães e, em espaço próprio, a anotação referente à decisão judicial que determinou a expedição de mandado para averbação da sentença no Registro Civil.

Embora a Lei de Registros Públicos ainda não contemple a possibilidade de averbação da sentença que reconheça a multiparentalidade, no elenco do art. 102³¹⁵, ela é possível, diante da ausência de qualquer vedação expressa a essa possibilidade e, de acordo com o princípio da legalidade, o que não está proibido, pode ser permitido³¹⁶.

Uma vez autorizada, por decisão judicial, deve-se deixar ao filho (se maior) ou seu representante/assistente (se ainda não atingida, a maioridade), a opção pelos nomes de família que deseje adotar, assim como a decisão por permanecer com o seu nome inalterado, tal qual

³¹³ Dispõe, o art. 1º da Lei n. 6.015/1973: “Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta lei”.

³¹⁴ Assim dispõe, o art. 100 da Lei de Registros Públicos: “No livro de casamento, será feita averbação da sentença de nulidade e anulação de casamento, bem como do desquite, declarando-se a data em que o Juiz a proferiu, a sua conclusão, os nomes das partes e o trânsito em julgado”.

³¹⁵ O art. 102 da Lei de Registros Públicos dispõe:

Art. 102. “No livro de nascimento, serão averbados:

1º) as sentenças que julgarem ilegítimos os filhos concebidos na constância do casamento;

2º) as sentenças que declararem legítima a filiação;

3º) as escrituras de adoção e os atos que a dissolverem;

4º) o reconhecimento judicial ou voluntário dos filhos ilegítimos;

5º) a perda de nacionalidade brasileira, quando comunicada pelo Ministério da Justiça.

6º) a perda e a suspensão do pátrio poder”.

³¹⁶ Determina, o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

se permite ao cônjuge, por ocasião do casamento, em relação à adoção do sobrenome do outro. Em se tratando de menores, a Lei n. 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, assegura ao filho, ao completar a maioridade civil, o direito de alterar seu nome, na forma do art. 56³¹⁷, para que reflita sua identificação pessoal. Respeitam-se, assim, o direito da personalidade, à medida em que se permite ao filho escolher o nome que melhor o identifica, assim como os princípios da autonomia da vontade, da afetividade, da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da publicidade do registro.

Para atender às decisões judiciais que promovem alterações no registro civil, em casos de adoção por casais homoafetivos ou para registro de dupla maternidade ou paternidade estabelecidas pela reprodução artificial heteróloga, o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Superior Tribunal de Justiça expediu, em 2009, dois provimentos (os Provimentos 2 e 3) que determinaram a padronização das certidões de nascimento, casamento e óbito, no Brasil, substituindo os campos “pai” e “mãe” por “filiação” e “avós paternos” e “avós maternos” por “avós”, num indicativo claro de reconhecimento da necessidade de o registro civil se adequar à realidade da multiparentalidade.

Uma vez identificada a multiparentalidade, também, nas hipóteses em que se reconhece a posse de estado de filho nas relações entre pais biológicos, padrastos, madrastas e enteados, nas famílias neoconfiguradas, o registro deve se concretizar, com a inserção dos nomes de dois pais ou duas mães, no campo filiação e de tantos avós, quantos sejam, os pais biológicos e socioafetivos, assegurando-se, dessa forma, o princípio da igualdade das filiações, sem que se estabeleça qualquer hierarquia ou discriminação entre as formas de expressão da paternidade ou da maternidade. No sentido da possibilidade de registro que reflita a convivência entre as famílias genética e afetiva, assim posiciona-se Welter (2009, p. 222):

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.

³¹⁷ Dispõe, o art. 56 da Lei de Registros Públicos: “O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa”.

As sentenças que reconhecem a multiparentalidade surtem efeitos jurídicos em relação a todos que compõem a relação multiparental. Por ela se estabelece o parentesco entre eles. Pelo vínculo multiparental, “o filho teria parentesco em linha reta e colateral (até quarto grau) com a família do pai/mãe afetivos e pai/mãe biológicos, valendo este grau de parentesco para todas as hipóteses previstas em lei, inclusive impedimentos matrimoniais (art. 1. 523, do CC) e sucessórios”, nas palavras de Póvoas (2012, p. 93), que destaca a formação do vínculo de parentesco entre todos os integrantes da família multiparental como efeito do reconhecimento da multiparentalidade.

Em decorrência do parentesco multiparental formado, estabelece-se a obrigação alimentar entre eles, porque o direito/dever à prestação de alimentos decorre da relação de filiação, na forma do art. 1.696³¹⁸ do Código Civil, devendo a verba alimentar ser fixada, de acordo com o que dispõe o art. 1.694 e seus parágrafos³¹⁹, do Código Civil brasileiro, do mesmo modo como acontece nas relações decorrentes do parentesco natural ou da adoção e estendendo-se a todos os pais e mães (biológicos e socioafetivo), respeitando-se o binômio necessidade/possibilidade, estabelecido pelo art. 1.694, § 1º do Código Civil, em relação a cada um deles.

Assim como se decide pela verba alimentar, em relação aos múltiplos pais (socioafetivo e biológicos), deve-se decidir pela atribuição da guarda dos filhos, levando-se em consideração as relações de afeto e o melhor interesse da criança ou adolescente, assim como os princípios da afetividade e da convivência familiar, amparados pela Carta Magna (art. 227), para a fixação da sede da residência, na forma do art. 1.583, §3º³²⁰ do Código Civil.

Por força da Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014 (Lei da Guarda Compartilhada), que revogou a Lei 13.058/2008, que regulava a matéria e alterou dispositivos do Código Civil³²¹ brasileiro, a guarda compartilhada passou a ser a regra geral, na hipótese de divórcio

³¹⁸ O art. 1.696 do Código Civil determina: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

³¹⁹ Observe-se, o que determina o art. 1.694, §§ 1º e 2º do Código Civil:

Art. 1.694. “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

§ 1º “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

§ 2º “Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”.

³²⁰ Assim declara, o art. 1.583 e seu § 3º do Código Civil:

Art. 1.583. “A guarda será unilateral ou compartilhada”.

[...].

§ 3º “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.

³²¹ Art. 1.583. “A guarda será unilateral ou compartilhada”.

ou desfazimento de uma união estável. Com a atribuição da guarda compartilhada, será fixada a base de residência da criança e do adolescente e se decidirá acerca do pagamento de verba alimentar pelo cônjuge não guardião. A definição acerca da atribuição da base da residência e do compartilhamento dos deveres que integram a guarda recai sobre o juiz que deverá fundamentar sua decisão nos pareceres do Ministério Público e de equipe interdisciplinar, formada por psicólogos e assistentes sociais, à disposição do Juízo, que realizará perícia ou mediação do conflito.

O direito à visitação deve ser definido nas mesmas condições em que é deferido para os casos de biparentalidade. Havendo divergências entre os múltiplos pais, o juiz deve resolver o litígio, assim como o faz, na forma dos arts. 1.517³²² e 1.567³²³, ambos do Código Civil.

Além do direito ao nome, à guarda compartilhada e a visitas, devem ser reconhecidos direitos sucessórios, na relação de multiparentalidade, do mesmo modo como se reconhecem nas famílias em que há apenas um pai e uma mãe, observando-se a ordem de vocação hereditária definida pelo art. 1.829³²⁴ do Código Civil.

Diante da especificidade das relações multiparentais, “seriam estabelecidas tantas linhas sucessórias quantos fossem os genitores”, como sugere Póvoas (2012, p. 98), que explica, hipoteticamente: “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”. Esse posicionamento

[...].

§ 2o “A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II - saúde e segurança;
- III - educação”.

§ 3o “A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos”.

³²² Art. 1.517 do Código Civil: “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.

Parágrafo único. “Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631”.

³²³ Art. 1.567 do Código Civil: “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

Parágrafo único. “Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses”.

³²⁴ Art. 1.829 do Código Civil: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais”.

suscita questionamentos e aguça a preocupação de Farias; Rosenvald (2014, p. 624) para quem

O tema, portanto, exige cuidados e ponderações de ordem prática, uma vez que admitida a pluriparentalidade, estar-se-ia tolerando, por igual, a plurihereditariedade, gerando inconvenientes explícitos, como uma estranha possibilidade de estabelecimento da filiação para atender meramente a interesses patrimoniais.

A inquietação de Farias; Rosenvald situa-se na possibilidade de o filho socioafetivo buscar a determinação de sua filiação biológica apenas para fins sucessórios, sem nunca ter estabelecido vinculação afetiva com seu genitor. É possível que essa situação possa ocorrer em outras situações, que não a que se examina neste trabalho de pesquisa, onde se indaga a respeito da possibilidade de estabelecimento da multiparentalidade entre pais biológicos e socioafetivos, nas famílias neoconfiguradas, tendo como pressuposto a existência de vinculação afetiva entre pais biológicos, padrastos, madrastas e enteados, simultaneamente. Nesse caso, a plurihereditariedade não se apresenta como problema, mas como solução para todos os envolvidos, pelos laços de família. Preocupação semelhante, acerca dos efeitos que decorrem do reconhecimento da multiparentalidade, é apresentada por Maluf; Maluf (2014, p. 140), nos seguintes termos:

Nesse sentido, a aplicação regular da norma inspira cuidados, visto que, na prática, a multiparentalidade pode não ser assim tão benéfica, seja à pessoa do filho, seja à própria sociedade, visto que, através desta, poderia o filho pleitear pensão alimentícia de dois pais ou duas mães, aumentando os recursos de sua sobrevivência e também poderia pleitear direitos sucessórios aumentados, tendo em vista a duplicação de genitores. Entretanto, tendo em vista a bilateralidade das ações de família, o filho também teria dever de sustento de um maior número de genitores, os quais poderiam também requerer a guarda do filho e ainda teriam direitos sucessórios quando de sua pré-morte. Além disso, da relação multiparental, defluiriam direitos e deveres oriundos da relação parental, como guarda, amparo, administração de bens e demais decisões de ordem pessoal.

Independentemente de ser benéfica ou não, de promover direitos sucessórios ampliados ou de estabelecer dever de sustento a múltiplos responsáveis, não faz sentido a preocupação com os efeitos patrimoniais que decorrem do reconhecimento da multiparentalidade, diante da existência dela, no mundo dos fatos, posiciona-se Ghilardi (2013, p. 74):

Lamentável que o pensamento ainda continue vinculado à ideologia patrimonialista. Qual outra razão para não se admitir a pluriparentalidade se ela efetivamente existe? A família não é mais uma formação unívoca, mas plural. A filiação pode e comporta a presença de mais um pai ou mais uma mãe, assim como a ausência de um deles.

No mesmo sentido, refletindo sobre os efeitos sucessórios que advém da possibilidade de pais biológicos e padrastos, madrastas e enteados desenvolverem, nas relações familiares que compartilham, a multiparentalidade, com base na posse de estado de filho, assim se posiciona Alves (2014, p. 124):

Disso é feita a multiparentalidade, pela fortuna de espírito de quem possui, por dádiva de vida, mais de um pai ou mãe. Direitos sucessórios de ambos? Sim, porque essa fortuna será sempre menor do que aquela. Afinal, quem herda do procriador (herança de sangue, sem afeto), por lógica, pode cumular heranças dos pais, cujos vínculos maiores da bioafeição e socioafeição o tornaram mais afortunado.

Na defesa pelo caráter igualitário em relação aos efeitos que emergem das relações de multiparentalidade em face das relações biparentais (tradicionais), Teixeira; Rodrigues (2010, p. 207) sustentam que independentemente da forma como as relações de parentesco são constituídas, delas devem decorrer os mesmos efeitos jurídicos. Em suas palavras:

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

Outra voz se levanta contra o reconhecimento da multiparentalidade. Preocupada com os efeitos patrimoniais decorrentes da sentença que a reconhece, Silva (2014, s/p) assim se pronunciou, no site do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP:

Com a tal multiparentalidade haverá incentivo ao ócio, porque, se um jovem tiver duas fontes pagadoras de alimentos (pai e padrasto ou mãe e madrasta), por que se esforçaria para trabalhar? É um incentivo ao ócio também porque o genitor de uma criança ou adolescente, se pudesse exigir pensão alimentícia do ex-cônjuge ou ex-companheiro, pela natureza humana, que cultiva, ainda que no íntimo de seu ser, a preguiça, ficaria sem vontade de buscar recursos para auxiliar no sustento do filho. Igualmente é incentivo ao desafeto, porque, em sã consciência, será evitada a união com quem tenha filhos, em face da futura obrigação de pagamento de pensão alimentícia diante da separação do genitor ou genitora dos menores. Propaga-se o afeto e incentiva-se o desafeto. Trata-se de óbvia contradição.

Pelo debate doutrinário, em relação à produção de efeitos sucessórios e alimentares que emanam da decisão que reconhece a multiparentalidade, tem-se a impressão de que há certa ou velada resistência em reconhecer-se a multiparentalidade por força dos efeitos de ordem patrimonial que emergem dessa decisão. Sempre que algo novo se apresenta, a resistência surge em defesa ao que já é conhecido e está estabelecido e consolidado. Entretanto, como diz o cancionista popular, interpretado pela voz de Elis Regina, que consagrou a letra da canção, “o novo sempre vem”. E a multiparentalidade veio como fato social novo, resultado de uma nova realidade familiar, que não comporta a moldura singular antiga (da família baseada unicamente no casamento) e arrisca a certeza e estabilidade de estruturas consolidadas, face ao paradigma da pluralidade.

Assim como pensa Ghillardi, em nada adianta resistir à novidade da multiparentalidade e ao desafio de conhecer, tutelar e proteger os interesses daqueles que se inserem nessa realidade fática, porque ela existe na sociedade contemporânea plural em que vivemos e clama pela interpretação da norma jurídica para a aplicação do direito às situações concretas. Ignorar a multiparentalidade ou deixar de reconhecê-la por desconhecer os efeitos jurídicos que podem advir desse reconhecimento, não é a solução mais adequada. Mais que isso, agride direitos fundamentais da criança e do adolescente relativos à convivência familiar, à assistência moral e material, ao exercício pleno do direito da personalidade pelo uso do nome das famílias a que pertence, dentre outros. Deixar de reconhecer a multiparentalidade “apenas pelo aprisionamento a um paradigma codificado anterior, não é razão suficiente para ilidir a diretriz constitucional de ampla tutela dos menores”, refletem Teixeira; Rodrigues (2010, p. 204).

A resistência ao novo tende a se enfraquecer diante do incremento do conhecimento no que se refere à multiparentalidade e aos efeitos que ela opera. Seguindo as diretrizes traçadas pela Lei de Introdução às Normas de Direito Civil, a analogia às regras que permitem o reconhecimento espontâneo ou judicial da parentalidade biológica podem ser usadas para a construção do caminho interpretativo que leva ao entendimento da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade, da qual decorre. Afinal, se de um lado da parentalidade tem-se a paternidade ou a maternidade, do outro, tem-se a filiação para a qual a Constituição Federal proíbe quaisquer discriminações entre os filhos. Portanto, filhos legítimos, ilegítimos, naturais e socioafetivos são igualmente filhos, no sentido da Carta Magna. E se são filhos de dois pais ou de duas mães, ainda assim são igualmente filhos.

Na esfera familiar neoconfigurada, as decisões judiciais devem observar o paradigma plural das famílias da contemporaneidade, deixando que prevaleça o princípio da igualdade,

reconhecendo direitos e deveres iguais aos filhos biológicos e socioafetivos e eliminando distinções em relação à forma de constituição da parentalidade, inclusive no que diz respeito à bi ou multiparentalidade e seus efeitos, levando sempre em consideração, os princípios da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente e da segurança jurídica, com os olhos voltados à promoção da dignidade da pessoa humana.

Não importa, portanto, se a parentalidade/filiação se forma por laços de sangue ou afetivos ou por ambos simultaneamente. Os efeitos que dela se extraem, reconhecidos espontaneamente no registro civil ou por sentença judicial, devem ser iguais para pais e filhos consanguíneos e socioafetivos, devendo o Estado-juiz atribuir ao filho o direito fundamental ao reconhecimento das paternidades biológica e socioafetiva e conferir-lhe todos os efeitos jurídicos da multiparentalidade, para assegurar-lhe a promoção da dignidade da pessoa humana, reconhecendo a tridimensionalidade humana nos fatos da vida.

5 CONCLUSÃO

O exame acerca da possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade no âmbito das famílias neoconfiguradas ensejou a oportunidade para averiguação acerca das mudanças na concepção de família, hoje compreendida como grupo de afetividade e solidariedade, destinada à promoção do desenvolvimento pessoal de seus membros, na busca pela felicidade e manifestada sob várias configurações.

O caráter eudemonista alterou a concepção de família na contemporaneidade. Nesse sentido, Brauner (2002, p. 10) entende que “um casal se une para buscar a felicidade por meio de relações de afeição e solidariedade, que significam os pilares da base para a existência da família moderna”. A partir da Constituição Federal de 1988, alterações substanciais em relação ao conceito jurídico de família impuseram a superação dos paradigmas da família casamentária pelo paradigma da pluralidade de formas de constituição da família³²⁵ e o da legitimidade da filiação, pelo da igualdade entre os filhos, proibindo quaisquer discriminações entre eles. Com isso, abriu-se espaço para que variadas formas de constituição de família fossem reconhecidas sob a denominação de entidades familiares e que todos os filhos passassem a ter direitos iguais, independentemente de sua origem. Essas foram, por certo, algumas das mais impactantes alterações sentidas no campo do direito de família, nos últimos séculos.

Outra importante mudança adotada pelo sistema jurídico brasileiro, ao incorporar o caráter eudemonista da família diz respeito ao reconhecimento, pelo direito, de situações nas quais distinguem-se o pai/mãe dos genitores. Uma dessas situações ocorre quando, por manifestação de vontade, o pai ou a mãe permitem a constituição do parentesco adotivo. Outra situação é aquela em que o marido ou companheiro, recebe como seu, por vontade própria, o filho de sua mulher, concebido por reprodução humana assistida heteróloga. O processo antropológico de desnaturalização do parentesco ecoou no Direito que o assimilou como a desbiologização da parentalidade, evoluindo para compreender que uma forma de expressão da parentalidade não se sobrepõe, necessariamente à outra, conforme postula Villela (1979, p. 415-416):

A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro

³²⁵ As famílias constituídas pela união estável, monoparentais, anaparentais, homoafetivas e neoconfiguradas são algumas das espécies que decorrem da liberdade de constituição das entidades familiares, que ganharam a chancela constitucional.

dele o País sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber.

No contexto constitucional de abertura do conceito jurídico de família, as famílias neoconfiguradas, fruto do divórcio, do rompimento de uma união estável, da monoparentalidade ou da viuvez, despontaram no cenário social e jurídico nacional, assimilando essas mudanças de paradigmas e trazendo novos desafios ao direito. Essas entidades familiares caracterizam-se pela composição familiar complexa, porque integra pais biológicos, novos cônjuges ou companheiros e os filhos de uniões anteriores, assim como os filhos havidos da família neoconfigurada, meio-irmãos e irmãs, “numa vasta rede de relações entre adultos e crianças que muitas vezes, não podem ser identificadas ou nomeadas”, como assinala Féres-Carneiro; Magalhães (2011).

Diante da dificuldade de nomeação e identificação das relações e das pessoas que integram essa configuração familiar, utilizam-se as palavras “madrasta”, “padrasto” e “enteado”, apesar da carga negativa que acompanha esses vocábulos, por não se conhecer outra nomenclatura apropriada à realidade das famílias neoconfiguradas. É comum, ao referir-se aos enteados, padrastos e madrastas usarem a expressão “filhos do coração”, como forma de expressar a existência de forte vínculo afetivo construído e consolidado entre eles³²⁶, capazes de conduzi-los da posição familiar de enteados à condição de filho. Essa realidade social é assim apresentada por Bunazar (2009, s/p), ao analisar essas relações familiares:

É comum que no meio social em que vivemos ouça-se falar ou mesmo se conheça o caso de uma criança, cujos pais não vivem juntos, que se afeiçoa pelo novo consorte da mãe ou do pai, a ponto de passar a encará-lo (a) como pai ou mãe. Quando o pai ou mãe biológico deixa de participar da realidade da criança, tendo seu papel assumido pelo novo consorte de quem está com ela, surge o aspecto mais comum da parentalidade socioafetiva: aquele em que o vínculo parental de origem biológica é desconstituído na exata medida em que se forma o vínculo parental socioafetivo. Porém, não é incomum que o vínculo entre pai ou mãe biológico permaneça íntegro e surja entre a criança e o novo consorte de quem com ela está um vínculo de afeto socialmente idêntico ao de pai ou mãe biológico.

³²⁶ A vinculação afetiva entre padrastos, madrastas e enteados é destacada por Teixeira; Rodrigues, nas famílias neoconfiguradas, pelo convívio familiar e exercício das funções parentais. Em suas palavras: “[...] Por isso, as famílias recompostas, cujos membros adquirem estreita convivência, constituem um espaço privilegiado para manifestações afetivas que se consolidam, como afirmamos, através da criação, educação e assistência, manifestações da autoridade parental”. (TEIXEIRA e RODRIGUES, 2010, p. 197).

A noção de parentalidade despontou para o Direito diante da necessidade de se analisar o parentesco pelas lentes do elemento afetivo incorporado ao sistema do direito de família, com a natureza jurídica de princípio implícito, a partir da Carta Constitucional de 1988 e do art. 1.583 do Código Civil brasileiro de 2002 que prevê, ao lado do parentesco natural (biológico, genético), o parentesco civil e aquele advindo “de outra origem”: a socioafetiva. Nas palavras de Dias (2004, p. 66), “tal como aconteceu com a entidade familiar, agora também a filiação passou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial”.

Para a determinação do parentesco socioafetivo, busca-se identificar a existência de elementos caracterizadores do estado de filiação, capazes de impor a transcendência do conteúdo eminentemente biológico da paternidade/maternidade para alcançar a noção de parentalidade. Pelas lentes tomadas por empréstimo da Psicologia, esses institutos são concebidos, por meio das funções ou papéis parentais, verificadas no exercício do cuidado, da assistência, da promoção da educação e da imposição de limites, dentre outros, todos permeados pelo afeto típico da relação paterno/materno-filial.

Diante da multiplicidade de formas de viver em família, há também inúmeras formas de exercício da parentalidade e de constituição de família no mundo contemporâneo. Há mil e uma maneiras de ser pai e de ser mãe, como mostram os numerosos trabalhos dos psicanalistas. Conforme Moro (2005, p. 258), “Toda dificuldade reside no fato de deixar lugar para que se manifestem essas potencialidades e que nós nos abstenhamos de todo julgamento sobre a melhor maneira de ser pai ou de ser mãe”.

No cenário das famílias neoconfiguradas, as possibilidades de exercício da parentalidade são variadas, de acordo com a vontade dos membros que a compõem e os vínculos de afeto que se constroem entre eles. A lei, no estado em que se encontra, reconhece-os como parentes por afinidade, mas reconhece que a afinidade pode não ser suficiente para contemplar as situações em que a edificação e consolidação de vínculos sociais e afetivos³²⁷, no convívio familiar, são capazes de alterar a identificação pessoal de padrastos, madrastas e enteados para que se reconheçam como pais, mães e filhos.

Para essas hipóteses, permite a adoção unilateral pelo (a) padrasto/madrasta do filho de seu companheiro, reconhecendo a possibilidade de parentalidade socioafetiva entre eles.

³²⁷ Vale a diferenciação que Nunes apresenta para a construção dos laços de afetividade entre pais biológicos e socioafetivo, que justificam a utilização das palavras “edificação” e “consolidação”, no texto: “A afeição, para o pai biológico, normalmente é imediata, sentimento que nele aflora espontaneamente a partir do momento que toma conhecimento da concepção, do fato da paternidade. Para o pai não biológico, geralmente a afeição provém da mera possibilidade de convívio com aquele que passará a tratar como filho, e sempre vem acompanhada da indispensável disposição que deve o pai em assumir este importante papel na vida do filho”. (NUNES, 2012, p. 221).

Entretanto, para que a adoção unilateral se concretize, é necessária a desconstituição da parentalidade natural (característica da adoção) e sua substituição pela socioafetiva. Resta à lei perceber que essas não são as únicas hipóteses de estruturação familiar para essas famílias e considerar a possibilidade de coexistência entre as parentalidade biológica (natural) e socioafetiva entre pais/genitores, padrastos, madrastas e enteados, simultaneamente, sem que uma exclua a outra, mas conviva com ela, pacificamente, no melhor interesse da criança e do adolescente, reconhecendo a possibilidade da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas³²⁸.

O desafio do direito de família contemporâneo consiste em dar conta de acompanhar as mudanças percebidas na sociedade atual, que precisa da família para o desenvolvimento de seus membros, para redesenhar o conceito jurídico de família, parentesco e filiação, num processo dinâmico e enriquecedor que sublima dificuldades e preconceitos, pela força dos afetos e da verdade da família de fato.

O legislativo nacional parece caminhar nesse sentido, ao consagrar leis como a Lei da Guarda Compartilhada, a que permite o registro voluntário, em cartório extrajudicial, da paternidade socioafetiva e a Lei Clodovil, por exemplo, que permite ao enteado usar o nome de família de seu padrasto ou madrasta, sem prejuízo dos nomes que identificam sua filiação natural, fazendo com que se sinta inserido no contexto social das famílias a que pertence.

A jurisprudência vem se manifestando no sentido de acolher a parentalidade socioafetiva em detrimento da parentalidade biológica, desde que comprovada a consolidação da relação de afeto já existente, pelo registro civil da parentalidade socioafetiva, não viciada por erro (adoção à brasileira). Algumas (poucas ainda) decisões de juízes e tribunais estaduais reconhecem a relação de multi ou pluriparentalidade para garantir que o filho possa ter mais de um pai (um biológico e um socioafetivo) ou duas mães, nas mesmas condições, com alteração do registro de nascimento para que assim se concretize a multiparentalidade, distribuindo-se entre os membros dessa relação os encargos e direitos dela decorrentes.

Somente o juiz, diante do caso concreto, valendo-se de laudos técnicos emitidos por equipes interdisciplinares que analisam no sentido do melhor interesse da criança e do adolescente, as dimensões e os fatores determinantes da parentalidade, pode reconhecer a existência da relação paterno/materno/filial de origem socioafetiva, levando em consideração os elementos objetivos (nome, trato e fama) e subjetivos (circunstâncias culturais, sociais, econômicas, dentre outras) que a caracterizam. Somente ele, também, diante da análise dos fatos

³²⁸ Nesse sentido, Maia assim se posiciona: “A verdadeira paternidade pode não estar apenas na paternidade legal, biológica ou afetiva, mas é na conjugação harmônica desses valores que a disciplina jurídica poderá encontrar os alicerces de superação das deficiências do sistema clássico encartado no Código Civil brasileiro, para que relações fictícias não sejam consagradas, mas, sim, a verdadeira paternidade”. (MAIA, 2008, p.6).

que se lhes apresentam, poderá reconhecer a preponderância da parentalidade socioafetiva sobre a parentalidade natural ou biológica ou mesmo a coexistência de ambas (a multi ou pluri-parentalidade), numa relação de parentalidade plúrima ou plural, no campo das famílias neoconfiguradas.

A literatura jurídica posiciona-se pela receptividade à possibilidade da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas, atenta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade de constituição de família, da solidariedade familiar, da afetividade e da prevalência absoluta do melhor interesse da criança e do adolescente. Tais princípios norteiam o exame das questões de Direito de Família, levando em consideração o caráter tridimensional (genético, ontológico e afetivo) da pessoa humana, apresentando algumas preocupações que refletem a reação natural à substituição do que está posto por algo novo e, ainda, impreciso, em relação a seus efeitos.

Assim como os vínculos afetivos não podem ser regulados por lei, a parentalidade também não o pode, nem a socioafetividade ou a multiparentalidade dela decorrente, porque todas elas têm o afeto como substrato de suas relações. Por isso, de nada adianta a elaboração de leis que visem emoldurar a parentalidade socioafetiva ou a multiparentalidade. Nenhuma norma, com eficácia *erga omnes*³²⁹, poderá alcançar a variedade e complexidade das circunstâncias familiares que envolvem o concreto.

O ideal é que a norma descreva enumerativamente (de forma não taxativa³³⁰), as circunstâncias que caracterizam a posse de estado de filho, para fornecer um rumo interpretativo ao julgador, que deverá avaliar e decidir as ações propostas, individualmente, de acordo com suas peculiaridades. Faz-se importante, também, que a lei determine a equiparação expressa entre as espécies de parentalidade (natural, civil e socioafetiva), especialmente no que diz respeito à produção de seus efeitos jurídicos. Seria bem-vinda, ainda, uma disposição legal que estabelecesse a possibilidade da multiparentalidade, permitindo o registro civil pelos pai/mãe natural ou socioafetivo (a) em cartório, mesmo com prévio registro da parentalidade (natural ou socioafetiva), desde que manifestada, expressamente, a anuência do pai/mãe registral.

Enquanto não se alcança a situação ideal, a falta de permissão legal não pode servir de justificativa para que a prestação jurisdicional não seja prestada, assim como não pode deixar o juiz de julgar o pedido de reconhecimento de declaração de parentalidade socioafetiva,

³²⁹ Que atinge a todos, indistintamente.

³³⁰ A redundância foi proposital para dar ênfase à impossibilidade de a lei contemplar todas as hipóteses e deixar margem para que o julgador amplie a averiguação acerca da existência da posse de estado de filho em cada caso concreto.

se este não for ajuizado, na forma que considerar formalmente adequada³³¹. A fungibilidade das ações deve ser aplicada a essas situações para que questões que envolvem direitos fundamentais como a identificação da origem genética ou o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, individualmente ou simultaneamente à parentalidade natural, possam refletir a verdade de cada um e atribuir a cada pessoa a identificação familiar a que tem direito, conforme referencia Nicolau Júnior (2009, p. 21):

Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros e a todos, a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar seus sentimentos, esperanças e valores, permitindo que cada um se sinta a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. Isso, com toda certeza, não se funda em lei, vínculo sanguíneo ou força impositiva de decisão judicial.

É preciso que o Direito abrigue esse sentimento de pertencimento familiar descrito por Nicolau Júnior, de forma a substituir a parentalidade biológica pela socioafetiva ou vice-versa, ou ainda permitir o reconhecimento da coexistência entre elas³³², avaliando cada ação judicial proposta, em suas especificidades, assegurando a cada um o direito de pertencer à família ou às famílias, onde os vínculos de afetividade e o exercício das funções parentais permitem o desenvolvimento de sua personalidade e o conduzem à felicidade.

No contexto social, cultural e constitucional da contemporaneidade, não se permite nenhum tratamento discriminatório entre os filhos, sejam eles naturais ou socioafetivos. Uma vez constatado o estado de filiação socioafetiva em conjunto com a filiação natural, nas famílias neoconfiguradas, há que se reconhecer o direito ao enteado de desfrutar do *status* de filho e atribuir-se-lhe todos os direitos e deveres que advêm do parentesco natural, ao qual se equipara, o parentesco por outra origem (a socioafetiva), como garantia do pleno desenvolvimento de sua personalidade, assegurando-lhe plena identificação familiar em relação às famílias a que pertence.

Os efeitos decorrentes do reconhecimento da parentalidade socioafetiva se produzem da mesma forma e na mesma medida em que se produz o compartilhamento entre pais bioló-

³³¹ Na direção desse pensamento, Valadares assinala que “O Direito, como guardião das relações sociais, deve se ater às mudanças advindas das relações familiares, tendo uma postura ativa. Julgar pela impossibilidade jurídica da pluriparentalidade em todo e qualquer caso concreto, sob o pretexto de que uma pessoa só pode ter um pai ou uma mãe, não atende às expectativas jurídicas de uma sociedade multifacetada”. (VALADARES, 2013, p. 90).

³³² Vale a transcrição do pensamento de Meireles, para quem: “[...] A chamada família mosaica permite a convivência familiar com pai e padrasto, mãe e madrasta, cuja importância foi ressaltada pela Lei n. 9.224/2009, que autorizou a adoção do sobrenome do padrasto ou madrasta. Tais situações comprovam que não resta distante para o direito a pluriparentalidade, como forma de melhor proteção da pessoa humana”. (MEIRELES, 2013, p. 363).

gicos, padrastos, madrastas e enteados, das funções parentais e distribuição de deveres e responsabilidades entre eles, garantindo-se a todos os mesmos direitos e responsabilidades decorrentes da relação singular (não plural) entre pai, mãe e filho. A superação de paradigmas e preconceitos se impõe e se consolida a partir do conhecimento dos fatores e elementos que constituem a parentalidade e pela necessidade de promover a pacificação social pela aplicação adequada do direito ao caso concreto, fazendo refletir a realidade social e cultural do caso concreto.

Ao Direito cabe reconhecer a multiplicidade que pode caracterizar a parentalidade nas famílias neoconfiguradas como consequência da família plural albergada pela Constituição Federal e atribuir-lhe espaço e efeitos no ordenamento jurídico nacional, sem a pretensão de regulamentar todas as hipóteses de configuração, mas no sentido de tutelar sua existência e reconhecimento de efeitos, em harmonia com os princípios da igualdade, solidariedade, afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, o Direito se aproximará do fato social não para limitá-lo, mas para permitir às pessoas e, especialmente, aos filhos do coração, o acolhimento jurídico de que necessitam para garantia de seus direitos e exercício pleno dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ACRE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE. Autos n.º 0711965-73.2013.8.01.0001. **Homologação de Transação Extrajudicial**. Juiz. da 2ª Vara de Família, Fernando Nóbrega Silva. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/multiparentalidade-tac-sentenca-0711965-73-2013-8-01-0001-homologacao-de-transacao-extrajudicial/> Acesso em 15/06/2015.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JR, Marcos, OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coords.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Juspodium, 2010.
- ALDROVANDI, Andréa, SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VII, n. 34, FEv./Mar. 2006, p. 05- 30.
- ALGARVIO, Susana; LEAL, Isabel. Preocupações Parentais: Validação de um Instrumento de Medida. *In*: **Psicologia, Saúde & Doenças**. Vol. 5. N.º 2. Nov. 2004. Pp.: 145-158. ISBN: 1654-0086.
- ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Nome da pessoa e dignidade humana. Atualidades repercussivas do direito de família em dinâmica do registro civil. **Revista nacional de direito de família e sucessões**. V. 1 (jul./ago. 2014). Porto Alegre: Magister, 2014, p. 97-124.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALVES, Railda F., BRASILEIRO, Maria do Carmo E., BRITO, Suwrde M. de O. Interdisciplinaridade: um conceito em construção. **Episteme**, Porto Alegre, n. 19, p. 139-148, jul./dez. 2004.
- AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. **O AFETO COMO PARADIGMA DA PARENTALIDADE**: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais. Curitiba: Juruá, 2014.
- AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida, BRAGA, Maria da Graça Reis. Reflexões acerca das novas formas de parentalidade e suas possíveis vicissitudes culturais e subjetivas. *In*: **Ágora**, v. IX, n.2, Rio de Janeiro, jul/dez 2006, p. 177-191
- ANDREOTTI NETO, Nello. **Direito Civil e Romano**. Livro I. São Paulo: Rideel, 1975.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOSA, Águida Arruda. O direito de família e a mediação familiar. *In*: NAZARETH, Eliana Riberti, MOTTA, Maria Antonieta Pisano (coords.). **Direito de Família e Ciências Humanas.**, 1998. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira. Caderno de estudos n.11, p. 23-32.

BARROS, Fabrício Silveira. O interesse das crianças como paradigma da filiação socioafetiva. *In*: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (org). **O direito de família: descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Edição da autora, 2001, p. 213- 255.

BARROS, Sérgio Rezende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords.). **Direito de família e psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 143-157.

BARROSO, Ricardo G.,MACHADO, Carla. Definições, dimensões e determinantes da parentalidade. *Psychologica*. 2011, 52, 211-230.

BELARDINELLI, Sérgio. A pluralidade das formas familiares e a família como insubstituível “capital social”. *In*: BORGES, Angela. CASTRO, Mary Garcia (orgs.). **família, gênero e gerações: desafios para as políticas sociais**. 1 ed. São Paulo: Paulinas, 2007. (Coleção família na sociedade contemporânea).

BELSKY, Jay. Social-contextual determinants of parenting. *In*: Tremblay RE, Barr RG, Peters RDeV, eds. **Enciclopedia on Early Childhood development [on line]**. Montreal, Quebec: Centre of Excellence for Early Childhood Development; 2005: 1-6. Available at: <http://www.childencyclopedia.com/documents/BelskyANGxp-Parenting.pdf>. Accessed in January, 12, 2013.

BERTOCCHI, Frederica. La famiglia: decostruzioni e ridistinzioni. **Sociologia e politiche sociali**. V. 9 -1, 2006.

BRECHT, Bertolt. **O círculo de giz caucasiano**. Tradução de Manuel Bandeira. São Paulo: Cosac Naify, 2002.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Edição Pastoral. Tradução Ivo Storniolo, Euclides Martins Balancin e José Luiz Gonzaga do Prado. 31ª impressão. São Paulo: Paulus, 1999.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa: monografia, dissertação, tese**. 1 ed. 5. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

BOCK, Ana Mercês Bahia. FURTADO, Odair, TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOING, Elisângela., CREPALDI, Maria Aparecida., MORÉ, Carmen Leontina Ojeda Ocampo. Pesquisa com famílias: aspectos teórico-metodológicos. **Paidéia**, 2008,18 (40), 251-266. Disponível em: www.scielo.br/paideia. Acesso em 19/08/2013.

BOST, Kelly K., COX, Martha J., PAYNE, Chris. *Structural and supportive changes in couples' family and friendship networks across the transition to parenthood*. In: **Journal of marriage and family** 64 (May 2002): 517-531. Available at: <http://www.jstor.org/stable/3600122> . Accessed in: 2014, January, 12.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. Do interesse da psicanálise para o direito na contemporaneidade. **Estudos Contemporâneos da Subjetividade - ECOS**, v. 3,n. 1., 2003, p. 143 – 151.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. O conceito hiperbólico, existenciário e potestativo de família. **Direito das Famílias e Sucessões**. nº 30. Out-Nov/2012. Porto Alegre: Magister.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 2, de 27 de abril de 2009**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1311> . Acesso em 02 jul.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 3, de 17 de novembro de 2009**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1310> . Acesso em 02 jul.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 07 de 18 de outubro de 2005**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12121-resolu-no-7-de-18-de-outubro-de-2005> . Acesso em 19 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU). **Pedido De Uniformização de Interpretação de Lei Federal**. (PEDILEF 00056181220104013200). Rel. juiz federal Glauco Ferreira Maciel Gonçalves. Publicado em DOU 11/05/2012. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em 19.abr.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU). **Pedido De Uniformização de Interpretação de Lei Federal**.(PEDILEF 200651510523651) Rel.: Juiz Federal José Antonio Savaris. Data de Julgamento: 02/08/2011 Data de Publicação: DOU 30/08/2011. Disponível em: <http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20454300/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-200651510523651-rj> Acesso em 19/04/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU). **Pedido de uniformização de interpretação de lei federal** (PEDILEF 00056181220104013200). Juiz Federal: Janilson Bezerra de Siqueira. Data da decisão: 29/03/2012. Fonte/data da publicação: DOU 11/05/2012. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/juris/tnu/Resposta> Acesso em 01/05/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU). **Pedido de interpretação de lei federal** (PEDILEF: 200651510523651 RJ). Juiz Relator: juiz federal José Antonio Savaris. Data de Julgamento: 02/08/2011. Fonte/Data de Publicação: DOU 30/08/2011. Disponível em: <http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20454300/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-200651510523651-rj> Acesso em 04 mai.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf> Acesso em 20 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados** / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: [file:///C:/Users/Hilda%20Vargas/Downloads/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Hilda%20Vargas/Downloads/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum%20(1).pdf) Acesso em 25 mai.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **REsp 1167993 / RS. Recurso Especial 2009/0220972-2**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 18/12/2012. Data da Publicação/Fonte DJe 15/03/2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/52025651/stj-15-03-2013-pg-740> . Acesso em 21 ago de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 301. **Agravo Regimental no Agravo De Instrumento** n. 498.398-MG (2003/0002781-4). Segunda Seção. Data do julgamento: 18.10.2004. Publicada no DJ em 22.11.2004, p. 425. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial** n. 1.087.163 - RJ (2008/0189743-0). Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 18/08/2011, T3. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086464/recurso-especial-resp-1087163-rj-2008-0189743-0-stj/inteiro-teor-21086465> . Acesso em 20 de agosto de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial** n. 2009/0193701-9. Relator(a) Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento 24/04/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 10/05/2012. *In*: RDDP vol. 112 p. 137 RSTJ vol. 226 p. 435.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial** n 1348458 / MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Decisão de 08/05/2014. Publicada no DJe de 25/06/2014. *In*: RDDP vol. 138 p. 174

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **REsp 1159242 / SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 24/04/2012. Publicado em DJe 10/05/2012. RDDP vol. 112 p. 137. RSTJ vol. 226 p. 435. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf Acesso em: 21 ago.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp. n. 1.383.408 - RS** (2012/0253314-0), tendo como relatora, a Ministra Nancy Andrighi ; como Recorrente : I D B S e outro; como Recorrido : B B B representado por : M T B: Data do julgamento: 15/05/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25112199/recurso->

especial-resp-1383408-rs-2012-0253314-0-stj/inteiro-teor-25112200 Acesso em 21 ago.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp 1189663/RS 2010/0067046-9**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento 06/09/2011. Publicado no DJe 15/09/2011. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Familia/Jurisprudencia_familia/STJ%20-%20RESP%201189663%20investigacao%20patern%20matern%20socioafetiva.pdf Acesso em 21 ago.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão monocrática em AREsp 457661**, Ministro Antonio Carlos Ferreira, publicado em 31/03/2015. Disponível em:
http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=direito+de+visitas+avoenga&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO Acesso em 18 abr.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática em Recurso Especial n. **1.231.761** - DF (2011/0012891-5). Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 24 de janeiro de 2014 . Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/67433635/stj-12-03-2014-pg-2559> Acesso em 18/04/2015.

_____. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos judiciários. / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados**. Brasília, 2012. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/publicacao/seriada/index.php/jornada> . Acesso mar 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ac. Unân. Tribunal Pleno, **ADIn 4277/DF**, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, publicado no DJe 198. Publicação 13/10/2011. Ementário 2607-3, p. 612-613. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> . Acesso em 20 ago.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF Coordenadoria de análise de jurisprudência. **Acórdão Tribunal Pleno ADIn 4277/DF**, rel Min. Carlos Ayres Britto, julgamento em .5.5.2011. , julgamento em 05/05/2011, publicado no DJe 198.Divulgação 13/10/2011. Publicação 13/10/2011. Ementário 2607-3, p. 612-613). Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> . Acesso em 05/04/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal.Recurso Especial nº 1.383.408 - RS (2012/0253314-0). Relatora: Min. Nancy Andrighi Recorrente : I D B S e outro Advogado : Carlos Alberto Mascarenhas Schild Recorrido : B B B REPR. Por : M T B advogado : Lucel Jussara Araújo Brum Betiullo. Disponível em:
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25112199/recurso-especial-resp-1383408-rs-2012-0253314-0-stj> Acesso em 15 ago.2014

_____. Supremo Tribunal Federal. **REsp 1189663/RS 2010/0067046-9**. Relator(a) Ministra Nancy Andrighi (1118) Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma. Data do Julgamento 06/09/2011. Publicado no DJe 15/09/2011. Disponível em:
http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1189663_RS_1327095468827.pdf?Sigmat

re=GUUFafGknaghnWWIGf64CTA9SZU%3D&Expires=1437504161&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=878480c32f424c1c6e1d7066fca179b8 . Acesso em:08 ago.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal **Recurso especial nº 1.231.761** - DF (2011/0012891-5) relator: ministro João Otávio de Noronha recorrente : J A F J e outro advogado : Márcia Suellen Rodrigues da Silva e outro(s). Decisão monocrática proferida pelo ministro João Otávio de Noronha, Julgado em: 24 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn=%27003836110%27> Acesso em 10 jul.2015.

_____.Supremo Tribunal Federal .Voto vencido do Min. Marco Buzzi em **REsp 1167993 / RS Recurso Especial** 2009/0220972-2 Relator(a) Ministro Luis Felipe Salomão (1140) Órgão Julgador T4 - quarta turma Data do Julgamento 18/12/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 15/03/2013. Disponível em. <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/86248203/djap-20-02-2015-pg-202>. Acesso em. 07 mai.2015.

_____.**Constituição federal, código civil, código de processo civil** / organizador Yussef Said Cahali: obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Gisele de Melo Braga Tapai. – e ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003 (RT mini-códigos).

_____. **Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11358889/artigo-16-da-lei-n-8213-de-24-de-julho-de-1991>. Acesso em 19 abr.2014.

_____. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código Civil *In*: Vade Mecum compacto. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2014.

_____. **Lei 12.004 de 29 de julho de 2009**. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm#art2. Acesso em 21.jan.2015.

_____. **Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm. Acesso em jan.2015.

_____. **Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990..*In*: Vade Mecum compacto. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm Acesso em 08 mai.2014.

_____. **Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. In: Vade Mecum compacto. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 jan.2015.

_____. **Decreto-lei nº. 5.452 de 1º de maio de 1943** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. In: Vade Mecum compacto. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. In: Constituição federal, código civil, código de processo civil. Organizador Yussef Sahid Cahali: obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga tapai. 5 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Lei nº. 8.069, de 13 de junho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: Vade Mecum compacto. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei nº11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. In: /2010. In: Vade Mecum compacto. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009.** Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm. Acesso em 18 mai.2015

_____. **Código civil comparado.** Coord. Anne Joyce Angher. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2002.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** In: VADE MECUM compacto. Obra coletiva de autoria

da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 11. ed. atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 7-118.

_____. **Decreto n. 99.710/1990.** Promulga a convenção sobre os direitos da criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 08 abr.2014

_____. **Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010.** Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. In: VADE MECUM compacto. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 11. ed. atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil In: VADE MECUM compacto. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 11. ed. atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 359-458.

_____. **Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007.** Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm . Acesso em 03 mai./2013.

_____. **Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm Acesso em 05 mai 2015.

_____. **Lei n. 12.004 de 29 de julho de 2009.** Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm Acesso em 05 mai.2015.

_____. **Lei n. 12.662 de 05 de junho de 2012.** Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo - DNV regula sua expedição, altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/06/declaracao-de-nascido-vivo-e-emitida-apos-o-parto> Acesso em 09/06/2015.

_____. Ministério do planejamento, orçamento e gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico 2010:** famílias e domicílios. resultados da amostra. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/censos/censo_demografico_2010/familias_e_domicilios/censo_fam_dom.pdf acesso em 20 set.2013.

_____. Ministério do Planejamento, orçamento e gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Diretoria de pesquisas, coordenação de população e indicadores sociais, estatísticas do registro civil 2013.** (2014). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000019925012122014502109119665.pdf> acesso em 20 abr. 2015.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais.** Projeção da População do Brasil por Sexo e Idade para o período 2000 – 2060. Projeção da População das Unidades da Federação por Sexo e Idade para o período 2000 – 2030.(2013) Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Projecao_da_Populacao/Projecao_da_Populacao_2013/nota_metodologica_2013.pdf Acesso em 20 abr. 2015.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. As novas orientações do direito de família. *In*: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (org.). **O direito de família: descobrindo novos caminhos.** São Leopoldo: Edição da Autora, 2001, p. 09 - 20.

BUNAZAR, Maurício. **Pelas portas de Villela: Um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sócio-jurídica.** Artigo apresentado no III Congresso Paulista de Direito de Família, realizado entre os dias 27 a 29 de agosto de 2009. Publicado na Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre, n. 59. Abr/maio 2010 – sem identificação da página). Disponível em: <http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=20377>. Acesso mai. 2012.

CABRAL, João de Pina. **O homem na família: cinco ensaios de antropologia.** Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2003.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** Ano XV, v. 35, ago/set. 2013. Porto Alegre: Magister, p. 129-141.

_____. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. 2011. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1> Acesso em: 04/03/2015.

CANO, Débora Staub, GABARRA, Letícia Macedo, MORÉ, Carmen Ocampo, CREPALDI, Maria Aparecida. As transições familiares do divórcio ao recasamento no contexto brasileiro. **Psicologia: reflexão e crítica**, v. 22, n. 2, Porto Alegre, 2009, p. 214-222. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79722009000200007&script=sci_arttext Acesso em 25/01/2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Geral da Constituição.** 7 ed. 7 reimpr. Lisboa: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Pesquisa na complexidade e transdisciplinaridade:** 3 ed. Curitiba, 2013.

CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação socioafetiva e “conflitos” de paternidade ou maternidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

CASEY, James. **A história da família**. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 199

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

_____. Multiparentalidade: uma realidade na jurisprudência que não pode mais ser ignorada. **Revista IBDFAM: família e Sucessões**. V.5 (set./out.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 181-187.

CEARÁ. Ceará. Comarca de Pereiro/CE, **Sentença judicial. Processo n. 955-31.2010.8.06.0145/0** em 30 de março de 2015. Magno Rocha Thé Mota - Juiz de Direito Auxiliar da 4ª ZJ - INT. DR (S). Jose Aleixon Moreira De Freitas, Paulo Napoleao Goncalves Quezado. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/89077508/djce-judiciario-01-04-2015-pg-516> . Acesso em 07 mai.2015.

CEARÁ. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento n. 15/2013**. Disponível em: <http://www7.tjce.jus.br/corregedoria/wp-content/uploads/2013/12/Prov-n-15-2013-Reconhecimento-voluntario-de-paternidade-uniao-socioafetiva.pdf> . Acesso em 10 jul.2015.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Configurações edípicas da contemporaneidade: reflexões sobre as novas formas de filiação. Pulsional **Revista de Psicanálise**, ano XV, n. 161. São Paulo: Escuta, 2002 p. 88-98.

_____. Novas configurações familiares: mitos e verdades. **Jornal de psicanálise** São Paulo, 40(72): 89-102, jun.2007.

CHAVES, Marianna. Melhor interesse da criança: critério para atribuição da guarda unilateral à luz dos ordenamentos brasileiro e português. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2716, 8 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17985>. Acesso em: 06 set. 2014.

COSTA, Juliana Monteiro. **A arte de recomeçar: uma compreensão da dinâmica das famílias recasadas**. Dissertação de mestrado em Psicologia Clínica, apresentada ao Programa de Pós Graduação da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, orientadora, a profa. Dra. Cristina Maria de Souza Brito Dias. 2008. Disponível em: http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=312 . Acesso em 25/06/2015.

COSTA, Juliana Monteiro; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Famílias recasadas: mudanças, desafios e potencialidades. **Psicologia: teoria e prática**, v. 14, n. 3, p. 72-87, 2012.

CORRÊA, Carlos Pinto. O afeto no tempo. **Círculo Brasileiro de Psicanálise**. Disponível em: www.cbp.org.br/rev2806.htm Acesso em 02/03/2015.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Aurélio Barroso Rebelo e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil**. 1 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DAMENO, Maria Silvia. **Famílias ensambladas**. Disponível em: <http://gestaltnet.net/sites/default/files/FAMILIAS%20ENSAMBLADAS.pdf> . Acesso em 27/01/2015.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: MADALENO, Rolf, MILHORANZA, Mariângelo Guerreiro (coords.). **Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. Série família notadez, vol. II, p. 293 – 349.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ed. rev., atual. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Investigado a parentalidade**. R. *CEJ*, Brasília, n. 27, p. 64-68, out./dez. 2004.

_____. **Sociedade de afeto**. 2014? Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_sociedade_de_afeto.pdf . Acesso em 02.fev.2015.

_____., OPPERMANN, Marta Cauduro. Adoção: o prioritário direito a um lar. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk, MENEZES, Joyceane Bezerra de. (orgs). **Direito das famílias: por juristas brasileiros**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: **Teoria Geral do direito civil**. 22. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Curso de direito civil brasileiro. **Direito de família**. V.5. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI: abordagem relacional**. Tradução de João Carlos Petrini. São Paulo: Paulinas, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo código civil brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. (coords.). **Direito das Famílias**. Série: leituras Complementares. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 23-42.

FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2014.

_____. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FÁVARO, Diocélia da Graça Mesquita. A interdisciplinaridade, sua importância na formação jurídica e sua aplicação ao direito de família. **Revista Jurídica Cesumar**, v.5, n.1, pp. 209-232, 2005.

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha, MAGALHÃES, Andrea Seixas. A parentalidade nas múltiplas configurações familiares contemporâneas. *In*: CAMPOS, Maria Lúcia Vaz de. , RABINOVICH, Elaine Pedreira.(Orgs.). **Família e parentalidade: olhares da psicologia e da história**. Curitiba: Juruá, 2011, p.117-133.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira e Lexikon Informática, 1999. Versão 3.0. 1 CD-ROM.

FERREIRA, Breezy Myazato Vizeu, ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O papel do afeto na formação das famílias recompostas no Brasil. *In*: DIAS, Maria Berenice, BASTOS, Eliene Ferreira, MORAES, Naime Márcio Martins (coords.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 103- 118.

FIGUEIREDO, Antônio Macena; SOUZA, Soraia Riva Goudinho. **Como elaborar projetos, monografias, dissertações e teses: da redação científica à apresentação do texto final**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FONSECA, Cláudia. Concepções de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica. **Saúde e sociedade**. v. 14, n. 2., p. 50-59, mai-ago 2005.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rododlfo. Novo curso de direito civil, v. VI: **Direito de Família - as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. Direitos da(o) amante – na teoria e na prática (dos tribunais). *In*: DIAS, Maria Berenice, BASTOS, Eliene Ferreira, MORAES, Naime Márcio Martins (coords.) **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.439-452.

GALANO, Mônica Hydée. Família e história: a história da família. *In*: CERVENY, Ceneide Maria de Oliveira. (org). **Família e ... :narrativas, gênero, parentalidade, irmãos, filhos nos divórcios, genealogia, história, estrutura, violência, intervenção sistêmica, rede social**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

GALLO, Luiz Carlos. Segurança *versus* Justiça: coisa julgada nas ações de Direito de Família. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5463/2887> Acesso em 15/04/2015.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html Acesso em: 20 jul.2015.

GARDENAL, Juliana Cristina. Parentalidade sócio-afetiva: o afeto como base estruturante da família contemporânea. **Vox Forensis**, Espírito Santo do Pinal, v. 3, n.1, Fev./Abr. 2010, p. 147-157.

GHILARDI, Dóris. A possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade: Vínculo biológico X vínculo socioafetivo, uma análise a partir do julgado da AC nº 2011.027498-4 do TJSC. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 36 (out/nov. 2013. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2013, p. 63-78.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GILL, Rosalind. Análise de discurso. In: BAUER, M e GASKELL, G. **Pesquisa qualitativa com exto, imagem e som**. Petrópolis: Vozes, 2003.

GLANZ, Semy. **A família mutante: sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte Geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito civil brasileiro: Direito de família de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOUVEIA, Débora Cansoni. **A autoridade parental nas famílias reconstituídas**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

GRISARDI FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. In: GROENINGA, Giselle Câmara, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de janeiro: Imago, 2003, p. 255- 267.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Giselle Câmara, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de janeiro: Imago, 2003, p. 125-176.

_____. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice, BASTOS, Eliene Ferreira, MORAES, Naime Márcio Martins (coords.) **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 201 – 216.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A INCESSANTE TRAVESSIA DOS TEMPOS E A RENOVAÇÃO DOS ARADIGMAS. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de, MATOS, Ana Carla Harmatiuk (orgs). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17-32.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA **Projeto de Lei n. 2.285/2007: Estatuto das famílias**, Belo Horizonte: Magister, IBDFAM, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução João Vasconcelos. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p.163-176.

LEIS, Héctor Ricardo. Sobre o conceito de interdisciplinaridade. *In*: **Cadernos de pesquisa interdisciplinar em ciências humanas** n. 73, Florianópolis, agosto de 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de família e pareceres de direito civil: em homenagem à Dra. Regina Bilac Pinto, “a grande dama da editoração jurídica brasileira”**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Coleção Antropologia. Tradução de Mariano Ferreira. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LOBO, Cristina. Do (re) casamento às estratégias de recomposição familiar. *In*: **Sociologia: Problemas e práticas**. n. 18, 1995, p. 69-95.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausulus*. *In*: FARIAS Cristiano Chaves de. (coord.). **Temas atuais de direito e processo da família**. Primeira série. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.01-17.

_____. **Direito civil: Famílias** 4 ed. de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. (coords.). **Direito das Famílias**. Série: leituras Complementares. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 51 – 71.

LUZ, Valdemar P. da. **Curso de direito de família**. 2 ed. rev. e ampl. e com remissões ao novo código civil. São Paulo: LTr, 2002.

MACARANI, Samira Mafioletti; VIEIRA, Mauro Luis. Crenças e práticas parentais: uma análise transcultural integrando biologia e cultura. *In*: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira. (orgs.). **Família e parentalidade: olhares da psicologia e da história**. Curitiba: Juruá, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Paternidade alimentar. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos, ALVES, Leonardo Barreto Moreira. (orgs.). **Leituras complementares de direito civil: direito das famílias**. Salvador: Editora Juspodium, 2010, p. 265-280.

_____. Filhos do coração. **Revista Brasileira de Direito de Família** v. 6. , n. 23. Porto Alegre: Síntese, abr.-maio 2004, p. 22-36

MAIA, Renato. **Filiação paternal e seus efeitos**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. A presunção absoluta e a relativa na teoria das provas – sua natureza jurídica e sua eficácia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v 74, n 262, p. 89-100, abr/jun 2008.

_____. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. As relações de parentesco na contemporaneidade – prevalência entre a parentalidade socioafetiva ou biológica – melhor interesse dos filhos – descabimento ou reconhecimento de multiparentalidade – parecer definitivo. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, v. 1 (jul./ago. 2014). Porto Alegre: Magister, 2014, p. 125-143.

MANRIQUE, Ricardo C. Pérez. El afecto como elemento estructurante del derecho de familia. In: DIAS, Maria Berenice, BASTOS, Eliene Ferreira, MORAES, Naime Márcio Martins (coords.) **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 473- 496.

MARANHÃO. Corregedoria Geral de Justiça do Maranhão. Provimento nº 21/2013, de 19.12.2013. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, v. 1 (jan./fev.) Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 157-160).

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátins. **Introdução ao estudo sobre os deveres fundamentais**. Salvador: Editora Jus Podium, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A família recomposta: em busca de seu pleno reconhecimento jurídico. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de, MATOS, Ana Carla Harmatiuk (orgs). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 319-336.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Filiação biológica, socioafetiva e registral. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de., MATOS, Ana Carla Harmatiuk (orgs). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1.0024.09.600217-5/2002 da comarca de Belo Horizonte**. APELANTE(S): R.R.S – APELADO(S). R.R.R representado pela mãe L.D.S.L.C. Disponível em <http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/1908/paternidade%20socioafetiva.%20Comprova%C3%A7%C3%A3o.%20Filhos%20cora%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 21 de agosto de 2014.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Interdisciplinaridade: funcionalidade ou utopia? **Ciência e Sociedade**. 3(2):42-64, 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 36 ed. atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. - ed. revista e modificada pelo autor – 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORO, Marie Rose. Os ingredientes da parentalidade. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**. 2005; 8(2): 258-273.

MOTTA, Carlos Dias. Princípios fundamentais de direito de família. *In*: NUNES, João Batista Amorim de. (coord.). **Família e Sucessões: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

MULTEDO, Renata Vilela. A judicialização da família e a proteção da pessoa dos filhos. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk, MENEZES, Joyceane Bezerra de. (orgs). **Direito das famílias: por juristas brasileiros**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 433-454.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NALINI, José Renato. Repensar a ética da família brasileira. *In*: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (coord.). **Família e sucessões: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 67-92.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Paternidade e coisa julgada: limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais**. 1ª ed. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

NICOLESCU, Basarab. **The transdisciplinary evolution of learning**. Disponível em: http://www.learndev.org/dl/nicolescu_f.pdf. Acesso em 13.out.2014.

NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. A paternidade nos dias atuais (vínculo de fato, de direito e de amor). *In*: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (coord.). **Família e sucessões: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Novos vínculos jurídicos nas relações de família**. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito civil da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do prof. Carlos Alberto Dabus Maluf, em 2009. Disponível em: www.teses.usp.br/.../Jose_Carlos_Amorim_de_Vilhena_Nunes_Integral.p... Acesso em 04 de março de 2015.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor o amor?. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JR, Marcos, OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coords.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Juspodium, 2010, p. 47-67.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.htm>. Acesso em abr.2015.

_____. (1959). **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html> . Acesso em mai de 2012.

_____ (1989). **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Retirado de: <http://www.unicef.org.br/>. Acesso em 16 de maio de 2012.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. Ap. Civ. 200.2010.003876-5.001, 4ª. CC, Rel. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, J. 28.6.2012). Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/ac-2002010003876-001-gf1-madrasta1.pdf> . Acesso em jul.2015.

PARANÁ. Comarca de Cascavel – PR. Vara da Infância e Juventude. **Autos 0038958-54.2012.8.16.0021**. Juiz Sérgio Luiz Kreuz). Disponível em: file:///C:/Users/Hilda%20Vargas/Downloads/201302281223270.multiparent_sentpr.PDF. Acesso em 06/-7-2015

PATROCÍNIO, Mauro Ferreira do. **Aprender e praticar gramática**: volume único. São Paulo: FTD, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I, Direito de Família 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Instituições de direito civil**. V.5. Direito de Família. 19 ed; rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Lucia Maria Teixeira Ferreira (atualizadora). 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Maria Isabel da Costa. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *In*: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coords.). **Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Nota dez, 2008, p. 267-292.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Uma principiologia para o direito de família. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos, ALVES, Leonardo Barreto Moreira. (orgs.). **Leituras complementares de direito civil: direito das famílias**. Salvador: Juspodium, 2010, p. 43-50.

PEREIRA JUNIOR. Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. *In*: DIAS, Maria Berenice, BASTOS, Eliene Ferreira, MORAES, Naime Márcio Martins (coords.) **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 57 – 78.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERNAMBUCO. Corregedoria Geral de Justiça do estado de Pernambuco. Provimento nº 09/2013, de 02.12.2013. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, v. 1 (jan./fev.) Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 151-156)

PETRINI, João Carlos. Notas para uma antropologia da família. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de. (coord.). **Temas atuais de direito e processo da família**. Primeira série. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.41-64.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Afecto e justiça do caso concreto no Direito da família: “utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberta para o caos?”. *In*: DIAS, Maria Berenice, BASTOS, Eliene Ferreira, MORAES, Naime Márcio Martins (coords.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 227 – 244.

PINTO, Iran Belmonte da Costa., PINTO, Lisane Carvalho de Melo Costa., PERRUCHO JUNIOR, Wolney de Azevedo. Pesquisa bibliográfica. *In*: ROCHA, Nívea Maria Fraga., BARRETO, Maribel Oliveira., BOAVENTURA, Edivaldo Machado. (orgs). **Metodologias qualitativas de pesquisa**. Salvador: Fast Design, 2008.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Florianópolis: Conceito editorial, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo. Saraiva, 1996.

RIO GRANDE DO SUL. Comarca de São Francisco de Assis. **Processo n. 25/1.12.0001221-8** (CNJ.:0003264-62.2012.8.21.0125). Ação Declaratória. Autores: Daiana Brondani Guizolfi EspigJari Antônio Lara Corrêa Guizolfi Espig Júnior. Juíza substituta: Carine Labres. Data do julgamento: 07/08/2013. Disponível em: <https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=comarca+s%C3%A3o+francisco+de+assis+rs+multiparentalidade> Acesso em: 18 jan. 2015

_____. Tribunal de Justiça do RS **Apelação Cível** 70015987100 Comarca de Santiago, sétima Câmara Cível relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 23/8/06. Disponível em: <http://jus.com.br/forum/296231/atual-marido-tutelar-filho-de-relacionamento-anterior#ixzz3lp39FxzFv>. Acesso em 16 mai.2015

(
_____. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível Nº 70002319580**, Sétima Câmara Cível, relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/05/2001. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/ Acesso em 17 mai.2015.

_____. Tribunal de Justiça do RS, **Apelação Cível Nº 70062692876**, Oitava Câmara Cível, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 12/02/2001. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/tj-rs-autoriza-registro-multiparental.pdf> . Acesso em 06 mai.2015

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70029363918**, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 07/05/2009). Disponível em: http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/orgaosauxiliares/cao/caocc/dirFamilia/jurisprudencia/10_acao.de.investigacao.de.paternidade.pdf . Acesso em jul.2015

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família** Lei n. 10.406, de 10.01.2002.: Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Nívea Maria Fraga., BARRETO, Maribel Oliveira. Metodologias qualitativas de pesquisa. In: ROCHA, Nívea Maria Fraga., BARRETO, Maribel Oliveira., BOAVENTURA, Edivaldo Machado. (orgs). **Metodologias qualitativas de pesquisa**. Salvador: Fast Design, 2008.

ROCHA, Ruth, PIRES, Hindenburg da Silva. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Scipione, 2005.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei., GRUBBA, Leilane Serratini. A epistemologia da complexidade: para uma pesquisa científica do Direito: **RIDB**, ano 1, 2012, n.6. p. 3641 – 3666).

RONDÔNIA. Comarca de Ariquemes-RO, Juíza: Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz Juíza de Direito. (Disponível em: <file:///C:/Users/Hilda%20Vargas/Desktop/Doutorado/Cap.%20II/Decis%C3%B5es/Senten%C3%A7%C3%A3o%20de%20Rond%C3%B4nia.pdf> . Acesso em 06 jul.2015.

ROUDINESCO, Elisabeth. A família em desordem. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ac unân. 2ª Câmara de Direito Civil, **AgInstr. 2012.073749-3** – comarca de São José, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 14.2.13. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000ND5L0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5295211&pdf=true> Acesso em 10/07/2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AI n. 2007.060599-7, de Imbituba**, rel. Des. Newton Janke, j. em 8-5-2008). Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do> . Acesso em 10/07/2015.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SARACENO, Chiara. **Sociologia da família**. Tradução de M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa, Portugal: Editorial Estampa Ltda., 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Melo Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 13-43

SARTI, Cynthia Andersen. Contribuições da Antropologia para o estudo da família. In: **Psicologia USP**, S. Paulo 3(1/2), p. 69-76, 1992.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AC 0006422-26.2011.8.26.0286**; 1ª C.D. Priv.; Relator Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, DJSP 11/102012). (Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6104770&cdForo=0&vlCaptcha=ixhZw> . Acesso em 06/07/2015

SEGALEN, Martine. **Sociologia da Família**. Tradução de Ana Santos Silva. Lisboa, Portugal: Terramar, 1999.

]

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual.- São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Famílias reconstruídas**. Disponível em: <http://psicologiajuridica.org/psj270.html> (s/d, s/p).

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Priscilla de Oliveira Martins, TRINDADE, Zeidi Araujo, SILVA JUNIOR, Annor da. As representações sociais de conjugalidade entre casais recasados. **Estudos de psicologia**, 17 (3), setembro-dezembro/2012, 435-443.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Análise do projeto estatuto das famílias**. Disponível em: <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=343>. (s/d, s/p). Acesso em março de 2015.

_____. **Nova Lei do Divórcio não protege a família**. Publicado em www.conjur.com.br em 17/07/2010. Disponível em: <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/multimedia/multimedia.aspx?id=222> Acesso em Nov. de 2010.

_____. **Cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva**. Publicado no site www.conjur.com.br em 04/05/2012. Disponível em: <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/multimedia/multimedia.aspx?id=313> Acesso em 15 abr.2015.

_____. **Destruição da família projetada em lei**. Publicado no site www.iasp.com.br em 12/01/2014. Disponível em: <http://www.iasp.org.br/2014/01/destruicao-da-familia-projetada-em-lei/> Acesso em 10 jul.2015.

SILVA, Heleno Florindo., FABRIZ, Daury Cesar. A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 35, ago./set. 2013, p. 26-44.

SILVA FILHO, Jorge Ferreira da. Perspectivas de o afeto configurar-se elemento nuclear da noção jurídica de família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Anao XV, v. 33. (abr./mai. 2013). Porto Alegre: Magister, p. 44-64.

SMITH, Cynthia L. *Multiple determinants of parenting: predicting individual differences in maternal parenting behavior with toddlers, parenting: Science and practice*, 2010, 10:1, 1-17. Available at: <http://dx.doi.org/10.1080/15295190903014588>. Accessed in 2014, January, 12.

SCHMITT, Valdenise., TRAVASSOS, Lucília Panisset., FIALHO, Francisco Antonio Pereira., REMOR, Carlos Augusto Monguilhott. Interdisciplinaridade e pós graduação. **Revista de biologia e ciências da terra**. Vol. 6, n. 2, 2º semestre 2006. P. 295 – 304.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Parentalidade, dilemas singulares, dilemas coletivos. *In*: SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. (coord.). **Parentalidade: análise psicojurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. Direito civil. v. 5 : **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos, ALVES, Leonardo Barreto Moreira. (orgs.). **Leituras complementares de direito civil: direito das famílias**. Salvador: Editora Juspodium, 2010, p. 91-114.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Gustavo Tepedino no Congresso do IBDFAM.2009. Disponível em: <http://dirfam.blogspot.com.br/2009/11/gustavo-tepedino-no-congresso-do-ibdfam.html> . Acesso em 25 mar.2015.

TEPERMAN, Daniela. Família, parentalidade e época: articulações possíveis. *In*: CAMPOS, Maria Lúcia Vaz de., RABINOVICH, Elaine Pedreira (orgs.). **Família e parentalidade: olhares da psicologia e da história**. Curitiba, 2011, p. 157-168.

_____. **O exercício da parentalidade na contemporaneidade: um estudo sobre a transmissão**. Na 7. Col. LEPSIIP/FE-USP 2009.

TOVIANSKY, Daniela. Bicho de estimação virou membro da família. Revista Exame PME. Publicação de 16.01.2014. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame-pme/edicoes/69/noticias/o-novo-membro-da-familia> Acesso em 20/07/2015.

UZIEL, Anna Paula. Tal pai, tal filho em tempos de pluriparentalidade. Expressão fora do lugar? *In*: **XXIV Encontro Nacional da ANPOCS GT Família e Sociedade, 23 a 27 de outubro de 2000**. Petrópolis, Rios de Janeiro.

VALADARES, Maria Goreth. Os meus, os seus e os nossos: as famílias mosaico e seus efeitos jurídicos. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos, ALVES, Leonardo Barreto Moreira. (orgs.). **Leituras complementares de direito civil: direito das famílias**. Salvador: Editora Juspodium, 2010, p. 115-140.

_____. Uma análise jurídica da pluriparentalidade: da ficção para a vida como ela é. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 31 (dez/jan. 2013). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2013, p. 76-91.

VELUDO, Cássio Marcelo Batista; VIANA, Terezinha de Camargo. Parentalidade e o desenvolvimento psíquico da criança. **Paideia**, jan-abr. 2012, vol. 22, n. 51, 111-118.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. Volume 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. Volume VI, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Código Civil Interpretado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEIRA, Liliane dos Santos. **Pesquisa e monografia jurídica na era da informática**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. Tradução de Susana Ellena Dalle Mura: revisão e notas de Alfredo de J. Flores. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2005.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 21 (1979). p. 401- 418. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso em 24 out.2010.

TEPERMAN, Daniela. Família, parentalidade e época: articulações possíveis. *In: CAMPOS, Maria Lúcia Vaz de., RABINOVICH, Elaine Pedreira. (orgs.). Família e parentalidade: olhares da psicologia e da história*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 157-167.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZENI, Bruna Schlindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. **Direito em debate**. Ano XVII n. 31, jan-jun. 2009. P. 69-80.

ZOMPERO, Michele. Separação de irmãos na adoção: quais as conseqüências para essas crianças? **Grupo de Apoio à Adoção em São Paulo – GAASP**. Disponível em: http://www.gaasp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=268%3Aseparacao-de-irmaos-na-adocao-quais-as-consequencias-para-essas-criancas-&catid=35%3Aadocao&Itemid=67 . Acesso em 05 abr.2015.

ZORNIG, Silvia Maria Abu-Jamra. Tornar-se pai, tornar-se mãe: o processo de construção da parentalidade. **Tempo psicanalítico**. Rio de Janeiro. 2010. v. 42.2, p. 453-470.