

Novas Parentalidades: a resignificação da família em razão da construção jurídica do conceito de afeto¹

Title: New parenthoods: resignifying the concept of family on account of the legal construction of the concept of affection

Resumo: O artigo “Novas parentalidades: a resignificação da família em razão da construção jurídica do conceito de afeto” é um recorte da tendência que o Direito das Famílias vem seguindo a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, quando o ordenamento jurídico brasileiro passa a ser inspirado por diversos princípios que buscam maior valorização do ser humano. Assim, o afeto ganha destaque na configuração de novos arranjos que, não necessariamente, têm como ponto comum o vínculo biológico. É neste cenário que os tribunais brasileiros vêm reconhecendo a existência da multiparentalidade ou triparentalidade, sintetizada na possibilidade de constar do registro de nascimento de uma criança ou de um adolescente os nomes tanto dos pais biológicos quanto o nome do pai/mãe socioafetivo (padrasto ou madrasta) com quem eles também estabeleceram ao longo da vida vínculo de amor e afeto, apontando-se os principais reflexos pessoais e patrimoniais atribuídos a essa nova figura. Nesse sentido o presente trabalho busca sinalizar importante modificação na compreensão das relações de parentesco, com ênfase na interpretação/aplicação da lei 11.924/09 - demonstrando-se, mais uma vez, a inovação do ordenamento jurídico brasileiro a partir da função criadora da jurisprudência.

Palavras-chave: família, parentalidade, socioafetividade, Poder Judiciário

Abstract: The article “New parenthoods: resignifying the concept of family on account of the legal construction of the concept of affection” aims to investigate part of the trends that provide guidelines for Brazilian Family Law since the declaration of the Constitution of Brazil from 1988, with the Brazilian legal system being then inspired by values measured by the valuation of the human being. So, affection becomes an item that stands out in the configuration of these new arrangements, which not necessarily have the biological link as common ground. Due to that scenario Brazilian courts have been acknowledging the existence of multiple parenthood or triple parenthood, summarized by the possibility of birth certificates of children or teenagers being registered with names of both biological parents as well as names of socio-affective father/mother (stepfather or stepmother) with whom these children or teenagers might also have established bonds of love and affection during their lifetime, indicating the main personal and patrimonial reflexes attributed to these new roles. In this sense this work intends to emphasize important modifications in the comprehension of relationships of parentage, with emphasis in the applying/interpretation of Law 11.924/09 – proving once more the innovation of Brazilian legal system on account of the creator role of case law.

Keywords: family, parenthood, socio-affectivity, Judiciary.

¹ Este artigo é resultado das discussões realizadas por ocasião dos encontros dos participantes do diretório de pesquisa do CNPq: “As relações interpessoais no Direito Civil: a adequação do direito aos novos paradigmas sociais”, ocorridos na UFRRJ, ao longo do ano de 2013. Uma das atividades desenvolvidas pelos alunos foi o mapeamento, utilizando a internet como ferramenta, de decisões judiciais, algumas indicadas ao longo do texto.

I – Introdução

Tendo como pano de fundo a Constituição da República de 1988 e seus princípios acerca do Direito das Famílias, um novo paradigma vem sendo objeto de atenção no âmbito jurídico para a formação do conceito de família, qual seja: o afeto, que tem sido o valor fundamental para o reconhecimento de novas entidades familiares. Assim, o presente artigo propõe o debate acerca do surgimento de novas parentalidades, com foco no afeto como principal elemento formador da família.

O marco representado pela Lei da Investigação de Paternidade (Lei 8.560/92²) aumentou a busca pelo seu reconhecimento, através da autorização para que a mãe da criança indique, em separado, o nome do possível pai, na oportunidade da lavratura do registro civil de nascimento. Esta prática ficou conhecida como averiguação oficiosa da paternidade.

Outra inovação foi permitir que o Ministério Público, atuando no interesse da criança, pudesse ajuizar a ação em nome próprio com a finalidade de investigar a paternidade, fazendo com que esta, antes questão essencialmente privada, passasse a ser considerada, também, uma questão de interesse público e social. Essa lei também é relevante, uma vez que além de possibilitar o reconhecimento de um (a) filho (a) havido (a) fora do casamento – ou mesmo durante a vigência deste, mas fora dessa relação matrimonial – materializou a igualdade da filiação, em paralelo ao elementar direito de acesso à origem genética e identidade pessoal, importantes atributos da personalidade humana.

Os efeitos produzidos pelo reconhecimento da paternidade na vida das crianças desde o nascimento é vasto. Como consequência imediata elas ganham um novo sobrenome e passam a ter, em tese, a possibilidade de interagir com outros parentes. E, ainda que não consigam realizar as trocas afetivas idealizadas na relação entre o genitor e o filho³, o auxílio material (alimentos) também necessário para garantir o sustento

² Esta lei encampou o ideal de universalidade do direito de filiação ao regulamentar o art. 227, §6º da Constituição da República que apresenta a seguinte redação: “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”.

³ As práticas paternas não são neutras. Há pesquisas demonstrando que muitas vezes o reconhecimento, mesmo voluntário, não transforma a realidade das crianças que, efetivamente, não conseguem conviver com o pai e demais parentes. É um ato legal, mas não contém o poder mágico de fazer com que o pai seja pessoa presente e participativa na vida do(a) filho(a) (FONSECA, 2002; DIAS, 2014).

pode ser pleiteado mais facilmente, bem como a possibilidade de acesso à sucessão no momento do falecimento do genitor.

Enquanto nos processos que buscam o reconhecimento da paternidade (seja ele coativo, seja voluntário) anseia-se que o genitor assuma as responsabilidades parental e afetiva, o que muitas das vezes não ocorre, recentemente, experimenta-se situação diversa: o estabelecimento de vínculo socioafetivo somado ao exercício, de fato, do poder familiar⁴ pelo padrasto ou madrasta têm sensibilizado alguns juízes e Tribunais do país que ampliaram, ainda mais, o espectro da filiação proporcionando fosse retomado o debate sobre os efeitos do reconhecimento da paternidade e estabelecendo novos parâmetros para definir a parentalidade.

Nesse sentido, este artigo traz à discussão decisões judiciais que, baseadas na lei 11.924/09⁵, a chamada Lei Clodovil, e também fundamentadas no princípio da afetividade – mesmo anteriores à referida lei – associadas à criação de uma nova cultura acerca dos direitos das crianças pelos Tribunais têm assegurado a filiação em contextos dissonantes da conjugalidade heterossexual tradicional, secularmente pautada apenas na tríade: homem-marido, mulher-esposa e filho(s), constituída através do casamento.

A triparentalidade ou multiparentalidade (possibilidade de uma criança ou de um adolescente manter o vínculo de parentesco simultaneamente com três pessoas) será questão problematizada, principalmente no que se refere ao deferimento de direitos idênticos aos que decorrem do reconhecimento da paternidade, seja este voluntário ou judicial, como acima destacados, por exemplo: aos alimentos, à sucessão, a possibilidade de o enteado se tornar dependente em plano de saúde etc.

⁴ A doutrina jurídica costuma definir o poder familiar como sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo no afeto (TARTUCE, 2013: 387). É importante ressaltar que não houve apenas mudança de nomenclatura. O Código Civil de 1916 quando se referia ao então *pátrio poder*, refletia a ideia de poder de mando do pai em relação aos filhos que ocupavam o lugar de sujeição. No contexto da família despatriarcalizada do Código Civil de 2002, o poder familiar, é visto como o exercício da autoridade parental no cotejo do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. As atribuições do poder familiar estão definidas no artigo 1634 do Código Civil e cabem ao pai e a mãe na mesma medida.

⁵ Esta lei apenas autorizou o enteado ou a enteada a adotar o nome da família (parte do nome conhecida popularmente como sobrenome) do padrasto ou da madrasta. O art. 2º altera a redação do artigo 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passou a vigorar acrescido do § 8º, com a seguinte redação: “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.”

O ideal de justiça para todos, que é fortemente ligado à noção de ampliação de direitos, foi grandemente sentido no cenário do reconhecimento jurídico das novas famílias e das novas formas de parentalidade. A partir da noção da criança, como sujeito de direitos, proporcionada pelas declarações internacionais, notadamente nos anos de 1980 quando se elege o aparelho judiciário (especificamente as Varas da Infância e Juventude) como espaço privilegiado para a busca de justiça para aquelas, começam a surgir práticas particulares e peculiares criadas pelos agentes judiciais – juízes, promotores⁶, defensores públicos, advogados, psicólogos e assistentes sociais – que ao lidarem com questões do cotidiano infanto-juvenil enfatizaram a preocupação com valores existenciais⁷. Além disso, a especialização do Poder Judiciário, com a criação de varas de família, da infância, de órfãos e sucessões, da juventude e do idoso, foi fundamental, não somente para o amplo acesso à justiça, mas também para uma resposta mais célere e eficiente às demandas propostas, antigo desejo das pessoas que recorrem aos Tribunais.

Após alterações normativas que impuseram a igualdade entre filhos, independentemente da condição em que foram concebidos, somado ao verdadeiro ‘boom’ representado pelo número de ações judiciais de investigação de paternidade, em especial na década de 90, com o argumento de que toda criança deveria ter um pai, simultaneamente, juristas e órgãos judiciais que atuam perante o Poder Judiciário assumiram papel protagonista na promoção de tal direito.

Tais mudanças foram possíveis em razão da opção do legislador constituinte (CRFB/88) de priorizar os direitos fundamentais individuais e coletivos também expressos nas declarações internacionais de direitos, acrescida da instauração de regime democrático, nos quais os valores da igualdade, da dignidade humana e da solidariedade

⁶ Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público conquistou espaço importante na seara da infância e juventude em razão da atribuição de defesa dos direitos individuais e meta-individuais, não se limitando apenas a atuar na área criminal como anteriormente o fazia. Tal fato decorre da valorização desta instituição pela CRFB/88 que a colocou como espécie de tutora da sociedade civil, com destaque na preservação dos interesses de pessoas hipossuficientes, ou seja, daqueles que estão em condições de vulnerabilidade.

⁷ Segundo Patrice Schuch (2010:153) a nova cultura em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes fundamentada no ideal de proteção integral está diretamente relacionada à universalização da infância pelos saberes *psi* bem como a opção de priorizar a participação comunitária enfatizando a legitimidade de uma “justiça engajada” capaz de ampliar os domínios de ação e de autoridade para além dos bancos dos tribunais de Justiça. Em sua pesquisa de campo entrevistou juízes que atuavam nas varas da infância e juventude e quase todos disseram sobre a importância de conhecerem a comunidade onde atuavam e de interagirem com ela. Esta nova postura acolhe a ideia de que para assegurar os direitos das crianças é preciso estar junto delas também fora dos Tribunais.

social são essenciais. Dentre tantas transformações introduzidas pela Constituição da República, uma das mais importantes foi a possibilidade de ressignificação da noção de pessoa humana. Nenhum outro texto normativo estipulou direitos fundamentais que impactassem tão consideravelmente as relações jurídicas travadas entre o Estado e os indivíduos e entre os próprios particulares.

Com isso, houve importante emancipação do indivíduo, apto a desfrutar de liberdade, de autonomia, em condições de buscar como melhor lhe apraz à própria felicidade (ALVES, 2010). A doutrina jurídica costuma nomear este movimento de despatrimonialização ou personalização do Direito Civil⁸, muito presente no Direito de Família, pois este é o campo do Direito onde está concentrado o maior número de normas cogentes (impositivas, obrigatórias, que não admitem acordo entre as partes) relacionadas com a esfera existencial.

A partir dessas transformações ainda em curso, várias noções e conceitos passaram a ser revistos e desenvolvidos pela doutrina jurídica e foram também acompanhados pela legislação e pela jurisprudência. Com isso, o tema pertinente às famílias ganhou novo fôlego. O direito à constituição de família passou a ser um direito fundamental para a concretização da dignidade humana, se a pessoa assim o desejar, com fundamento também nas relações de afeto, sendo possível e admissível juridicamente, a formação de famílias hetero ou homoafetivas, monoparentais, triparentais, dentre outras (MOÁS e PAES, 2012).

II – Autonomia privada e afeto: a base do reconhecimento de novas parentalidades

A palavra afeto não está presente no texto constitucional, mas a construção doutrinária e judicial deste conceito jurídico decorre da valorização constante da dignidade humana, expressa na CRFB/88, conforme destacado acima. A interpretação sistemática de vários dispositivos legais permite considerá-lo como elemento nuclear de todas as entidades familiares. O afeto passou a ser um valor jurídico através do qual são

⁸ A despatrimonialização das relações jurídicas privadas, nelas incluídas as relações familiares, desloca da noção de patrimônio para a noção de pessoa o objeto maior de proteção. No contexto familiar, a família passa a ser valorizada de maneira instrumental, tutelada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes (TEPEDINO, 2008).

criadas entidades familiares e relacionamentos baseados no respeito e trocas recíprocas visando à felicidade e realização pessoal de todos os integrantes (MATOS, 2011; MALUF, 2012; LÔBO, 2012). Através dele a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Tornou-se obrigatória a análise dos princípios e institutos pertinentes ao Direito de Família do ponto de vista da afetividade deixando de lado qualquer interpretação sem contextualização social da legalidade estrita.

Assim, a família passou a ser reivindicada como uma espécie de valor seguro em relação ao qual nenhum indivíduo parece desejar abrir mão, experimentando a convivência familiar uma espécie de apogeu (ROUDINESCO, 2006). Neste contexto uma mudança profunda também foi percebida nas relações de parentesco, ganhando maior apelo às noções de pertencimento ou não pertencimento, pois todo e qualquer sistema de classificação implica no estabelecimento de direitos e deveres bem definidos entre os integrantes de uma mesma família.

No Brasil, desde a descoberta e maior confiabilidade dos exames de DNA, o critério de determinação da paternidade assentado em sistema de presunção cedeu espaço para a valorização do critério biológico. A classificação jurídica das relações de paternidade/filiação vem passando por importantes transformações desde o advento da primeira codificação civil (Código Civil de 1916, que vigeu até 2002). O primeiro critério estabelecido era pautado em presunções que tinham por base o que, em regra, ocorria nas famílias e, assim, determinava que a maternidade fosse fixada pelo ato físico/material do parto (mãe era quem dava à luz a criança ou “*mater semper certa est*”) e a paternidade, fenômeno incerto, era determinada pela presunção de que o filho da mulher casada era do marido (“*pater is est quem nuptiae demonstrant*”). Assim, o casamento permaneceu, por muito tempo, como fator de legitimidade de uma família possuindo mais importância que o próprio vínculo biológico de paternidade⁹ ou

⁹ Segundo o critério de presunção relativa estabelecido pelo Código Civil de 1916, cabia ao marido afastar a paternidade que lhe havia sido atribuída pelo simples fato do casamento, ajuizando a ação negatória da paternidade. Para tanto deveria apresentar provas da impossibilidade de procriar à época da concepção. O Código Civil atual (Cód. Civil de 2002) repete a mesma ideia no art. 1601: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”. Assim, em tese, o pai registral pode, a qualquer tempo, desde que tenha certeza da ausência do vínculo biológico, desconstituir a paternidade já consolidada desde o nascimento da criança. Os Tribunais, mais uma vez, atenuaram o rigor deste dispositivo, julgando improcedente um número enorme de ações negatórias de paternidade, sob o argumento da prevalência do vínculo socioafetivo em detrimento daquele.

maternidade¹⁰ em si. O valor biológico da paternidade ganhou demasiada importância com o advento do exame de DNA, capaz de apontar a certeza do vínculo em ordem bastante elevada.

É inegável a vantagem do critério biológico na comparação com o frágil critério baseado em provas indiciárias e presunções, também em razão da assimetria do valor (grau de confiabilidade) conferido à palavra do homem e à palavra da mulher, em especial, quando eram consideradas as eventuais hipóteses de infidelidade. Todavia, atualmente, os Tribunais passaram a relativizar a, até então hiper-valorizada, verdade de sangue. “É um reducionismo restringir a paternidade ao biológico, uma vez que ela se completa no exercício da parentalidade que, no masculino e no feminino, é construída e reconstruída permanentemente, por laços de afeto, de solidariedade e de engajamento” (THURLER: 2009, 131). Há inúmeras crianças reconhecidas que estabelecem laços de afeto não com seus genitores, mas com pessoas não-parentes que estão dispostas ao acolhimento. Em razão disso maior importância foi conferida ao parentesco socioafetivo.

Além da definição dos critérios de parentesco e das modalidades de alianças matrimoniais (quem pode ou não desposar e com quem) toda sociedade também dispõe de fórmulas para resolver a esterilidade/infertilidade, na medida em que reproduzir foi, quase sempre, uma obrigação imposta às famílias (LÉVI-STRAUSS, 2012:40). As técnicas de reprodução assistida impuseram uma releitura das relações de parentesco consolidadas há séculos em quase todo o mundo ocidental. Já se contabiliza aproximadamente quatro décadas de prática da reprodução assistida¹¹, sem a edição de

¹⁰ A necessidade de investigar a maternidade antes do advento da reprodução medicamente assistida existia nos casos em que crianças eram trocadas nas maternidades. A reprodução assistida apenas aprofundou o debate sobre a paternidade/maternidade de crianças, diante dos inúmeros casos envolvendo a maternidade de substituição (conhecida popularmente como ‘barriga de aluguel’) em que a *geratrix* (titular do projeto parental) disputava a criança com a *gestatrix* (aquela que gerou a criança), pois esta após o nascimento da criança recusava-se a entregá-la à primeira. A mais recente resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM n.2013-2013), no intuito de evitar disputas judiciais pela criança, estabelece que as doadoras temporárias do útero devem pertencer às famílias de um dos parceiros dos doadores genéticos, num parentesco consanguíneo de até o quarto grau (além das mães e irmãs, alcança também as tias e primas). A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”.

¹¹ As técnicas de reprodução assistida introduziram questões emblemáticas que não podem mais ser consideradas novas, porém diante da ausência de lei em sentido formal, permanecem ainda sem resposta uniforme, variando as soluções no tempo e no espaço. Como exemplo pode-se citar: a possibilidade ou não de o indivíduo se reproduzir sem a existência de parceiro (consequência da dissociação entre sexualidade e reprodução), a possibilidade de acesso à reprodução pelos casais soropositivos, pelos casais de mesmo sexo, entre outras não menos importantes.

uma lei para pacificar os dissensos. Diante desta omissão, seguem em vigor as normativas éticas do Conselho Federal de Medicina como parâmetros balizadores, na tentativa de definir a relação entre a filiação biológica e a social que desde então se tornaram distintas (MOÁS e VARGAS, 2012).

Em meio às transformações e permanências no atual cenário das relações de parentesco, uma nova figura vem surgindo, a triparentalidade, em que pese o fato de ainda ser pouco discutida pelos juristas. A Lei 11.924/09 não contempla dispositivo sobre critérios de definição do parentesco, mas ao acrescentar o parágrafo 8º ao art. 57 da Lei de Registros Públicos, permitindo a possibilidade de o(a) enteado(a) realizar espécie de homenagem, ao acrescentar ao seu o sobrenome do padrasto ou madrasta, abre espaço para o debate que aqui se trava. Desde então, através das mídias em geral, se tem notícias de decisões judiciais deferindo a inclusão do sobrenome do(a) padrasto/madrasta na certidão de nascimento de crianças e adolescentes, porém sem a retirada do nome do genitor(a).

Em 28 de março de 2012, a revista *Consultor Jurídico*¹² publicou reportagem noticiando que uma juíza de Rondônia, utilizando como justificativa a existência de laços afetivos, proferiu sentença autorizando uma criança a ter sua certidão de nascimento modificada: além do nome do pai biológico, junto a este haveria a inclusão do nome de seu padrasto. Em 22 de fevereiro de 2013¹³, um juiz de Pernambuco, Comarca de Recife, autorizou que constasse na certidão de nascimento de uma criança os nomes de seus pais biológicos e de sua madrasta, também com fundamento nos vínculos de afeto. Caso semelhante foi noticiado pela revista eletrônica *Migalhas*, em 08 de abril de 2014, ocorrido em Goiás¹⁴.

Em 26 de fevereiro de 2013, a assessoria de comunicação do IBDFAM¹⁵ publicou nota sobre decisão proferida em processo de adoção em que, caso fosse proferida sentença a favor do pai socioafetivo, esta implicaria na exclusão do pai biológico, mas para atender ao melhor interesse da criança – princípio norteador das interpretações das normas jurídicas relacionadas aos direitos das crianças e dos

¹² Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-28/justica-garante-dupla-paternidade-certidao-nascimento-crianca>. Acesso em 30/06/2014.

¹³ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-fev-22/justica-autoriza-registro-mae-pai-madestra-certidao-nascimento>. Acesso em 30/06/2014.

¹⁴ Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI198755,51045-Menina+tera+dupla+paternidade+em+seu+registro+1/2>. Acesso em 30/06/2014.

¹⁵ Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4967/novosite>. Acesso em 30/06/2014.

adolescentes e considerando que o próprio adolescente chamava a ambos (o genitor e o pai socioafetivo) de pai, o juiz optou pelo não desligamento da família biológica paterna. Segundo o juiz, com esta decisão o adolescente teria os benefícios afetivos dos dois pais e também outras vantagens, como a inclusão em planos de saúde, planos previdenciários, além da possibilidade de figurar como dependente de qualquer um deles em clubes sociais e poder pleitear alimentos em face dos dois, caso haja necessidade. Destacou ainda, a existência dos efeitos sucessórios, figurando o adolescente como herdeiro também em relação a ambos os pais.

Estamos diante da excepcional situação de uma pessoa passar a ter o vínculo jurídico de filiação, simultaneamente, com três pessoas¹⁶. São famílias que vêm sendo chamadas de multiparentais, pois o registro de nascimento de tais crianças ou dos adolescentes apresentam dois pais e uma mãe ou duas mães e um pai, criando-se assim uma tripla paternidade.

Ressalte-se que a questão transcende ao uso do sobrenome¹⁷, pois não é dele que decorre o vínculo de filiação, mas do estado de filiação (vínculo jurídico) comprovado pelo registro. O direito ao nome, no caso o patronímico (conhecido como sobrenome), que identifica a família (estirpe/origem) é apenas uma das consequências do ato de reconhecimento da paternidade.

O vínculo entre pais e filhos diz respeito ao estado das pessoas, mais precisamente ao estado familiar, compreendido como a qualidade ou posição que estas

¹⁶ É importante destacar que a situação contemplada pela lei em análise não se confunde com a possibilidade introduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 41, § 1º, versando sobre a adoção. Vale transcrever o dispositivo: “Se um dos cônjuges ou concubinos (leia-se companheiros) adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. O parágrafo 2º complementa: É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes, colaterais até o quarto grau, observada a ordem de vocação hereditária”. Assim, o ECA permite que o cônjuge ou companheiro possa adotar o filho do outro. Nestes casos específicos, a criança e o adolescente normalmente são órfãos de um dos genitores ou apesar de o genitor estar vivo, teve o poder familiar extinto. E, nestes casos, a criança ou o adolescente tem o vínculo jurídico de filiação apenas em relação aos dois: o genitor e seu cônjuge ou companheiro que optou pela adoção. Não há tripla paternidade.

¹⁷ Os cartórios de registro civil de pessoas naturais, nos últimos anos, tiveram de adequar os expedientes em razão de decisões judiciais inovadoras no âmbito do Direito de Família. Dois exemplos são dignos de nota: 1) a mudança do nome em razão da cirurgia de transgenitalização; 2) a possibilidade que companheiros de mesmo sexo também passaram a ter de crescer o sobrenome do outro após a decisão do STF (em maio de 2011) que reconheceu as uniões estáveis homoafetivas, desde que presentes todos os requisitos das uniões estáveis entre um homem e uma mulher.

ocupam na entidade familiar e da qual decorrem direitos e obrigações. Assim, costuma ser compreendido como um valor moral, por isso insuscetível de transação, sendo indisponível e desprovido de caráter patrimonial (FARIAS, 2012).

Tais decisões judiciais legitimam uma realidade fática já existente: a situação em que a criança ou o adolescente pleiteia a inclusão do nome do padrasto/madrasta porque com ele (a) convive desde a tenra idade, sendo criado, sustentado e realizando trocas afetivas. Porém, simultaneamente, recebeu atenção, carinho, foi também sustentado pelo genitor biológico que, em momento algum esteve ausente e, justamente por isso, não pode ter o vínculo de paternidade desconstituído.

As decisões acima citadas dão conta de situações em que não há conflito: o genitor biológico não disputa com aquele que figura como pai/mãe socioafetivo e vice-versa. O padrasto ou a madrastra, no exercício da autonomia privada, externaram ato de vontade ao vincularem-se àquela criança, autorizando, assim, o estabelecimento do vínculo afetivo, hoje reconhecido juridicamente como gerador de direitos e deveres.

Embora o plano da conjugalidade seja distinto do plano da filiação, considerando que os casamentos e uniões estáveis duram menos que em passado recente¹⁸, é importante destacar que mesmo havendo, no futuro, eventual rompimento do relacionamento amoroso entre o(a) genitor(a) e o(a) padrasto/madrasta do filho que voluntariamente aceitou que seu nome fosse acrescido à certidão de nascimento, e, assim permitiu a criação da relação jurídica de parentesco, não será admitido o pedido de desconstituição do vínculo jurídico de paternidade.

Assim como o reconhecimento voluntário da paternidade, as decisões judiciais que garantem a multiparentalidade têm o mesmo efeito: a irrevogabilidade, que significa dizer: ato em relação ao qual não cabe arrependimento. Neste caso o filho socioafetivo terá direito aos alimentos e direito à sucessão em relação a ambos (o genitor e o pai/ socioafetivo), pois os Tribunais jamais poderiam admitir distinção entre filhos, em flagrante afronta à determinação constitucional, que estabeleceu a igualdade jurídica de todos. Conforme já destacado, tais garantias estão alinhadas com o nível de

¹⁸ Dados estatísticos do IBGE dão conta que os casamentos duram em média 10 anos. Entre os diversos fatores pode-se citar: a facilidade de dissolver o vínculo sem a atribuição de culpa a um dos cônjuges, a possibilidade de a pessoa casar quantas vezes desejar, etc. Há uma espécie de consenso que o casamento somente deve prevalecer, assim como qualquer outra entidade familiar enquanto conseguir garantir a felicidade do casal (http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/16122002reg_civil.shtm).

proteção introduzido pela Constituição da República, no sentido de orientar todo o ordenamento infraconstitucional para a integral e irrestrita proteção da pessoa humana.

Atualmente é inegável que filiação é um conceito relacional. Nesse sentido, é oportuno lembrar que a família é um elemento ativo, no sentido de evoluir conforme a sociedade se modifica.

A natureza jurídica da paternidade, da maternidade e da filiação nos dias atuais não decorre exclusivamente de informações biológicas ou genéticas, havendo exemplos claros, no Direito Comparado, em que se dá relevo a sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade para o fim de estabelecer relações de parentesco. 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, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual as pessoas espelham sentimentos (GAMA: 2010: 98)

Fica claro então, que a característica principal da família contemporânea, ao lado da pluralidade de arranjos, é a tendência de se tornar cada vez menos hierarquizada, priorizando-se cada vez mais o sentimento e a afeição mútua.

III – O papel do Poder Judiciário: a transmutação de um sentimento em garantia de direitos

A trajetória do afeto como fato gerador de direitos, se deu da forma como a maioria dos direitos surge: na sociedade. As decisões judiciais a seguir indicadas apenas formalizam situações já consolidadas no tempo. Desde que a jurisprudência¹⁹ vem sendo reconhecida como importante forma de revelação do Direito, este não se resume às leis. Estas constituem apenas uma dentre suas muitas fontes.

O Direito são também os fatos sociais, ele “é considerado como fenômeno da vida coletiva. Ao lado dos fatos econômicos, artísticos, culturais, esportivos etc, também o direito é um fato social (MONTORO, 2000; 34)”, assim, “a função do juiz e do jurista, em suas diversas atividades consiste sempre em descobrir ‘o direito’, isto é,

¹⁹ “A jurisprudência tem, na atualidade, três funções muito nítidas, que se desenvolveram lentamente: uma função um tanto automática de aplicar a lei; uma função de adaptação, consistente em pôr a lei em harmonia com as ideias contemporâneas e as necessidades modernas; e uma função criadora, destinada a preencher as lacunas da lei “ (MAXIMILIANO, 2006: 146). Esta última é inegavelmente a mais importante delas.

‘o justo’ e assegurá-lo em cada caso concreto. O presente trabalho ao indicar decisões judiciais busca demonstrar exatamente o processo de surgimento do afeto como elemento garantidor de direitos, posto que surgido na sociedade, fez-se necessária a intervenção daquele a quem cabe distribuir a cada um o que é seu, o Direito.

Nas palavras de Norberto Bobbio (1992: 68),

também os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social. Ou, pelo menos, são também um fenômeno social. (...) Essa multiplicação (dos direitos) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* de indivíduo. (...) o reconhecimento de novos direitos de (onde ‘de’ indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos a (onde ‘a’ indica o objeto).

Fica clara, então, a necessidade absoluta da atuação do Direito, através do Poder Judiciário, uma vez que não é possível às próprias pessoas regularem seu estado familiar. A formação da família sob a ótica dos Tribunais do país, sobretudo desde o início dos anos 2000, dá-se, via de regra, pelo afeto. Da mesma forma como ocorreu em relação a outros temas polêmicos²⁰, o Poder Judiciário tem atuado de forma protagonista diante da judicialização dos comportamentos sociais, em especial, nos aspectos que envolvem as famílias, com atuação marcante na criação e consolidação de novos direitos parentais.

Nesta linha de raciocínio, os fatos sociais acerca da vinculação sócio-afetiva para fins de filiação de há muito tempo ocorriam, mas uma das primeiras manifestações judiciais acerca do tema, e bastante tímida frise-se, deu-se no Superior Tribunal de

²⁰ O STF já se posicionou sobre o uso de células-tronco embrionárias; antecipação terapêutica do parto nos casos em que os fetos são anencéfalos; convivência entre pessoas de mesmo sexo, dentre outras. Na área da saúde, a judicialização é tema recorrente: juízes de todas as instâncias têm apreciado questões envolvendo, por exemplo, cláusulas abusivas contidas em planos de saúde, distribuição de medicamentos, a ausência de políticas públicas, etc.

Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 220.059, em 22 de novembro de 2000, nos seguintes termos:

NOME. Alteração. Patronímico do padrasto. O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela. Recurso não conhecido.

Não há, como é possível notar, qualquer menção expressa ao termo afeto, mas como definir “o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela”, se não através do afeto?

Um dos casos mais marcantes acerca da identificação do afeto na formação das famílias, principalmente no que toca aos direitos da criança, foi a decisão judicial, em 2002, quando ainda eram embrionárias as ideias acerca das uniões homoafetivas e das multiparentalidades, que garantiu à companheira da cantora Cássia Eller²¹ a guarda definitiva do filho desta, então com oito anos de idade, em detrimento do avô materno. O principal argumento para a decisão foi o fato de que o menino mantinha com a companheira da mãe um relacionamento afetivo que praticamente inexistia com o avô, com quem mantinha, quase que exclusivamente, parentesco biológico. Interessante notar que há mais de 10 anos, em uma reportagem da Revista Veja²² acerca do tema, dado o caráter inovador da decisão acima citada, foi realizada uma pesquisa com a população indagando sobre o acerto da decisão, com o que mais de 83% dos entrevistados concordou.

Desde então, iniciou-se um intenso debate no cenário jurídico brasileiro, predominando a ideia do afeto como gerador de direitos. É possível perceber o avanço

²¹ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-nov-01/filho_cassia_eller_ficara_maria_eugenia. Acesso 01/07/2014.

²² Disponível em: http://veja.abril.com.br/160102/p_088.html. Acesso em 01/07/2014.

quando em um acórdão²³ o Superior Tribunal de Justiça reconhece que os vínculos biológicos não são os únicos aptos a formar famílias, *in verbis*:

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 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. (...) ²⁴ (grifos nossos

Na decisão acima a Ministra Nancy Andrighi deixa claro o que neste trabalho se defende: em havendo manifestação de vontade, no sentido de comportar-se o padrasto ou a madrasta como o pai ou a mãe efetivamente, criando laços afetivos com os enteados, tantos laços e tão profundos que se passam a reconhecer como pais/mães e filhos, o Direito deve protegê-los e, mais do que isso, garanti-los.

Ainda da lavra da mesma Ministra, a decisão a seguir também é relevante:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92. 1. Ação de petição de herança, ajuizada em 07.03.2008. Recurso especial

²³ Acórdão é a decisão proferida em segundo grau de jurisdição, ou seja, pelos Tribunais do país.

²⁴ Recurso Especial nº 1087163/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 31/08/2011.

concluso ao Gabinete em 25.08.2011. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo sócio-afetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. **A maternidade/paternidade sócio-afetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.** 4. **A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.** 5. (...) 6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação. 8. Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluyente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar. 9. Recurso especial desprovido.²⁵

É possível perceber-se, então, que com o passar do tempo houve o amadurecimento dos argumentos acerca do estabelecimento das relações de afeto como alicerces das relações de parentesco, fortalecendo-o. Por outro lado, em que pese haver forte corrente de entendimento no sentido adotado pela presente pesquisa, há vozes contrárias. Destaque-se que tramita atualmente no Supremo Tribunal Federal o Agravo

²⁵ Recurso Especial nº 1274240/SC, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013.

nº 692.186/PB que deu origem ao procedimento da Repercussão Geral²⁶, ainda pendente de julgamento, para que se decida – estabelecendo-se assim uma espécie de padronização de decisões para as instâncias inferiores – se é possível a prevalência da paternidade sócio-afetiva em detrimento da paternidade biológica.

A tendência é de que se admita a possibilidade da prevalência da paternidade sócio-afetiva até mesmo em detrimento da biológica, mas a certeza jurídica somente se terá após o julgamento dessa repercussão geral.

IV – Considerações Finais

As decisões judiciais envolvendo triparentalidade utilizadas no presente trabalho garantiram a dupla paternidade (a socioafetiva e a biológica) e, fundamentadas no afeto, deferiram às crianças importantes direitos existenciais e patrimoniais, ficando a guarda na maioria dos casos, com o pai socioafetivo, tendo o pai biológico a convivência livre com o filho. Na linha da desbiologização do parentesco abrem maior espaço para a filiação social já admitida pelo Poder Judiciário. Tais decisões confirmam a tese de que a filiação, seja biológica ou não, apresenta natureza cultural.

O fundamento maior da paternidade desbiologizada é colocar a criança ou o adolescente em posição de tutela prioritária, de acordo com a ideia de família-instituição que é plural, democrática e funcionalizada justamente para atender aos interesses de seus integrantes, sendo a criança e o adolescente titulares de proteção específica, em razão da condição de pessoas em desenvolvimento²⁷.

É importante ressaltar que no mapeamento realizado também foram encontradas decisões judiciais nas quais o pai biológico mostrou-se avesso à paternidade, afirmando inclusive que não nutre qualquer sentimento de afeto pela criança. Normalmente são hipóteses em que possuem outra família e, também por isso, não querem o contato com os filhos, fato que não é suficiente para ser afastada a declaração da paternidade. A

²⁶ A repercussão geral visa “possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>. Acesso em 01/07/2014.

²⁷ O art. 6 do Estatuto da Criança e do Adolescente destaca esta ideia de proteção prioritária: “Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

título ilustrativo, segue decisão no Distrito Federal²⁸ no qual uma criança de 10 anos de idade sempre foi cuidada e educada por seus pais registrais, ambos analfabetos e empregados, durante muitos anos da fazenda do pai biológico, que tendo conhecimento da paternidade, ameaçava demitir todos da família da menina se o fato fosse revelado. O exame de DNA comprovou que o ex-patrão é o pai biológico. A juíza proferiu esta decisão com base no melhor interesse da criança, pois registrou na sentença:

“o pai biológico exhibe confortável situação financeira e possui alto padrão de vida e deixar de estender à infante as benesses que esta paternidade pode lhe oferecer, é não atentar para o melhor interesse da criança, Princípio Constitucional e basilar do Estatuto da Criança e do Adolescente”²⁹.

Neste contexto é fundamental que se perceba a apropriação que o Poder Judiciário brasileiro vem fazendo sobre o conteúdo do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente – um dos conceitos mais plurissignificativos e mais vagos na teoria do direito. A falta de orientação uniforme (o que é impossível seja no plano hipotético, seja no plano concreto) do conjunto de fatores determinantes do que venha a ser o melhor interesse, autoriza que o Poder Judiciário decida de acordo com cada concreto específico o melhor meio de assegurar a proteção integral.

E seja qual for a interpretação que se dê ao conteúdo do princípio do melhor interesse da criança, o fato é que a afetividade e as trocas afetivas realizadas pela criança ou adolescente com quem se dispõe a ser seu pai/mãe vem sendo levadas em conta para a determinação da filiação, o que revela uma perfeita adequação de garantia de direitos a quem os merece tê-los, tanto os menores a terem seus pais socioafetivos reconhecidos, como estes pais em poder exercer a paternidade legitimamente.

V - Referências Bibliográficas

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.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: *Campus*, 1992.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

²⁸ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI204229,31047-Multiparentalidade+preserva+interesse+de+crianca>. Acesso em 14 de julho de 2014.

²⁹ *Idem, ibidem*.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil– Famílias*. 2 edição. Vol. 06 Salvador: Editora JusPODIVM, 2012

FONSECA, Cláudia. A vingança de Capitu: DNA, escolha e destino nas famílias brasileira contemporânea. In: BRUSCHINI, Cristina; SANDRA G. (Org.). *Gênero, Democracia e Sociedade*. São Paulo: Editora 34, p. 267-95, 2002

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei 11.698/08*. São Paulo: Editora Atlas, 2010

LEVI-STRAUSS, Claude. *A antropologia diante dos problemas do mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 4 edição. São Paulo: Saraiva, 2012

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das Famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. A família na Constituição Federal: perspectiva civil-constitucional. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. Coord. DIAS, Maria Berenice. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOÁS, Luciane e PAES, Érica. *Uniões Homoafetivas e a Decisão do STF: um passo adiante no reconhecimento do direito à diferença*. XXVIII Reunião da Associação Brasileira de Antropologia, PUC - São Paulo, 2012.

MOÁS, Luciane e VARGAS, Eliane. Princípios jurídicos e aspectos normativos em saúde implicados no acesso à reprodução assistida no âmbito conjugal: revisitando parâmetros. In: TAQUETTE, Stella R.; CALDAS, Célia Pereira (Org.). *Ética e pesquisa com populações vulneráveis*. 1ed. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012, v. 2, p. 239-265.

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

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2006.

SCHUCH, Patrice. A “Judicialização do Amor”: sentidos e paradoxos de uma Justiça “engajada”. In: *Direitos e ajuda humanitária: perspectivas sobre família, gênero e saúde*. Org.: FERREIRA, Jaqueline. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz: 2010

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Curso de Direito Civil*. v.05: direito de família. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar Editora, 2008

THURLER, Ana Liési. *Em nome da Mãe: o não reconhecimento paterno no Brasil*. Florianópolis: Editora Mulheres, 2009

LEGISLAÇÃO

BRASIL, Constituição (1988). Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

BRASIL. Código Civil. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8069/90. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

Publicado no dia 12 / 06 / 2015

Recebido no dia 26 / 07 / 2014

Aprovado no dia 29 / 07 / 2014