

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE
ASSIS” PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO MESTRADO EM DIREITO

MARCELA CECÍLIA SIQUEIRA SANTOS DE MOURA

A TUTELA DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

UBERLÂNDIA-MG

2018

MARCELA CECÍLIA SIQUEIRA SANTOS DE MOURA

A TUTELA DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Mestrado em Direito, na área de concentração de Direitos e Garantias Fundamentais, na linha de pesquisa de sociedade, sustentabilidade e direitos fundamentais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito para obtenção do título de mestre, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Carlos Goiabeira Rosa.

UBERLÂNDIA - MG
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

M929t Moura, Marcela Cecília Siqueira Santos de, 1987-
2018 A tutela da afetividade nas relações familiares [recurso eletrônico] /
 Marcela Cecília Siqueira Santos de Moura. - 2018.

Orientador: Luiz Carlos Goiabeira Rosa.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2018.968>
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Direito de família. 3. Afetividade. 4. Família. I. Rosa,
Luiz Carlos Goiabeira (Orient.) II. Universidade Federal de Uberlândia.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Gerlaine Araújo Silva - CRB-6/1408

A TUTELA DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Dissertação aprovada para obtenção do título de Mestra no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (MG), pela banca examinadora formada por:

Uberlândia, 27 de agosto de 2018.

Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa (orientador)

Profa. Dra. Keila Pacheco Ferreira

Prof. Dr. Romualdo Baptista dos Santos

Ao meu avô Arismundo, com todo amor.

No processo de conclusão desta obra, perdi sua presença física.

Todavia, o afeto é nosso elo indissolúvel – e também minha fonte de inspiração.

AGRADECIMENTOS

Nesse processo árduo de conclusão do Mestrado, não poderia deixar de agradecer pessoas que foram fundamentais para que eu chegasse até aqui. A tarefa não foi fácil e muitas vezes, só não desisti em virtude do auxílio de muitos.

Inicialmente, à minha família: meu marido, meus pais, meus irmãos e minha avó, que foram fundamentais na formação do meu eu interior, e me levaram todos os dias a descobrir uma força que eu não sabia que possuía, meu muito obrigada, sem vocês eu nada seria, tudo que sou devo a vocês.

Um agradecimento especial em memória do meu avô Arismundo, a quem dedico esta obra: quando te perdi, pensei que era o fim, pois lutei muito por sua vida. Mas sua voz, de algum lugar, me disse o quanto se orgulhava de mim e que era preciso continuar. Não tenho palavras para agradecer, me vovô, tudo que fez e tem feito por mim.

Não posso deixar também de agradecer e expressar minha profunda admiração ao meu orientador Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa: foi ele quem me apoiou nas indecisões, não me pressionou indevidamente, preservou minha liberdade criativa e sobretudo, me mostrou o lado humano de ser um mestre por excelência, pois o que mais admiro, para além de sua capacidade acadêmica, é o ser humano compreensivo e generoso que és.

Agradeço também aos professores que atravessaram minha vida acadêmica de mestrandona, em especial aos professores Fernando Martins, com suas aulas e ensinamentos sempre inspiradores; e ao professor Helvécio Damis, a quem devo profunda gratidão por todo auxílio, compreensão e ensinamentos.

Ao professor Romualdo Baptista dos Santos, que, além de prontamente aceitar ser membro da banca avaliadora final, sendo muito cordial e respeitoso, também é autor da obra que norteou primordialmente os meus trabalhos – obrigada por me inspirar!

Não poderia deixar também de agradecer ao meu coordenador-chefe da instituição na qual leciono, UNIUBE, Alexandre Correa. Sem ele, seria impossível adequar minhas necessidades e logísticas, ao qual sempre serei agradecida pelo apoio, compreensão e auxílio.

Agradeço também aos meus colegas de Mestrado, pois a companhia deles tornou um pouco mais leve um ambiente de tantas atribuições, correrias, prazos, fichamentos e trabalhos. Sentirei falta do conhecimento e ajuda compartilhados, na certeza de que passaria novamente por essa situação ao lado de vocês.

Aos meus colegas de trabalho, principalmente as colegas-amigas, pelas palavras de apoio, de compreensão, de ajuda, sempre com o intuito de me incentivar a alcançar degraus maiores.

Por fim, a todos que direta e indiretamente fizeram parte desse processo – se cheguei ao fim, você faz parte disso – e o mérito também é seu.

Muito obrigada!

RESUMO

O presente estudo visa a discorrer sobre a afetividade enquanto fator de proteção às entidades familiares, elencando os institutos ora norteados e destacando a necessidade de cada vez mais o afeto ser elemento preconizador das demandas familiares, como fator preponderante para as consequências futuras do Direito das Famílias. Por meio dos métodos dedutivo e argumentativo, a pesquisa inicia-se pela generalidade dos modelos familiares e chega ao afeto enquanto valor e vetor, traçando-se para tanto um paralelo entre os modelos familiares e a respectiva incidência do afeto, constatando-se o descompasso entre a rapidez das mudanças sociais e a respectiva estagnação da lei, não conseguindo acompanhar todas as novidades e gerando destarte prejuízos e injustiças no que tange às relações não tuteladas pelo Direito, mas de grande relevância social. Ao fim, concluir-se-á pela necessidade de se proteger as entidades familiares mais pela principiologia do que a legislação propriamente dita, dado que, no contexto da família, surgiram e surgem novos modelos sociais de entidade familiar, formados à míngua de legislação e que geram pretensões de efeitos jurídicos decorrentes de qualquer família, fazendo com que os seus integrantes tenham que se socorrer ao judiciário para verem os direitos reconhecidos e resguardados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Famílias. Afeto. Princípio. Afetividade. Consequencialismo.

ABSTRACT

The present study aims to discuss affectivity as a factor of protection to family entities, listing the institutes now oriented and highlighting the need for more and more affection to be a preconquering element of family demands, as a preponderant factor for the future consequences of Family Law. Through the deductive and argumentative methods, research begins with the generality of family models and reaches affection as value and vector, drawing a parallel between the family models and the respective incidence of affection, noting the mismatch between the rapidity of social changes and the corresponding stagnation of the law, failing to keep up with all the news and generating distarte damages and injustices in relation to relations not protected by law, but of great social relevance. In the end, it will be concluded that family entities need to be protected more by the principles of legislation than the legislation itself, given that in the context of the family new social models of family entities have emerged and emerge, formed in the absence of legislation and which generate claims of legal effects arising from any family, causing their members to have to assist the judiciary to see the rights recognized and protected.

KEY WORDS: Right. Families. Affection. Principle. Consequentialism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	11
3 A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA ACEPÇÃO DE FAMÍLIA	20
4 A INFLUÊNCIA DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	30
4.1 Afetividade como princípio constitucional implícito nos arranjos familiares	31
4.2 O afeto na formação dos tipos familiares	34
4.3 O regramento da guarda compartilhada baseado no afeto	40
4.4 A desbiologização da paternidade e novas formas de parentalidade.....	45
4.5 Responsabilidade civil por abandono afetivo.....	48
4.6 A constelação familiar: o afeto e a psicologia	50
4.7 Nome – personalidade e afetividade.....	52
4.8 Guarda entre pais biológicos e pais afetivos.....	56
4.9 Convivência baseada na afetividade	58
4.10 Alimentos, direitos previdenciários e sucessórios e exercício do poder familiar na filiação afetiva	60
5 AFETO NOS ARRANJOS FAMILIARES E CONSEQUENCIALISMO.....	76
5.1 Notas introdutórias	76
5.2 Consequentialismo e relações familiares.....	78
5.3 Consequentialismo e relações paterno-filiais.....	83
5.4 A interpretação consequencialista do STF, no julgamento da ADPF 132 e a ADI 4277	86
6 CRÍTICAS E RESISTÊNCIAS AO PROJETO DE LEI DO “ESTATUTO DA FAMÍLIA”	94
7 CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS.....	99

1 INTRODUÇÃO

A família, base da sociedade, passou por diversas transformações sociais e jurídicas até o advento da Constituição Federal de 1988, a qual, ao substituir o patrimônio pela pessoa humana enquanto cerne axiológico do ordenamento jurídico, trouxe à figura familiar uma nova ordem de valores, com uma roupagem mais humana, pautados na igualdade, solidariedade, liberdade, dignidade da pessoa humana, muito diferente do modelo patriarcal vigente no passado, onde existiam discriminações no âmbito familiar.

Nesse contexto, o Direito das Famílias vem sofrendo inúmeras modificações ao longo dos anos, em especial no tocante à ênfase dada às relações desenvolvidas no seio da entidade familiar. Nessa seara, surge o princípio da afetividade, como cerne e norte do presente trabalho, a partir do qual se identifica um elo comum a todos os institutos estudados em Direito de Família.

A afetividade se tornou a mola propulsora nos vínculos familiares. De maneira abrangente, pode-se entender o afeto como um aspecto subjetivo intrínseco do indivíduo que lhe confere significado e sentido à sua existência e edifica o seu psiquismo a partir das relações com outros seres humanos. Desde então, todas as famílias são constituídas e baseadas no afeto, e este afeto é que irá orientar as regras e normas.

Surgiram novos modelos sociais de entidade familiar, gerando pretensões de efeitos jurídicos decorrentes de qualquer família. Entretanto, a legislação não consegue acompanhar as dinâmicas transformações por que passou e passa o instituto da família, ficando assim estagnada e destarte gerando diversos prejuízos e injustiças no que tange às relações não tuteladas pelo Direito, mas de grande relevância social, fazendo com que os seus integrantes tenham que se socorrer ao judiciário para verem os direitos reconhecidos e resguardados.

A partir do referido princípio, o presente trabalho presta-se a ressaltar o afeto enquanto vetor da proteção às entidades familiares, e bem assim a principiologia constitucional enquanto garantidora de tal mister, buscando-se para tanto pormenorizar as questões intrinsecamente ligadas ao princípio da afetividade, a partir de uma leitura interdisciplinar entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, e ressaltar a superação da dicotomia entre direito público e privado a partir da exploração do direito familiar sob a ótica principiológica.

Para a realização do trabalho, foram utilizados o método de pesquisa exploratório, com base em levantamento bibliográfico, a partir da análise de referências teóricas publicadas pela legislação, bem como de doutrinas e artigos científicos. Além disso, foram feitas análises jurisprudenciais, bem como um levantamento de dados históricos para abertura do trabalho.

O método de abordagem foi o dedutivo, já que de início, foram ressaltados aspectos históricos do Direito das Famílias, bem como das relações familiares baseadas no afeto, para se chegar ao ponto específico, consistente nos mecanismos de tutela da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro. Para a análise mais profunda, objetivou-se pesquisar os novos modelos de família na sociedade contemporânea e a possibilidade dessas novas relações gerarem os efeitos decorrentes das famílias previstas em lei, analisando as decisões do judiciário brasileiro, afim de se verificar a solução dada a essas demandas.

No Capítulo II, discorre-se sobre a evolução do Direito das Famílias, com ênfase nas transformações pelas quais as famílias e modelos familiares foram passando, a fim de vislumbrar os motivos que levaram à referida evolução, bem como o histórico das famílias em outros países e realidades, a fim de ressaltar a importância do afeto como mola propulsora do desenvolvimento das realidades familiares.

No Capítulo III, discorre-se sobre a virada paradigmática de um constitucionalismo positivista e garantista, para um constitucionalismo prencialista, sobretudo a relevância dada aos princípios jurídicos e como a Constituição possui intensa correlação com o Direito Civil, abordando-se os aspectos da denominada constitucionalização do Direito Civil e a importância desse fenômeno para a seara familiar.

No Capítulo IV, está o cerne do presente trabalho, onde a afetividade é encarada como princípio constitucional implícito a todas relações familiares, bem como é realizado um esforço dos principais institutos que são norteados ou inspirados no afeto, com a finalidade de ressaltar a importância e relevância do mesmo para o âmbito jurídico familiar.

Por fim, no Capítulo V, são abrangidas questões polemicas relativas ao reconhecimento do afeto como valor jurídico, bem como as consequências do mesmo para as relações familiares, a fim de ressaltar a importância, bem como demonstrar que, ao contrário do senso comum, muito há a ser feito na esfera afetiva.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O homem é um animal político por natureza, que deve viver em sociedade¹. Nesse contexto, o pertencimento a um grupo é uma necessidade biológica do ser humano, posto que o instinto gregário é intrínseco aos mamíferos². É nesse sentido o entendimento de Gustavo Neto:

[...] o “rebanho”, como um resultado evolutivo, em um sentido darwinista, seria o único meio pelo qual o espírito humano poderia funcionar de forma suficiente. É aí, na vida social, que o indivíduo encontra as suas próprias opiniões, suas crenças, seus julgamentos, seu poder e, indiretamente, a sua própria consciência.³

Nesse contexto, surge a família enquanto grupo primeiro da sociedade, o primeiro e fundamental núcleo social a que pertence o indivíduo.

A família é o núcleo social mais antigo da sociedade: sua existência remonta praticamente ao surgimento dos seres humanos. Unir-se em família preconiza necessidade básica do indivíduo, que por sua natureza social, necessita estar enraizado. A família é o primeiro contato do ser humano com outras pessoas, e é a partir de então que começa a ser formada sua personalidade, seu caráter, seu modo de agir e pensar.

A família surgiu há aproximadamente 4.600 anos, formada por indivíduos com ancestrais em comum no sistema de patriarcado, a partir de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder intimidador do pai⁴. Uma das primeiras codificações em que o sistema patriarcal era mencionado denominava-se Código de Hamurabi, no qual era disposto que a figura paterna tinha autoridade sobre as mulheres e crianças, sendo a entidade a espinha dorsal da sociedade, com a finalidade de procriação, administração econômica e direção política. Neste sentido:

Sendo a família a forma mais rudimentar de agrupamento social, não poderiam as primeiras regras jurídicas ignorarem-na. Na Babilônia, a família era a base da sociedade patriarcal, sendo retratado no

¹ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 4.

² PEARCE, Joseph Chilton. **O fim da evolução**: reivindicando a nossa inteligência em todo o seu potencial. 10. ed. Trad. Marta Rosas. São Paulo: Cultrix, 2009, p. 185.

³ NETO, Gustavo A. R. M. A Psicologia Social nos tempos de S. Freud. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, Mai.-Ago. 2000, v. 16, n. 2, pp. 147.

⁴ KUCHAK, Maria Eduarda. **A aplicabilidade da guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da criança**. Disponível em <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3578/Monografia%20CD.pdf?sequence=1>. Acesso em 23\07\2018.

Código de Hamurabi (aprox. 1700 a.c.), por exemplo, que se um homem tomar uma esposa sem redigir seu contrato, a mulher não será esposa dele (parágrafo 128); se a esposa de um homem for surpreendida em flagrante com outro, ambos devem ser amarrados e jogados na água, sendo que se o marido perdoar a esposa, o rei perdoaria o amante dela (parágrafo 129); se um homem afastou-se secretamente, e houver sustento em sua casa, sua esposa guardará sua casa e cuidará de si mesma, não podendo entrar na casa de outro, sob pena de ser lançada na água (parágrafo 133); acaso um homem tenha se afastado secretamente sem deixar o que comer na sua casa, sua esposa poderá ir a casa de outro e estará isenta de toda a culpa (parágrafo 134), entre outras normas.⁵

Desta forma, mesmo antes de se socializarem e se organizarem em sociedades sedentárias, os seres humanos constituíam famílias através de um agrupamento de pessoas que se relacionavam a partir de um ancestral comum, conhecido como “chefe de família”, responsável pela tomada de decisões que deveriam ser necessariamente seguidas.

Friedrich Engels bem aponta que, no decorrer da evolução da humanidade até a modernidade, o modelo familiar estruturou-se em quatro formas: nos primórdios, consubstanciava-se no grupo elementar de seres humanos em que seus membros inicialmente possuíam laços biológicos (família consanguínea), unidos para o fim de autopreservação e reprodução da espécie, a ponto de serem permitidas relações sexuais entre parentes de forma livre; com o evoluir da Humanidade, a família passou a ser considerada além do mero viés biológico, adquirindo assim feições mais sociológicas e religiosas, vindo a se excluírem as relações incestuosas embora se mantivesse o sexo com outros membros da sociedade (família punaluanã); na estruturação das sociedades, à mulher proibiu-se a poligamia permitindo-se tal prática, no entanto ao homem (família pré-monogâmica); e por fim, com o advento das civilizações e a institucionalização do casamento, adotou-se a monogamia enquanto vetor da constituição familiar, surgindo assim a família monogâmica, restrita ao casal unido pelo matrimônio e caracterizada pela intensa influência religiosa e pelo patriarcado.⁶

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 21.

⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9. ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

Contudo, se nos primórdios era o elemento unificador da família, o afeto deixou de sê-lo. Fustel de Coulanges explica a respeito, ao comentar sobre a família na Antiguidade:

O princípio da família não é mais o afeto natural, porque o direito grego e o direito romano não dão importância alguma a esse sentimento. Ele pode existir no fundo dos corações, mas nada representa em direito.⁷

Com efeito, na Roma Antiga o propósito primeiro de se constituir uma família era deixar descendentes, para que assim a memória dos antepassados fosse preservada e continuada. Bem assim, no Direito Romano, regido pela Lei das XII Tábuas, a família consistia em eixo centralizador, sendo o matrimônio a única modalidade legítima para se iniciar uma relação familiar, de forma que a dissolubilidade apenas era permitida se o marido assim quisesse. Os filhos eram considerados importante força de trabalho, exercendo o pai poder absoluto sobre a vida dos mesmos, podendo vendê-los, impor-lhes castigo e penas corporais e até mesmo ceifar-lhes a vida.

Ainda na Roma Antiga, o processo educacional era rígido e o filho não tinha voz, já que não existia diálogo ou troca de ideias e conhecimentos, devendo respeitar sempre a autoridade do patriarca. A seu turno, a mulher era sempre subordinada, seja como esposa ou como filha: no papel de consorte, a mulher podia ser inclusive repudiada pelo marido em caso de esterilidade ou adultério, bem como perdia a guarda dos filhos em caso de divórcio (que só podia ser requerido pelo homem); sendo filha, sofria imensa diferenciação, pois a preterição do pai era sempre por filhos do sexo masculino.

Na Idade Média, a Igreja Católica deu nova fundamentação à família ao institucionalizá-la: o elemento agregador deixou definitivamente de ser o afeto, dando lugar ao matrimônio sagrado e indissolúvel e com vistas à continuidade da linhagem e da preservação do patrimônio no seio familiar.

Conforme o cânon 1.055 § 1º do Código de Direito Canônico:

A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, é ordenada por sua índole

⁷ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006, p. 30.

natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade do sacramento.⁸

Desta forma, o casamento era a união com vistas à procriação e educação dos filhos, sendo por isso indissolúvel exceto pela morte, conforme o cânon 1.056.⁹ Bem assim, a família só seria constituída e formada a partir do matrimônio, sendo tal portanto obrigatório. Fustel de Coulanges bem obtempera, ao afirmar que na Idade Média casava-se não para se ter prazer ou para se ser feliz, mas sim para procriar e reproduzir, gerando-se assim herdeiros que continuassem as tradições familiares.¹⁰

Na Idade Média, destarte, o afeto fora relativizado e secundarizado pela religião, a qual transformou a família num sacramento e a tornou uma união divina e abençoada pelos céus, e submetida ao poder paternal – o homem enquanto chefe de família. Maria Berenice Dias ressalta que a ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora da época e asfixiando desta forma o afeto¹¹.

Essa concepção imposta pela Igreja vigorou entre os povos cristãos por largo tempo, dado que o direito canônico era o alicerce dos ordenamentos jurídicos dos Estados que adotavam o cristianismo como religião oficial. Essa concepção só começou a perder força a partir do século XVIII, com a ocorrência da Revolução Industrial, episódio que provocou um repensar dos elementos configuradores da família. Conforme explicam Gustavo Bossert e Eduardo Zannoni:

A família monogâmica torna-se assim um fator econômico de produção. Não só atende às suas necessidades, mas são produzidos pela família bens ou serviços para negociar. É a longa etapa histórica de produção e fabrico na pequena oficina familiar. A família é nesta fase, o organizador dos fatores produtivos. E é também a fase em que o valor econômico mais importante corresponde à propriedade imóvel. Mas esta situação é invertida quando, a partir do século XVIII, as sociedades são transformadas pela ascensão do industrialismo. E a produção, exceto em áreas rurais, desenvolve-se fora do âmbito da família; concentrou-se em indústrias, no campo

⁸ CONFERÊNCIA EPISCOPAL PORTUGUESA. **Código de Direito Canônico.** 4. ed. rev. Braga: Apostolado da Oração, 1983, p. 185.

⁹ “As propriedades essenciais do matrimónio são a unidade e a indissolubilidade, as quais, em razão do sacramento, adquirem particular firmeza no matrimónio cristão” (Op. cit., p. 187).

¹⁰ COULANGES, Op. cit., p. 37.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

dos negócios, e são amplificados. Correspondentemente, a propriedade imóvel está dando lugar a valores mobiliários; os valores mobiliários, como ações de empresas, representam ações do capital social das empresas produtivas. É assim, então, que a família, desde a ascensão do industrialismo, perdeu o traço que se caracteriza enquanto uma organização central de produção; em termos econômicos, reduziu-se substancialmente a um nível de organização de consumo. Então, tendo perdido sua importância econômica, sua razão de ser foi confinada principalmente para o âmbito espiritual mais intensamente do que qualquer outra instituição social, desenvolvendo-se os laços de solidariedade, de afeto permanente, e a noção de um propósito comum de benefício mútuo entre indivíduos que a integram.¹² (tradução nossa)

Não obstante, no Brasil subsistiu o modelo patrimonial e patriarcal de família, vindo a sofrer alguma alteração somente com a Constituição Federal de 1934, a qual inaugurou a previsão de igualdade de alguns direitos entre os sexos e estendeu os efeitos civis ao casamento religioso. Contudo, apesar de ter previsão sobre a igualdade de sexos, paradoxalmente estabelecia que a lei civil devesse dispor sobre as condições de chefia da sociedade conjugal e do pátrio poder.

Neste sentido:

A Constituição da República de 1934 foi pródiga acerca do direito familiar. Trouxe no artigo 34 o dever de todos (e não apenas dos homens) de prover a própria subsistência e de sua família, mediante trabalho honesto, cabendo ao Estado amparar os mais necessitados. [...] Com forte traço ainda do direito eclesiástico, manteve no artigo 144 e seu parágrafo único a indissolubilidade do casamento, mas expressamente determinado a regulação do desquite e anulação do casamento. No art. 146, manteve a obrigatoriedade do casamento civil, mas estendeu efeitos civis ao casamento religioso que não contrariasse a ordem pública e bons costumes, desde que fossem observadas as disposições da lei civil quanto à habilitação, impedimentos e processo de oposição, com posterior inscrição no Registro Civil, ainda gratuito e obrigatório.¹³

Passados três anos, a Constituição de 1937, conhecida como Constituição Polaca por ter inspirações da polonesa, retirou a extensão dos efeitos civis ao casamento religioso, tornando-se então o casamento civil a única forma de constituição familiar e se desvinculando por completo, destarte, o Estado da Igreja nesse sentido.

Outrossim, as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial

¹² BOSSERT, Gustavo Alberto; ZANNONI, Eduardo Antonio. **Manual de Derecho de Familia**. 6. ed. atual. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 5.

¹³ HIRONAKA, G. Op. cit., p. 44.

suscitaram o efetivo despertar da humanidade para a verdadeira prioridade de tutela do ser humano, qual seja, a proteção dos valores e individualidade da pessoa humana. Os ideais racistas e xenófobos do nazismo e do fascismo permitiram barbaridades a tal ponto de simplesmente se ignorarem atributos como a individualidade, liberdade, consciência e tantos outros, desprezando-se por completo a importância da pessoa humana individualmente considerada no contexto da evolução social.

O mundo, então, convergiu radicalmente do “ter” para o “ser”: o patrimônio fora substituído pela pessoa humana enquanto alicerce do sistema jurídico, redundando destarte na proteção prioritária do ser humano e secundariamente do patrimônio. Bem assim, patrimonialismo e religião cederam lugar à solidariedade e ao afeto enquanto elementos estruturantes da família, a qual passou a ser reconhecidas em outras formações além da constituída pelo matrimônio, conforme se preconizou em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo art. 16 dispôs em seu item 3 que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”¹⁴. Acertadamente, tal dispositivo deixou em aberto a definição de família, constituindo-se assim um conceito indeterminado que permite ao indivíduo a liberdade de escolher qual tipo de família pretende constituir.

Com efeito, essa liberdade passou a ser reconhecida na medida em que o cerne do ordenamento jurídico migrou do paradigma patrimonialista para o paradigma antropocêntrico, instituindo-se o princípio da dignidade humana enquanto fundamento básico e orientador do sistema jurídico de proteção à personalidade, onde o objetivo maior passou a ser a ser a tutela e proteção dos direitos e integridade psíquica, física e moral do ser humano.

O ordenamento jurídico pátrio acompanhou ainda que morosamente tal evolução, tomando-se por exemplo a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que possibilitou o reconhecimento dos filhos ilegítimos pelos respectivos pais, passando esses filhos inclusive a terem direito a alimentos e herança; Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), onde se devolvia capacidade plena à mulher casada, bem como direito de propriedade dos bens adquiridos com seu

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 25 abr. 2018.

esforço; Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), que garantiu o pagamento de pensão alimentícia aos filhos menores em caso de desquite, anulação e nulidade do casamento dos pais; Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), estabelecendo a possibilidade de dissolução dos vínculos familiares.

Entrementes, o marco transformador que integrou o Brasil à mudança mundial sobre o assunto só veio a se verificar com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual previu expressamente no art. 226 e seus parágrafos outras modalidades de família além da matrimonial, reconhecendo a família como o grupo formado pelos pais unidos pelo casamento ou união estável e os filhos advindos de tal união (família bipaterno-filial), por um dos pais e os respectivos filhos (família monopaterno-filial) ou, conforme aponta César Fiúza, pela vida em comum de dois ou mais irmãos (família fraterna).¹⁵

Frise-se que o rol previsto pela CF acerca dos tipos familiares não tem um caráter taxativo, mas tão-somente enumerativo. Conforme preleciona Paulo Lôbo:

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 entidades 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 ductilidade e adaptabilidade.¹⁶

No mesmo sentido é o escólio de Cristiano Farias:

[...] a única conclusão que atende aos reclamos constitucionais é no sentido de que o rol não é, e não pode ser nunca – taxativo, por deixar sem proteção inúmeros agrupamentos familiares, não previstos no texto constitucional, até mesmo por absoluta impossibilidade. Não fosse só isso, ao se observar a realidade social premente, verificando-se a enorme variedade de arranjos familiares existentes, apresentar-se-ia outro questionamento: seria

¹⁵ FIÚZA, César. **Direito civil [livro eletrônico]**: curso completo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 942.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família e cidadania – O novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 83.

justo que os modelos familiares, não previstos em lei, não tenham proteção legal?¹⁷

A Constituição Federal de 1988 surgiu, portanto, como passo inaugural do Estado Democrático de Direito, inovando em vários aspectos familiares: reconhecimento da união estável como entidade familiar, proclamação da igualdade entre homens e mulheres, bem como a igualdade entre os filhos, além de preconizar o livre planejamento familiar com menor ingerência do Estado na vida e família das pessoas. Rompeu o pensamento dogmático acerca da restrição do modelo à formula tradicional, composta por um casal unido pelo matrimônio e filhos vinculados pelo laço biológico, e passou a priorizar a existência e continuidade dos laços afetivos, situação efetivamente caracterizadora das novas modalidades de família e garantidora da dignidade de seus componentes: onde há uma mãe e uma criança, um pai e uma criança, um avô e um neto, um tio que cria um sobrinho, há uma família, com funções materna e paterna, embora nem sempre desempenhadas pelos pais reais¹⁸.

É dizer, a Constituição de 1988 deixa de proteger unicamente e prioritariamente a família matrimonial e passa a tutelar a instituição familiar em si considerada, seja ela advinda ou não do casamento. A família deixa, então, de ter uma conotação estritamente política e passa a ser uma reunião de pessoas ligadas pelo afeto, estruturando, desta forma, uma nova base jurídica em relação aos princípios constitucionais, como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. A igualdade jurídica dos filhos possibilitou, inclusive, o desenvolvimento de diretrizes no sentido do reconhecimento do vínculo socioafetivo de filiação.

Posto de outra forma, a entidade familiar passou a ser construída mediante vínculo e sentimentos afetivos, visto que a constituição das famílias é um elemento subjetivo, ou seja, decorre tão somente da vontade do próprio sujeito. A estrutura familiar contemporânea não advém tão somente de laços sanguíneos ou patrimoniais, mas sim da convivência, cumplicidade, amor, perdão, felicidade, companheirismo, solidariedade e principalmente do afeto, sendo este um elemento

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas 'versus' famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, n. 3, 2002, p. 5-6.

¹⁸ OLTRAMARI, Fernanda; RAZERA, Bruna. O afeto e o cuidado nas relações familiares: construindo os alicerces de uma nova casa. **Perspectiva**, Erechim, v. 37, n.138, p.57-68, jun. 2013, p. 60.

primordial para a constituição das entidades familiares nos tempos atuais e base de toda sociedade.

Essa nova leitura da entidade familiar fora seguida pela legislação superveniente, tal qual se verifica na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), no Código Civil de 2002 e outras mais.

3 A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA ACEPÇÃO DE FAMÍLIA

Perfunctoriamente, o Constitucionalismo traduz a ideia da submissão de todo um ordenamento jurídico a uma ordem constitucional pré-existente, sendo essa de hierarquia superior às demais legislações e regulamentos, de forma que normas não condizentes com esse sistema constitucional se sujeitam a mecanismos de controle que visam a assegurar a superioridade da Constituição.

A inconstitucionalidade, todavia, pode se dar por aspectos materiais, como supracitado, ou até mesmo por aspectos formais, quando a produção normativa não se encontra em consonância com os procedimentos formais previstos para sua elaboração ou alteração.

Luigi Ferrajoli preleciona, outrossim, que a pertinência material também deve ser averiguada ante a conformidade dessas normas com os princípios constitucionalmente estabelecidos. Dessa forma, o autor classifica o constitucionalismo em duas vertentes - o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principalista -, cujos aspectos que diferenciam precipuamente os constitucionalismos elencados são: a) a conexão entre direito e moral; b) a distinção entre princípios e regras; c) a função ponderativa na prática jurisdicional.¹⁹

O Constitucionalismo garantista é considerado como positivista, sendo um sistema jurídico que prevê como absolutamente vinculante a submissão a normas constitucionais relativas aos procedimentos e conteúdos compatíveis com a Constituição, inclusive para a produção legislativa, cuja violação gera antinomias ou lacunas. Por outro lado, o Constitucionalismo principalista é tido como o oposto ao retromencionado garantista, já que envolve a superação do positivismo jurídico e leva em consideração no ordenamento jurídico a moral e os princípios jurídicos, sendo marcante seu caráter argumentativo e ponderativo.

Nesse sentido é o entendimento de Robert Alexy, para quem os princípios funcionam como se fossem normas e ordenam que sejam imbuídos da máxima efetividade e dentro de todas as possibilidades jurídicas e reais, em face do que, sendo mandados de otimização, caracterizam-se pelo fato de que podem ser

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam, (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13.

cumpridos em diferentes instâncias, ante as necessidades de cada caso concreto.²⁰ Prossegue o citado doutrinador estadunidense, para quem os direitos fundamentais, enquanto princípios, são mandados de otimização, tendo assim entre outras a prerrogativa de serem interpretados do modo mais abrangente possível, não havendo outrossim critérios de hierarquia entre si, devendo ser sopesados conforme o caso e preponderantes ou relegados conforme a maior ou menor incidência dos mesmos à situação concreta.²¹

Ruy Espíndola, na esteira do pensamento alexiano, preleciona os princípios como estrutura de um sistema jurídico. Neste sentido:

Seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas que derivam se reconduzem e/ou se subordinam.²²

Destarte, não há como dissociar o elemento principiológico do Direito como um todo: sendo princípios a base de um sistema jurídico, não há como o mesmo se estruturar e nem mesmo prosperar sem que aqueles não sejam dotados de máxima efetividade, a par de propiciar justiça concreta. Rodrigo Pereira aduz a propósito:

Os costumes, como uma importante fonte do Direito, vão impulsionando os operadores do Direito para uma constante reorganização do Direito de Família, obrigando-o a buscar em outras fontes do Direito os elementos necessários àquilo que mais se aproxima do justo. Entre todas as fontes do Direito, nos “princípios gerais” é onde se encontra a melhor viabilização para adequação da justiça no particular e em especial campo do Direito de Família. É somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes. Os princípios exercem sua função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas, independentemente de serem positivados ou não, isto é, expressos ou não expressos. Eles tem também uma função sistematizadora.²³

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 12.

²¹ Op. cit., p. 104.

²² ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56.

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família**. 3. ed. Saraiva, 2016, p. 36.

Considerando, pois, serem os princípios elementos essenciais do Direito como forma de alcance da justiça, o Constitucionalismo principiológico se impõe como ideal máximo de interligação ideológica, a partir do qual entende-se a necessidade de preconizar como instituto máximo do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana está prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e constitui fundamento basilar da República, em torno da qual gravitam os direitos fundamentais. Nas palavras de Karl Larenz, é “a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência e de fruir de um âmbito existencial próprio”.²⁴

A dignidade da pessoa humana passou a ser uma diretriz hermenêutica, orientando a aplicação e interpretação das regras e demais princípios, exprimindo as estimativas e finalidades a serem alcançadas pelos particulares e pelo conjunto da sociedade civil. É dizer, a dignidade humana passou a ser um dos metaprincípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio, sendo pois o sustentáculo e condição de validade de todos os direitos fundamentais e os demais direitos existenciais da pessoa humana em si considerada: não se concebe a efetividade de um direito da pessoa humana em nível constitucional ou infraconstitucional, se se verificar a inobservância ao imperativo da garantia e manutenção de uma vida digna.

A dignidade humana é um valor íntimo, e por isso consubstancia-se num elemento indispensável e primordial à vivência da pessoa humana em sociedade: é o imperativo por excelência de um mínimo de condições autorizativas de uma existência viável e satisfatória: humanidade e dignidade são conceitos indissociáveis, podendo-se dizer destarte que não há ser humano que não seja digno. Eis porque a sociedade e o Estado devem dignificar a pessoa, dando-lhe condições mínimas de vida e favorecendo, na medida do possível, o desenvolvimento das capacidades pessoais do indivíduo.²⁵

Immanuel Kant observa nesse sentido:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o

²⁴ LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Trad. Miguel Izquierdo e Macias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 46.

²⁵ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade humana. In MIRANDA, Jorge (Coord.); SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1.187-1.188.

preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento (Affektionspreis)*; aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*.²⁶

A conceituação do que é dignidade da pessoa humana consiste em tarefa árdua para os doutrinadores em geral. Isso porque, para além de um princípio, a mesma representa a essência da vida de um ser humano de forma ampla e abstrata. Por isso, em linhas superficiais, consistiria naquele mínimo para subsistência de um indivíduo, em respeito e consonância aos demais direitos fundamentais. Maria Berenice Dias alude que:

Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão. Talvez por ser identificado como princípio de manifestação primeira de valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções e experimentando no plano de afetos.²⁷

Na mesma esteira, Ingo Sarlet preconiza que a dignidade da pessoa humana

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como nenhum a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁸

Fato é que o resguardo da dignidade da pessoa humana coaduna com a efetiva integração social. O Supremo Tribunal Federal manifesta-se no sentido de reconhecê-la como princípio fundamental básico, fundamento basilar de todo ordenamento jurídico:

[...] o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, artigo 1º,

²⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

²⁷ DIAS, M. B. Op. Cit., p. 72.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 113.

III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo [...].²⁹

Uma vez consagrada a dignidade humana como princípio fundamental, toda a ordem jurídica a ela deve se subordinar. A dignidade da pessoa humana não é só base, mas também parâmetro, fundamento, ponto de partida e conclusão.

Nessa linha, surge a perspectiva civil-constitucionalista.

A positivação da dignidade humana e demais direitos constitucionais provocou uma releitura da axiologia adotada pelo Direito Privado: os paradigmas do contrato, da família e da propriedade, então o cerne privatístico, são substituídos pela dignidade humana a ponto de eles mesmos (contrato-família-propriedade) sofrerem nova contextualização e novo significado. No caso das relações privadas, estas deixam de ser taxativas e patrimonialistas e passam a ter uma conotação social e humanística, surgindo assim uma nova relação entre o particular e o social: ao mesmo tempo em que a sociedade deverá respeitar a autonomia privada dos particulares, a relação jurídica privada deverá obedecer aos ditames da função e justiça sociais e congêneres.

O sistema jurídico privado passa então a ser pautado também e primeiramente pela principiologia constitucional, apoiada em valores como a igualdade, solidariedade e liberdade. Essa profunda alteração nos e dos valores cria uma axiologia normatizada, perfectibilizada no princípio da Dignidade Humana: o ser humano passa a ser o referencial da relação jurídica e o sujeito de proteção do Direito, relegando-se assim o patrimônio a segundo plano.

É dizer: a finalidade precípua do negócio jurídico deixa de ser a aquisição de propriedade ou acumulação de riquezas, e passa a ser a satisfação das necessidades e conveniências da pessoa humana: o ser humano migra do papel de mero sujeito de direito participante da relação jurídica, e passa a ser o centro e finalidade precípua desta. A relação jurídica passa a ser conduzida nos moldes kantianos: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como

²⁹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. HC 106435/SP, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 01 fev. 2011, publicado em 24 mai. 2011. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627822/habeas-corpus-hc-106435-sp-stf/inteiro-teor-110026198?ref=juris-tabs>. Acesso em 22-05-2018.

na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio".³⁰

Conforme o escólio de Fernando Martins:

A tanto, pode-se perceber que a Constituição Federal alimenta disposições de ordem privada. Trata ela da pessoa e dos direitos de personalidade, da capacidade de trabalho do ser humano, da livre iniciativa, do direito de propriedade e função social. No campo do direito de família, discorre sobre o casamento, a união estável, a filiação, o poder familiar, o planejamento familiar. [...] De extrema importância, lado outro, é perceber como a aplicação do Texto Constitucional nas tratativas do direito privado transforma-o numa disciplina mais justa e humana.³¹

Na inteligência do que preleciona o entrelaçamento destes ramos jurídicos, os institutos civilistas devem ser analisados sob a perspectiva da dignidade como valor fundamental e da igualdade substancial. Conforme bem obtempera Cleysson Mello, "o intérprete jurídico deve colorir a exegese civilística com os matizes axiológicos da principiologia constitucional. Nesse momento, os valores civilísticos de índole liberal devem ser mitigados pelos valores coletivos de solidariedade e justiça social".³²

A própria edição do Código Civil de 2002, na esteira principalista, visou a inaugurar um direito civil de roupagem mais contemporânea e adequada às novas realidades sociais. Francisco Amaral, inclusive, antes mesmo do advento do retromencionado diploma, já aludia para uma era de "interpenetração crescente do direito civil com o direito constitucional, aliada à personalização do direito civil como forma de proteção da vida e dignidades de um indivíduo".³³

No ramo específico do Direito das Famílias, não poderia ser diferente. Como base da sociedade, a família possui especial proteção do Estado, disposição essa expressa no artigo 226 da Constituição Federal. Desta forma, além e acima de aspectos patrimonialistas, a dignidade leva em consideração os desejos intrínsecos da pessoa, a fim de preservar a existência íntegra dos seres e a humanos.

³⁰ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 69.

³¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80-81.

³² MELLO, Cleysson de Moraes. **O Direito Civil Constitucional – Proposições para autenticidade, dignificação e ontologização do direito civil**. Disponível em <<https://uniube.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788579872563/pages/-18>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

³³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 151-153.

A dignidade humana, portanto, traz à baila um novo paradigma para o conceito de família, diferente do até então existente, rompendo-se com estigmas que vinham prevalentes: não se busca conceituar família com base num negócio jurídico solene (matrimônio), mas sim se tendo por fundamento vínculos e elementos existenciais entre seus componentes. Ato contínuo, a profunda influência transformadora causada pelos princípios constitucionais no Direito de Família provocou neste uma radical mudança, a ponto de se mudar a identificação de tal ramo do Direito: se antes o Direito de Família assim se apresentava por se alicerçar na família constituída pelo casamento, agora passa a se identificar por “Direito das Famílias” em razão justamente da pluralidade de espécies de entidades familiares reconhecidas constitucionalmente.

Maria Berenice Dias bem explana a respeito:

O Direito de Família, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de profunda transformação. A ponto de ensejar até mesmo a alteração de sua identificação, pois agora se fala em Direito das Famílias. Basta lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana ocasionou verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Foi derrogada toda legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pela existência ou não de vínculo conjugal entre os pais. [...] Ao assegurar especial proteção à família, a Constituição não faz qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as constituições anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento”, sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional a família, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu.³⁴

Desta forma, a principiologia constitucional liberta o Direito das Famílias das amarras do patriarcalismo, patrimonialismo e religiosidade, fazendo com que tais paradigmas até então vigentes cedessem lugar ao afeto, ampliando-se por conseguinte o reconhecimento e proteção a tantos grupos quantos se enquadrem na concepção de família, e para tanto.

Frise-se: família ou famílias, como alude Maria Berenice Dias³⁵. A própria nomenclatura é carregada de incertezas, pois mesmo havendo a categorização de vários tipos familiares - a exemplo da família monoparental, sendo a formada por apenas um dos pais; ou a família anaparental, formada somente pelos filhos; ou até

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGTBI**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 116-117.

³⁵ Op. cit., p. 66.

mesmo a família mosaico, formada da junção de várias famílias³⁶, nunca se sabe até onde ou quando as relações sociais se transformarão, surgindo novas instituições familiares até então desconhecidas pelo meio jurídico.

Neste sentido, Paulo Lôbo bem observa:

A família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, consequentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do século XX. No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.³⁷

Deve-se ressaltar, em fecho ao raciocínio, que a família enquanto fenômeno social pauta-se primordialmente pelo aspecto psicológico-cultural, e somente depois pelos vieses biológico e/ou jurídico. Bem explica a propósito Jacques Lacan:

A espécie humana caracteriza-se por um desenvolvimento singular das relações sociais, que sustêm capacidades excepcionais de comunicação mental, e correlativamente por uma economia paradoxal dos instintos que aí se mostram essencialmente susceptíveis de conversão e de inversão não tendo efeito isolável senão de modo esporádico. São assim permitidos comportamentos adaptativos duma variedade infinita. A sua conservação e o seu progresso, por dependerem da sua comunicação, são antes de tudo obra colectiva e constituem a cultura; ela introduz uma nova dimensão na realidade social e na vida psíquica. Esta dimensão específica a família humana tal como todos os fenómenos sociais no homem.³⁸

Conforme bem aduz Rodrigo da Cunha Pereira:

Levi Strauss e Lacan já mostraram ao mundo, há muitas décadas, que o cerne da família e o laço principal de sua formação estão em uma estruturação psíquica entre os sujeitos envolvidos, na qual cada um exerce uma função e tem lugares definidos. O Direito já deveria ter entendido isso.³⁹

³⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 254

³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 12.

³⁸ LACAN, Jacques. **A família**. Trad. Brigitte Cardoso e Cunha, Ana Paula dos Santos e Graça Lamas Graça Lapa. Lisboa: Assírio & Alvim, 1981, p. 10.

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família – uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 51.

Eis porque, o art. 226 da Constituição Federal traz consigo um sistema aberto a interpretações variadas, pois, ao preconizar que a família é a base da sociedade e o Estado irá protegê-la, propositadamente não conceitua o que venha a ser família, deixando assim um conceito indeterminado apto a permitir o enquadramento de quantas figuras surjam e que se enquadrem no contexto de uma entidade familiar cujo objetivo primeiro “passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora”.⁴⁰

Posto de outra forma: apesar de não ser explícita sua previsão em sede normativa, o afeto encontra-se no contexto da principiologia constitucional, posto ser parte integrante dos princípios da dignidade humana (CF, art. 1º, III); convivência familiar (art. 227); igualdade entre cônjuges (art. 226) e entre filhos (art. 227 § 6º); adoção (art. 227 §§ 5º e 6º); entre outros. E ainda que de modo implícito, também se encontra no Código Civil, o qual insere o afeto enquanto elemento formador do vínculo familiar ao predizer, em seu art. 1.593, que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade **ou outra origem**” (grifo nosso); ou ainda, no inciso II do art. 1.605, quando trata da posse do estado de filho, ao prescrever 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”.

De se ressaltar, destarte, que a socioafetividade passou a ser mais importante que a consanguinidade ou a solenidade jurídica ou religiosa: a celebração matrimonial ou a identidade genética deixaram de ser os referenciais supremos para se determinar o vínculo de parentesco, passando a ser mais importante a afetividade entre os membros do grupo que se pretende ser reconhecido como familiar. O que se busca ao se pertencer a uma família não é mais tanto o suporte material, mas antes e acima disso o suporte psíquico, consubstanciado na segurança de que o indivíduo necessita para construir e constituir enquanto sujeito, bem como para conviver com seus semelhantes e para

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVOLD, Nelson. **Direito Civil – Direito de Família** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6, p. 4.

viver em sociedade, enxergando-se desta forma a família como um refúgio afetivo,⁴¹ em contraposição à antiga ideia de perpetuação do patrimônio e do nome.

Hodiernamente, portanto, a afetividade é o princípio balizador do direito das famílias, capitaneado pela dignidade da pessoa humana: a família constitui-se e se mantém em razão da convivência afetiva enquanto premissa e ao mesmo tempo finalidade, desvinculada do interesse material, o qual apenas subsidiariamente aparece e somente se torna o objetivo principal se o vínculo afetivo se extinguir.

Destarte, o afeto é o elemento agregador que, uma vez constatado nas relações interpessoais, funciona como vetor da formação de uma família: uma vez complementado pela estabilidade e ostensibilidade, caracteriza indubitavelmente o vínculo formador e mantenedor do grupo familiar. Desprestigiam-se, portanto, as questões meramente patrimoniais, em que se fundou a família noutras épocas para dar vida e valor normativo ao afeto, sendo este hodiernamente a mola propulsora na formação da família, trazendo à tona sua forma plural e permitindo a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴¹ PAULO, Beatrice Marinho. **Novas configurações familiares e seus vínculos sócio-afetivos.** 2006. 171 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 40.

4 A INFLUÊNCIA DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

As regras de convivência e os anseios sociais evoluíram e modificaram consideravelmente ao longo os anos. E o Direito, como uma ciência humana fluída e sistema aberto a modificações, precisou se moldar à dinâmica das mudanças operadas no convívio social. Ideais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana passaram a permear de forma intensa a ideologia das constituições modernas.

Outrossim, observa-se na figura do homem um ser social e, por isso, que necessita da vida em sociedade e da reciprocidade das relações desenvolvidas na mesma. É inegável que a ausência de contato com outros seres humanos – a solidão propriamente dita – não é encarada como saudável, do ponto de vista médico, e nem mesmo significante, do ponto de vista psicológico e jurídico. Daniel Goleman descreve a importância das relações interpessoais:

Acrescenta-se a solidão à lista de riscos emocionais para a saúde – e os laços emocionais estreitos à lista de fatores protetores. Estudos feitos durante duas décadas, envolvendo mais de trinta e sete mil pessoas, mostram que o isolamento social – a sensação de que não temos com quem partilhar os nossos mais íntimos sentimentos ou ter uma relação de intimidade – duplica a possibilidade de contrairmos doenças ou de morrermos. O isolamento, por si só, concluiu uma comunicação científica de 1987 publicada na revista *Science*, é tão importante para as taxas de mortalidade quanto o fumo, a alta pressão sanguínea, o colesterol alto, a obesidade e a falta de exercício físico.⁴²

Nesse sentido, antes de os membros da entidade familiar se unirem em razão de laços consanguíneos ou meramente legais (no caso dos adotados), vinculam-se com o propósito de proteção mútua, desenvolvimento e evolução conjuntos e congêneres, a ponto de todo e qualquer assunto em que um membro envolver-se que seja de interesse direto e imediato da família, suscita a imagem desta enquanto ente coletivo.

Posto de outra forma: se os membros de uma família unem-se e se reúnem de forma contínua e duradoura e que interessa ao grupo como um todo, aí se verifica existência fática de uma coletividade que atua como um ente unido por um vínculo comum, um *animus* semelhante à *affectio societatis*, uma vez identificada a

⁴² GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional:** a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. Trad. Fabiano Morais. 5. ed. São Paulo: Objetiva, 1996, p. 193-194.

intenção coletiva em se perseguir e alcançar um objetivo em comum – o bem-estar individual e coletivo.

Esse *animus*, portanto, é o afeto, o qual, enquanto valor jurídico, incide incisivamente nas relações jurídico-familiares de forma a norteá-las em suas configurações e mensurações.

4.1 Afetividade como princípio constitucional implícito nos arranjos familiares

Já dito antes, é sabido que a Constituição Federal de 1988 não prevê de forma explícita o afeto enquanto vetor normativo. Todavia, o mesmo é parte de uma conjuntura humana para que exista uma convivência prazerosa, em face do que, com a evolução dos direitos em relação às famílias, a interpretação de dispositivos da Constituição Federal vem adotando com nova roupagem justamente em razão da incidência do afeto enquanto elemento norteador. Nesse sentido, Maria Berenice Dias assevera ser a afetividade um princípio fundamental implícito na Constituição Federal, haja vista que se manifesta através de outros ditames expressos, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, I), da igualdade entre os filhos (artigo 226, § 6º), da proteção à família monoparental (artigo 226, § 4º), dentre outros:

Mesmo que a palavra afeto não esteja expressa na Constituição, afetividade encontra-se enlaçada no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. A união estável é reconhecida como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica. Como se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça as pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ocorreu a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.⁴³

O afeto, portanto, decorre da essência do ser humano, e por isto o Estado deve dar relevância a ele. É a colocação do próprio homem no centro do ordenamento jurídico a solução para enfrentar a complexidade dos sentimentos e buscar a regulamentação jurídica necessária para preservação do direito fundamental à felicidade. Neste sentido é o voto da Ministra Nancy Andrighi:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura

⁴³ DIAS, M. B., Op. Cit., p. 55.

meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre seus integrantes.⁴⁴

Denota-se, destarte, que o afeto em sua essência tem fundamento de princípio constitucional. A um, porque guarda íntima correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana; a dois, porque integra a moral do indivíduo; a três, porque guarda íntima relação com a democracia e propicia a inclusão social; a quatro, a sua abstratividade. Todas as características elencadas guardam justa pareação do afeto como princípio jurídico fundamental.

Na conjuntura constitucional contemporânea brasileira, pois, não restam dúvidas da elevação da afetividade à categoria de princípio implicitamente respaldado pelo texto da vigente Constituição, mormente ante ao clamor legal de decisões mais justas e equânimes, condição *sine qua non* do Direito como um todo. Sendo o afeto enxergado como um bem juridicamente relevante, o desprezo ao mesmo representaria uma contradição explícita ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, não raro diz-se que o princípio da afetividade é um desdobramento da dignidade humana, pois o afeto é um componente imprescindível para formação íntegra e decente de um indivíduo.

Outrossim, a afetividade é considerada um estado psicológico do ser humano, podendo ou não ser remodelado a partir das situações. Esse estado psicológico é de grande relevância na aprendizagem, comportamento e desenvolvimento cognitivo das pessoas. Intimamente ligada à emoção, a afetividade é capaz de determinar a maneira como as pessoas enxergam o mundo e se comportam em todas as relações humanas. Por exemplo, a Psicologia deduz que uma criança, para concretizar qualidade de vida e um mais acertado aprendizado, tem a necessidade do afeto, pois o mesmo propicia alterações neuroquímicas no cérebro⁴⁵.

Conforme já dito, é importante ter sempre em mente que o afeto não é algo derivado da biologia. Nessa mesma linha de raciocínio, Paulo Lôbo entende que os

⁴⁴ BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 1.026.981/RJ, 3. turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165773/recurso-especial-resp-1026981-rj-2008-0025171-7/inteiro-teor-19165774>. Acesso em 06-06-2018.

⁴⁵ ROCHA, Cláudia Almeida. **A parceira escola e família na aprendizagem da criança.** Disponível em <http://www.avm.edu.br/monopdf/6/CLAUDIA%20ALMEIDA%20ROCHA.pdf>. Acesso em 23\07\2018.

laços de afeto são derivados da convivência em família, e não do sangue. Assim, as famílias se transformam na medida em que se evidenciam as relações de sentimentos entre seus componentes, valorizando então, as funções afetivas da família.⁴⁶

O princípio da afetividade existe, pois, como respaldo às relações interpessoais, tornando o Direito das Famílias um ramo dotado de conteúdo atual, variado e abrangente. O afeto deve ser considerado como um componente universal para a constituição e interpretação de qualquer entidade familiar, por trazer consigo a imperatividade de respeito à dignidade da pessoa humana, vedando-se atitudes discriminatórias ou preconceituosas em relação a outras formações familiares. A formação e consolidação de uma sociedade mais livre, solidária e justa parte do pressuposto da compreensão da magnitude do afeto, não só para a formação da família, mas para o próprio âmago do ser humano.

Nesse mister, no direito familiar a ponderação ora mencionada já conquistou inúmeros direitos, tais quais o reconhecimento da união estável e casamento entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo. Fundamentando-se em princípios constitucionais, não seria muito lógico negar direitos a casais homossexuais se as pessoas se unem em razão do afeto; não seria razoável privar a essas pessoas o direito fundamental à felicidade se este é o fim colimado pela Constituição Federal.

Assim é, que o Supremo Tribunal Federal, balizado no afeto, julgou um caso que envovia a sucessão de conviventes em união estável, declarando a respeito a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, erradicando do sistema jurídico pátrio diferenças sucessórias entre casais que celebraram casamento e outros que optaram por viver em união informal estável:

[...] se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu

⁴⁶ LÔBO. Paulo. Op. cit., p. 97.

que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional [...].⁴⁷

Tantos são os conflitos, por vezes desgastantes, que restringir uma decisão judicial a uma simples norma posta e engessada, além de não trazer justiça ao caso concreto, podem tornar as decisões ineficazes. Disputas sobre guarda do menor, casos de suspensão ou retirada do poder familiar, situações de alienação parental, investigação de paternidade biológica em face da afetiva, inseminação artificial *post mortem*, dentre outros inúmeros assuntos que a lei não consegue resolver e muitas vezes nem prever, colocam em evidência a necessidade do afeto como parâmetro lógico e incontestável.

Patente, pois, é a existência de um direito fundamental ao afeto, derivado da interpretação do princípio implícito da afetividade que, como se viu, tem fundamento na exegese do ordenamento jurídico como um todo, já que este constitui claro reflexo da elevação da pessoa ao centro do sistema, através da busca de sua dignificação como ser humano. O princípio da afetividade especializa, pois, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, como fator humanizador do Direito.

4.2 O afeto na formação dos tipos familiares

Não resta dúvida de que a família matrimonial é o tipo tradicionalmente reconhecido no âmbito social. O casamento, aquele formalizado de acordo com as regras e solenidades próprias do Código Civil, tem o condão de originar o tipo familiar sistematizado mais antigo da história do direito familiar.

Não obstante, e conforme já dito, o artigo 226 da Constituição Federal, a seu turno, se dispôs a elencar outros dois tipos familiares, que na ordem jurídica anterior não guardavam positivação: além da família matrimonial, resguardou as entidades familiares advindas da união estável (§ 3º) e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º).

Frise-se que os tipos familiares não estão adstritos aos expressamente previstos no rol constitucional. Conforme já comentado, outras entidades familiares

⁴⁷ Brasília. Supremo Tribunal Federal. RE 878.694, Min. Relator Luis Roberto Barroso. Julgado em 10\05\2017. Dje 06\02\2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+878694%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pey8s55>. Acesso em 01-4-2018.

também podem assim serem consideradas em razão do conceito indeterminado em que se consubstancia a previsão constitucional da família, indicado no *caput* do art. 226, sendo a respectiva configuração balizada nos princípios da dignidade da pessoa humana, pluralismo, igualdade e afetividade, como fatores de constituição da família contemporânea, pois a realidade social aponta para novas formações familiares, que não podem deixar de serem reconhecidas e gerarem os efeitos decorrentes da família. Assim é que, posteriormente à CF, outros grupos tais quais a união homoafetiva vieram a ser reconhecidos como entidades familiares inclusive pelo STF⁴⁸, vindo tal entendimento a ser consolidado pela Resolução nº 75 do Conselho Nacional de Justiça, a qual prelecionou que as autoridades competentes não poderiam se negar a realizar o casamento homoafetivo ou sua conversão de união estável em casamento, sob pena de sanções cabíveis.

No contexto de evolução e diversificação, novas configurações familiares foram surgindo, se estruturando e se amoldando às novas realidades sociais. A ampla regulamentação do divórcio, por exemplo, fomentou o surgimento de “famílias dentro de famílias”, ou seja, partes de uma família que se juntava a outra, formando uma nova organização. Neste tipo familiar, os descendentes passam a conviver com o novo cônjuge ou companheiro do pai ou da mãe, que exerce no dia a dia as funções típicas maternas e paternas, sendo chamados de padrasto e madrasta e os filhos chamados de enteado e enteada, ocorrendo uma superposição de papéis parentais, como bem observam Cristiano Farias e Nelson Rosenvald:

No direito comparado, o desenho das famílias ensambladas tem cores, tons e matizes ainda mais nítidos. Indo mais longe, o direito germânico contempla efeitos jurídicos entre padrasto ou madrasta e enteado, decorrentes de expressa previsão legal (o § 1687, b, do BGB), autorizando o padrasto ou a madrasta a exercer o direito de codecisão com o seu cônjuge nas questões atinentes à vida cotidiana do filho, em sendo exclusiva do consorte a guarda do menor. Já o direito luso prevê a possibilidade de formulação de pedido de alimentos pelos enteados menores aos seus padrastos e madrastas.⁴⁹

⁴⁸ Brasília. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277. Min. Relator Ayres Britto. Julgado em 05\05\2011. Dje13\10\2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em 08-08-2017.

⁴⁹ F., C.C.; R., N. Op. Cit., p. 111.

Flávio Tartuce brilhantemente nomeou esse tipo familiar como família mosaico⁵⁰, considerando que, tal qual a referida peça a qual se consubstancia na reunião de pequenos pedaços coloridos para formar uma figura, o aludido modelo familiar advém da reunião de elementos que fogem ao modelo tradicional familiar, os quais, reunidos, formam uma nova forma de entidade familiar.

No Direito Brasileiro, não há previsão legislativa expressa para esse tipo familiar. O Código Civil de 2002 se limita a apresentar a restrição de casamento entre os afins da linha reta, preconizando inclusive a indissolubilidade desses laços mesmo após o fim da união que propiciou o surgimento dos mesmos. Entretanto, não há como se negar o vínculo socioafetivo que se cria em torno dessas famílias, sendo indiscutível a proteção que deva ser dada pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, surge a multiparentalidade ou pluriparentalidade, como mecanismo de tutela dos laços afetivos desenvolvidos com o padrasto ou madrasta, permitindo-se que sejam incluídos como pais no registro de nascimento do enteado ou enteada. Para além da alteração do vínculo, é também possível, através da Lei de Registros Públicos, que os enteados tenham o sobrenome alterado, incluindo-se o do padrasto ou madrasta.

Outra entidade familiar, prevista expressamente na Constituição Federal, é a família anaparental, configurada pela ausência de pais ou ascendentes, como, por exemplo, a convivência apenas entre irmãos. Na seara doutrinária, esse tipo familiar pode reunir parentes ou pessoas sem qualquer vínculo de parentesco, mas que vivem e constroem uma vida juntas, com afetividade e mesmos propósitos. Todavia, é importante que o elemento afeto esteja presente, no sentido de formação de uma família, para que se impeça que qualquer tipo de coabitacão entre pessoas seja considerada família. O elemento subjetivo do afeto é, portanto, fundamental para “separar o joio do trigo”. Na visão de Maria Berenice Dias:

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descebe dividir os bens igualitariamente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera sociedade de fato e invocar a Súmula 380, para conceder somente a metade dos bens à sobrevivente, gera flagrante injustiça para com quem auxiliou a amealhar dito patrimônio. A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, a

⁵⁰ TARTUCE, F. Op. cit., p. 23.

integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária.⁵¹

Todavia, não se vislumbram disposições legais e nem mesmo jurisprudenciais sobre eventual direito alimentar, sucessório ou previdenciário no âmbito de uma família anaparental, o que pode resultar em injustiças no âmbito familiar, dada a configuração e estruturação pelo qual esse tipo familiar se funda.

A seu turno, e forma bastante minoritária, alguns doutrinadores e a jurisprudência já reconhecem como entidade familiar a denominada família paralela, em especial no que tange aos direitos do concubino de boa-fé. Famílias paralelas são configuradas quando um cônjuge ou companheiro integra duas famílias simultaneamente, tendo filhos ou não em ambas as relações, duas casas, adquirindo patrimônio em ambas, com vida em comum. Para Maria Berenice Dias:

A determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento, e o dever de lealdade na união estável, não consegue sobrepor-se a uma realidade histórica, fruto de uma sociedade patriarcal e muito machista. Mesmo sendo casados ou tendo uma companheira, homens partem em busca de novas emoções sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem. Dispõem de habilidade para se desdobrar em dois relacionamentos simultâneos: dividem-se entre duas casas, mantêm duas mulheres e têm filhos com ambas. É o que se chama de famílias paralelas. Quer se trate de um casamento e uma união estável, quer duas ou até mais uniões estáveis.⁵²

Há, portanto, divergência doutrinária para reconhecer direitos decorrentes das relações familiares às famílias paralelas ou simultâneas, afirmando alguns não ser possível tal reconhecimento, por se tratar de concubinato. Outros veem as famílias paralelas como entidades que merecem ser protegidas em todos os aspectos, reconhecendo a essas famílias todos os efeitos decorrentes da união estável e casamento. Por fim, outros defendem a eficácia dos direitos de família, apenas nos concubinatos putativos, em que uma pessoa da relação desconhece a existência de casamento ou de união estável preexistente e simultânea com a sua.

A família poliafetiva ou poliamorosa, por sua instância, é aquela integrada por mais de duas pessoas que se relacionam entre si, vivendo em um mesmo ambiente familiar com harmonia. Sendo a cultura brasileira adepta à monogamia em sentido geral, esse tipo familiar é encarado por muitos como afronta à moral e aos bons costumes.

⁵¹ DIAS, M. B. Op. Cit., p. 140.

⁵² Op. cit., p. 137-138.

Entende-se por família poliamorosa ou poliafetiva aquela advinda da união estável de mais de duas pessoas, ou seja, a configuração de uma família não parte de um casal e sim de um trio, quarteto, quinteto, assim por diante. Esse tipo familiar enfrenta resistências não somente jurídicas, mas também morais e religiosas, pois além de quebrar um paradigma no que diz respeito a relações, estabelece a partir dele o reconhecimento da existência efetiva desse tipo de relacionamento.

Não se confunde o poliamor com as famílias paralelas – no primeiro, a relação entre três ou quatro pessoas, a título de exemplo, é baseada no amor e no consenso comum de que desejam configurar a entidade familiar a partir de um relacionamento plural. Nas famílias paralelas, não há consenso, ou seja, elas advém de relacionamentos paralelos, que muitas vezes são desenvolvidos à surdina do cônjuge ou companheiro, eivados em sua maioria de relações adulterinas. Nesse sentido,

A distinção entre família simultânea e poliafetiva é de natureza espacial. Na maioria das vezes, nos relacionamentos paralelos o homem – sempre ele! – mantém duas ou mais entidades familiares, com todas características legais. Cada uma vivendo em uma residência. Já a união poliafetiva é quando forma-se uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes. Isto significa que o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo Direito.⁵³

Sobre esse tipo de família, o tema vem sendo intensamente debatido no que diz respeito à possibilidade jurídica, ou não, de elaboração de uma escritura pública de união estável poliafetiva, discutindo-se a validade e a eficácia da mesma. O início dessa discussão deu-se em 2012, quando a então tabeliã da cidade de Tupã, interior de São Paulo, Cláudia do Nascimento Domingues, elaborou o primeiro ato documental nesse sentido.

O trecho do documento elaborado pela referida tabeliã, assinado por um homem e duas mulheres, preconizava que: "Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente,

⁵³ DIAS, M. B. Op. Cit, p. 145

em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade".

A partir daí, se teve notícia de outros cartórios lavrando escrituras nesse sentido, a título de exemplo, a elaboração de escritura pública pelo 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, sendo a responsável a tabeliã Fernanda Leitão. No caso em comento, a escritura envolvia três mulheres, em união homoplaufetiva, com elaboração de testamentos entre elas e de diretrizes antecipadas de vontade, que dizem respeito a tratamentos médicos em caso de se encontrarem com doença terminal e na impossibilidade de manifestarem vontade.

Todavia, em abril de 2016, a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, emitiu recomendação no sentido de que as serventias extrajudiciais não realizem atos semelhantes. Tal medida foi recebida com espanto na seara familiar, sobretudo por ter sido emitida pela Ministra Nancy Andrighi, precursora de inúmeras decisões inovadoras na seara familiar. Acredita-se que tal atitude tenha sido tomada levando-se em consideração o clamor pela tradicionalidade.

Para os novos modelos sociais de família, destaca-se ainda a família eudemonista, em que se busca a felicidade de seus membros, a solidariedade familiar, o afeto como elemento formador da família, não havendo, necessariamente, um par com descendentes, mas pessoas que comungam dos mesmos interesses de vida e que se ajudam mutuamente para a realização pessoal de cada um. Nas palavras de Maria Berenice Dias, "para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros"⁵⁴. A dificuldade de identificação prática desse tipo de família, todavia, ainda se esbarra na jurisprudência e lei ínfimas sobre o assunto.

Fato é que as configurações familiares estão tão diversificadas, que não podem ser rotuladas. Paulo Lôbo constata que:

São unidades de convivência encontradas na experiência brasileira atual, entre outras: 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); 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

⁵⁴ Op. cit., p. 143.

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 chefe, 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.⁵⁵

4.3 O regramento da guarda compartilhada baseado no afeto

Com a instituição do afeto enquanto vetor, as entidades familiares passaram a ter um equilíbrio nas relações entre seus membros: os filhos passaram a ter direitos iguais entre si, desaparecendo a graduação conforme o vínculo biológico ou o matrimonial dos pais; os genitores passaram a ter direitos e obrigações iguais no tocante à criação, proteção e sustento dos filhos; a vontade do outrora chefe de família deixa de ser incontestável, sendo substituída pelo melhor interesse dos filhos, sendo em tais misteres o afeto enquanto pedra de toque da estruturação da família.

Daniel Sarmento aponta a propósito, haver uma “democratização” da família ao se igualarem os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, e o direito destes de serem consultados nos assuntos que lhe disserem respeito. O aludido autor ressalta a preocupação com o afeto nas relações familiares e com o mister primordial quanto à tutela do interesse dos menores: ambos (afeto e interesse) serão indissociáveis, ainda mais porque o afeto passou a ser juridicamente reconhecido enquanto fator determinante à concessão da guarda (Código Civil, art. 1.583 § 2º, inciso I; e art. 1.584 § 5º).⁵⁶

O vínculo afetivo é fundamental não só à consecução da entidade familiar como também à satisfação do melhor interesse do menor, na medida em que este

⁵⁵ LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 78-79.

⁵⁶ Ob. cit., p. 97.

necessita das figuras da mãe e do pai para a construção e aperfeiçoamento de sua personalidade, conforme observam Ferrari e Vecina, citadas por Rosana Keppe:

O processo familiar e de sociabilização infantil (que ocorre nas primeiras fases de seu desenvolvimento e se complexifica ao longo da vida), é realizado e compartilhado por dois ou mais adultos, pois as crianças necessitam confirmar os conceitos que foram transmitidos, auxiliando-as na internalização daquilo que lhe está sendo ensinado. [...] A criança necessita de uma figura afetiva estável, onde esta desempenha o papel de mediador da construção de sua identidade. Seu processo de identificação será conturbado, se neste contexto familiar que a recebe não for continente e protetor.⁵⁷

Destarte, e uma vez adotado o melhor interesse do menor como consequência da afetividade e como parâmetro à guarda, no Código Civil de 2002 a guarda será concedida a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584), podendo ser então compartilhada em regra ou unilateral, excepcionalmente, realçando-se a primeira pelo fato de, em princípio, ambos os genitores terem presença no cumprimento dos deveres quanto aos filhos: os pais exercem plenamente o poder familiar como se nunca houvessem se separado, promovendo uma convivência maior entre eles e os filhos e gerando um ambiente saudável para o crescimento da criança.⁵⁸

Desta forma, tendo-se o afeto como valor essencial, a atual Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/14), a par de ter surgido primordialmente como forma de minimizar os casos de alienação parental, preconiza a importância de o menor desenvolver com ambos os genitores e demais familiares maternos e paternos laços de afetividade e respeito, propiciando a essa criança ou adolescente um desenvolvimento digno em seu seio familiar. Neste sentido, preleciona Romualdo Baptista dos Santos que:

O instituto da guarda compartilhada é uma das mais evidentes demonstrações do reconhecimento da afetividade como valor jurídico a ser preservado no plano da vida. Há tempo, a medida vem sendo reclamada pelos especialistas em Direito de Família, como forma de atender mais adequadamente às necessidades afetivas dos filhos e também dos próprios pais em processos de separação. [...] De qualquer modo, o compartilhamento da guarda representa, antes de tudo, o reconhecimento do papel central da afetividade no âmbito das relações de família e sua importância para o adequado desenvolvimento das pessoas, no caso, os filhos de pais separados.

⁵⁷ KEPPE, Rosana L. D. **Tendência Anti-social:** a compreensão dos pais sobre a agressividade de seus filhos. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/51174686/Tendencia-20Anti-20Social>>. Acesso em 20 abr. 2018.

⁵⁸ QUINTAS, M. N. R. A. **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 31.

O instituto possibilita uma melhoria na qualidade dos relacionamentos entre pais e filhos, o que só pode resultar em benefício para todos e, em particular, para o desenvolvimento da estrutura psíquica dos filhos.⁵⁹

O regramento da Lei supramencionada preconiza a prioridade da guarda compartilhada bilateralmente entre ambos os pais, como forma de preservar o melhor interesse do menor, que é o de ter os pais presentes de forma equilibrada em sua vida, desenvolvendo maior afeto e comunicação entre as partes e gerando o bem-estar do filho. Essa medida rompe com o modelo tradicional de guarda unilateral, à medida que o não detentor da guarda possuía apenas o direito de visitas esporádicas.

No entanto, a guarda compartilhada pressupõe a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, o que possibilita ao menor o desenvolvimento de laços afetivos com ambos os pais, de forma a propiciar uma satisfatória estrutura emocional e psíquica para o mesmo. Em princípio, a guarda compartilhada é o modelo que mais possibilita uma melhor convivência entre pais e filhos como se não houvesse a ruptura da relação conjugal ou, no caso de pais solteiros, como se entre estes sempre houvesse existido a convivência comum. Perfunctoriamente, tal modalidade protege de modo mais eficaz os vínculos afetivos que a criança ou adolescente precisa ter com ambos os pais, conforme bem ressalta Ruiz:

De fato, a partir de uma leitura psicanalítica, mais especificamente winniciottiana, podemos dizer que é fundamental para a criança, em qualquer idade, manter o contato com ambos os pais. Dizendo de outra forma, é muito difícil para uma criança se ver obrigada a se separar do pai ou da mãe, a criança sofre muito com o fato de ter de se separar de alguém tão importante para ela. É claro que a separação de um casal implica em problemas e conflitos, dentre os quais o de se decidir com quem vão ficar os filhos. Neste sentido, a modalidade de guarda compartilhada contribui para essa discussão na medida em que se coloca como um chamamento a ambos os pais a compartilharem os cuidados dos filhos – independentemente de com qual dos genitores os filhos irão morar.⁶⁰

Na guarda compartilhada, portanto, em que pese o menor morar com um dos genitores, tem o outro presente pois este tem maior liberdade para assisti-lo pessoal

⁵⁹ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 156-159.

⁶⁰ RUIZ, J. S. Guarda compartilhada e preservação da continuidade de ser. In **Psicologia Revista**, São Paulo, v. 18, n. 2, 2009.

e fisicamente: há maior flexibilidade quanto a visitas, custódia, assistência, criação, entre outros, e nesse mister os pais distribuem de forma equânime os respectivos direitos e obrigações.

A guarda compartilhada afigura-se em princípio a modalidade mais eficaz na distribuição paritária de direitos e obrigações entre os genitores, ensejando assim maior intensidade na presença e no convívio com os filhos: o filho é beneficiado, há a conservação da responsabilidade parental, e a possibilidade de um maior convívio, proximidade e a participação ativa dos pais na vida dos filhos.

A democratização das responsabilidades e prerrogativas parentais em que se constitui a guarda compartilhada proporciona a manutenção dos laços de afetividade entre pais e filhos, diminuindo sobremaneira os efeitos negativos que a separação dos pais causa aos filhos. A convivência permanece a mesma como se os pais ainda vivessem juntos, fato este que privilegia o afeto entre pais e filhos.

Assim, inicialmente a guarda compartilhada mostra-se uma inovação benéfica, pois democratiza o exercício do poder parental entre os genitores. Tanto o é, que o Código Civil adotou-a como regra, conforme preceitua o § 2º do art. 1.584: “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Contudo, a guarda compartilhada só será viável quando os pais, mesmo em desacordo quanto às questões atinentes aos menores, reconhecem ser o melhor interesse destes últimos o objetivo maior, razão pela qual se prestam a pelo menos se tolerarem reciprocamente, em prol de uma melhor criação, assistência e educação dos filhos; ou, numa última análise, quando ambos os genitores submetem-se ao prudente arbítrio do juiz, acatando os deveres oriundos da guarda compartilhada.

Inobstante, não raras vezes os pais não conseguem relegar suas desavenças pessoais a segundo plano, fazendo de tal um empecilho principalmente à própria relação com os filhos: nem sempre os genitores possuirão o equilíbrio e serenidade psicológicos suficientes para se sobrepor em mágoas entre si cultivadas, resultando assim numa disputa pela atenção e preferência dos filhos. Nesse cenário, a guarda compartilhada só viria a trazer prejuízos aos menores, pois os pais, uma vez disposto das mesmas prerrogativas e liberdades de convivência, acabariam por fazer disso uma constante oportunidade de embates entre si, utilizando os filhos

como armas e a paridade de direitos e obrigações quanto à guarda enquanto defesa.

Conforme bem obtempera Ruiz:

No entanto, cabe ressaltar que nem sempre a guarda compartilhada é viável, na medida em que depende também de ambos os pais apresentarem condições psíquicas, emocionais, existenciais propícias a exercerem de fato a guarda. Além disso, cabe ainda ressaltar a importância de se contemplar a dificuldade de certos pais conseguirem manter um relacionamento suficientemente respeitoso após separação, para que além de encaminhar as suas questões pessoais, o casal possa também contemplar as necessidades que eles próprios têm em manter um vínculo comprometido com seus filhos, assim como dos filhos com cada um de seus pais.⁶¹

Keppe bem afirma que “um bom vínculo entre pais e filhos, uma relação de confiança, espontaneidade e transparência, só são possíveis se cada um dos componentes dessa interação puder realizar uma aprendizagem emocional satisfatória”⁶². Por isso, a harmonia entre os pais é fundamental inclusive para o exercício das próprias funções materna e paterna, conforme bem alude Maria Luiza Borges:

Winnicott (1999) ressalta a importância da harmonia do casal no desenvolvimento da criança. A união dos pais e seus cuidados mantêm para a criança um contexto através do qual ela possa encontrar a si mesma (seu eu), o mundo, e uma relação entre ela e o mundo. O contexto do lar onde a criança vai ser gerada, a harmonia e a forma de convivência do casal são fatores que vão influenciar nas possibilidades de desenvolvimento das funções materna e paterna.⁶³

Do contrário, imperando-se a discórdia e animosidade entre os pais, e bem assim o desrespeito à guarda compartilhada quando esta for instituída, certo é se observar a contemplação ou mudança de modalidade de guarda, levando-se sempre em consideração o interesse do menor. Ou ainda, quando se observar que um dos pais não cumpre com seus deveres parentais e com isso gera prejuízos psicológicos aos filhos menores, impõe-se a troca da guarda compartilhada pela unilateral, em que o genitor guardião passará a ter autonomia para responder pelos filhos menores e o não-guardião, por não ter demonstrado merecer o compartilhamento da guarda, restringir-se-á a poder visitar os filhos em dias previamente acordados.

⁶¹ Ob. cit., p. 164.

⁶² KEPPE, R. L. D. Op. Cit.

⁶³ BORGES, Maria Luiza S. F. **Função materna e função materna, suas vivências na atualidade.** 2005. 148 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Aplicada) – Faculdade de Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, 2005, p. 30.

Nesse sentido, oportuno é o apontamento de Paulo Lobo ao frisar que a convivência não se restringe à mera visita:

O direito de visita, interpretado em conformidade com a Constituição (art. 227), é direito recíproco de pais e dos filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, independentemente da separação. Por isso, é mais correto dizer direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente) do que direito de visita (episódica). O direito de visita não se restringe a visitar o filho na residência do guardião ou no local que este designe. Abrange o de ter o filho ‘em sua companhia’ e o de fiscalizar sua manutenção e educação, como prevê o art. 1.589 do Código Civil. O direito de ter o filho em sua companhia é expressão do direito à convivência familiar, que não pode ser restrin-gido em regulamentação de visita. Uma coisa é a visita, outra a companhia ou convivência. O direito de visita, entendido como direito à companhia, é relação de reciprocidade, não podendo ser imposto quando o filho não o deseja, ou o repele [...].⁶⁴

Aí portanto, verifica-se o afeto, na medida em que a regularidade de uma convivência saudável entre os filhos e os pais é condição *sine qua non* ao regular desenvolvimento psicológico dos filhos menores, da qual a visita é corolário: ainda que não possua a guarda, o não-guardião também é figura importante na construção da personalidade psicológica da criança, devendo estar presente com a maior frequência possível para que possa servir de exemplo e transmitir valores aos filhos, bem como auxiliá-los nas descobertas típicas da infância e juventude.

4.4 A desbiologização da paternidade e novas formas de parentalidade

Atualmente, o fenômeno doutrinário e jurisprudencial da “desbiologização da paternidade” preconiza a prevalência da paternidade do pai afetivo, ou seja, aquele com quem o filho desenvolveu laços de amor, fraternidade, respeito e lealdade, dando ênfase ao liame formado no dia-a-dia e no cotidiano das pessoas.

O enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) destaca que: “A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.⁶⁵ Portanto, verifica-se por esse enunciado que nas decisões que reconhecem as relações socioafetivas sobre as relações biológicas, prevalecem os laços de afetividade.

⁶⁴ LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 174.

⁶⁵ Brasília. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil. Enunciado 256. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>. Acesso em 23-07-2018.

Tantos são os casos que se presencia cotidianamente, tais como filhos pleiteando desconstituições de paternidades registrais não biológicas a fim de incluir no registro um pai biológico, com quem não guarda qualquer tipo de relação íntima ou afetuosa, com a finalidade única e exclusiva de tirar proveito de questões patrimoniais e sucessórias. Assim sendo, o Direito tem a função de não estimular a torpeza dos seres humanos e sim, prevalecer e resguardar a dignidade de quem não despreza o elemento sentimental de sua essência humana.

O Enunciado 339 do CJF da IV Jornada de Direito Civil propõe que não pode ser rompida a relação de paternidade em detrimento de filho, ou seja, a pessoa que reconhece um filho sabendo que não era seu não pode pedir cancelamento do registro, salvo prova de vício de consentimento.⁶⁶

Como fundamentação ao acolhimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico, edifica-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que protege a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. A filiação socioafetiva funda uma relação de fato que deve ser reconhecida e protegida juridicamente, pois a maternidade ou paternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter amparo no Direito de Família, bem como os demais vínculos advindos da filiação: a parentalidade originada de vínculos socioafetivos ganha relevância, na medida em que se observa a dedicação de amor, carinho, atenção à criança, por razoável tempo, por quem não é pai ou mãe biológicos mas que, ao assim agirem, tratam a criança como se pais fossem, vindo a efetivamente sê-lo em razão da afetividade.

Também tendo o afeto e a socioafetividade enquanto norteadores, vislumbra-se a multiparentalidade – ou pluriparentalidade, como preferem alguns -, assim entendida a situação na qual a criança desfruta da tutela de pais socioafetivos sem que o pai ou mãe biológicos tenham se afastado ou deixado de nesta qualidade conviver com a criança, tendo esta então, dois pais, duas mães, ou dois pais e mães na acepção afetiva do termo. Na multiparentalidade, observa-se a incidência de um perene vínculo de filiação entre a criança e mais de duas pessoas, estas exercendo os misteres parentais, denotando-se assim uma coexistência entre a

⁶⁶ Op. Cit. Enunciado 339. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369>. Acesso em 23\07\2018.

criança e pessoas que com ela estabelecem vínculos parentais socioafetivos e outras que estabelecem vínculos biológicos.

Ana Teixeira e Renata Rodrigues esclarecem a propósito:

Dignidade da pessoa humana e multiparentalidade têm estreita relação, já que a segunda é uma das formas de concretização da primeira. Percebemos, portanto, que é possível a formação de vínculos socioafetivos parentais por toda a vida, ou a descoberta de laimes biológicos a qualquer tempo. Se o ordenamento jurídico transmudou-se para o viés personalista com a finalidade de tutelar a pessoa humana de forma mais concreta e abrangente possível, deve reconhecer a possibilidade de cumulação parental, para que o assento de nascimento reflita a exata realidade daquela pessoa, que no mundo da vida tem múltiplas vinculações parentais, das mais diversas ordens. [...] Em face de uma realidade social que se compõe de todos os tipos de família possíveis e de um ordenamento jurídico que autoriza a livre (des)constituição familiar, não há como negar que a existência e famílias reconstituídas representa a possibilidade de uma múltipla vinculação parental de crianças que convivem nesses novos arranjos familiares, porque assimilam a figura do pai e da mãe afim como novas figuras parentais, ao lado de seus pais biológicos. Não reconhecer esses vínculos, construídos sobre as bases de uma relação socioafetiva, pode igualmente representar ausência da tutela e esses menores em formação.⁶⁷

Infira-se que, na multiparentalidade, o reconhecimento da posse do estado de filho em relação aos pais socioafetivos não implica na exclusão da filiação biológica: na alteração do registro, incluem-se os nomes de todos os pais, sem que se faça qualquer distinção a respeito e sem que se estabeleça qualquer tipo de hierarquia. O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. [...] MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. [...] 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na

⁶⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 102-204.

origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais".⁶⁸

Também nessa linha de raciocínio, as famílias mosaicos, mencionadas anteriormente, bem como casos de adoções à brasileira, propiciam, desta forma, uma nova realidade, em que uma pessoa, não dotada de vínculo biológico, assume todas as responsabilidades de um pai, se tornando, portanto, pai para todos efeitos, o que de nenhuma forma pode ser juridicamente desprezado. Neste sentido, Romualdo Santos observa:

Acerca deste assunto, Fabíola Santos Alburquerque desenvolve interessante trabalho, no qual procura destacar a afetividade como valor jurídico, a preponderância da paternidade socioafetiva sobre a biológica e a posse do estado de filiação, concluindo que a afetividade é que deve determinar a relação paterno-filial em todas situações e que descabe a propositura de quaisquer ações com vista à desconstituição da paternidade. A professora defende que a adoção à brasileira deve ser desmitificada da ideia de ilegalidade civil e penal, para ser entendida como instituto jurídico de Direito de Família e como um dos modos pelos quais se constitui a paternidade. Concedido que esta não mais se baseia exclusivamente no elo biológico que une pai e filho, a adoção à brasileira é apenas mais uma expressão da vinculação socioafetiva, apta a caracterizar o estado de filiação.⁶⁹

Não restam dúvidas, portanto, da importância do afeto para a preconização da paternidade socioafetiva, baseada sobretudo nos laços de responsabilidade, de lealdade, de confiança, boa-fé e sobretudo amor entre pai e filho.

4.5 Responsabilidade civil por abandono afetivo

O afeto também se consubstancia em respaldo jurídico a demandas envolvendo responsabilidade civil por danos ocasionados pelo abandono afetivo, nas quais um filho privado de afeto visa ser resarcido dos prejuízos sofridos em vida face à ausência da responsabilidade paterna de propiciar a devida estrutura familiar para seu bom desenvolvimento.

Obviamente, ninguém é obrigado a amar o outro: o afeto não passa somente pela noção de amor, mas também de cuidado, de lealdade, de responsabilidade,

⁶⁸ Op. Cit.

⁶⁹ SANTOS, R. B. Op. cit, p. 166.

de acolhimento. Os prejuízos causados muitas das vezes são irreparáveis e contribuem ainda mais para um regresso moral da sociedade. O dano afetivo, em sua essência jurídica, nada mais é do que um dano extrapatrimonial, que foge ao alcance das relações meramente contratuais, sendo, portanto, um dano moral, pois ataca a estrutura psicológica e afetiva da vítima.

Outrossim, a dissolubilidade do vínculo matrimonial através do divórcio pautada na ausência de afeto, não tem e nem pode inspirar a dissolubilidade do vínculo paternal. O vínculo pai-filho, seja biológico ou puramente afetivo, carrega consigo inúmeras responsabilidades, dentre as quais o próprio exercício do poder familiar, razão pela qual é função obrigatória dos pais zelar pela segurança, saúde, bem estar físico e psicológico de seus filhos:

Diversa deve ser a abordagem da responsabilidade civil nas relações parentais. Primeiro, porque os dois tipos de relação – conjugal e filial – se diferenciam em muito, tanto estrutural, quanto funcionalmente. Enquanto um tem fundamentos na liberdade e na igualdade, outro se baseia justamente na responsabilidade. Ambos remetem, por óbvio, à solidariedade familiar, mas de maneiras muito diferentes. Observe-se que, além disso, a questão não pode ser examinada sem que se atente para a vulnerabilidade de uma das partes, e este é um ponto de fundamental distinção quando o foco são os filhos menores, a quem o ordenamento deve máxima proteção, por força de dispositivos constitucionais.⁷⁰

O abandono dessa responsabilidade, portanto, se configura como ato ilícito passível de reparação. A grande celeuma, todavia, é a demonstração do liame entre possíveis danos causados à conduta omissiva do pai:

Convém lembrar que o dano afetivo pode acontecer de dois modos: por agressão ao patrimônio afetivo ou por ataque direto à estrutura psíquica da vítima. No caso do abandono afetivo, o que se tem é uma agressão direta à estrutura psíquica, com que a vítima se sente diminuída na sua condição de pessoa humana. O pai – em regra, mas também pode ser a mãe – deixa de prestar comportamentos pró-afetivos, isto é, aqueles capazes de proporcionar o surgimento e a manutenção dos laços de afetividade. Vale dizer que não se trata simplesmente de uma omissão, mas sim de uma ação deliberada com o sentido de causar na vítima um sentimento de menos-valia. Essa situação, quando ocorrente, caracteriza agressão à estrutura psíquica do filho e enseja fixação de um valor a título de reparação por danos morais.⁷¹

⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e reparação civil em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 844.

⁷¹ SANTOS, R. B.. Op. cit., p. 196.

Assim, ser pai e mãe é lidar com a responsabilidade de criar e educar um ser em desenvolvimento, com anseios, responsabilidades, carreiras e personalidades próprias. Eximir os pais da responsabilidade de ser um guia moral e psíquico, além de meramente financeiro, constitui uma ofensa não só ao filho afetado, mas também a todo sistema familiar baseado e pautado no afeto.

4.6 A constelação familiar: o afeto e a psicologia

É inegável que as relações familiares estão intrinsecamente ligadas a aspectos psicológicos. Não se pode desprezar o elemento psíquico e afetivo em intensa interdisciplinaridade com o Direito das Famílias, a fim de que a melhor e viável solução seja encontrada em um caso concreto.

É inclusive o afeto que torna o Direito das Famílias uma seara tão complexa e não uniforme. Cada pessoa tem, dentro de si, impressões, paixões, angústias, sentimentos e percepções únicas. É impossível amoldar em um único padrão as demandas familiares e exatamente por isso, são únicas, tornando-se quase sempre experiência inovadora para o operador do Direito.

Nesse sentido, a Psicologia enfatiza a importância do afeto para o desenvolvimento moral e psíquico do indivíduo. Freud assevera que a afetividade é “elemento propulsor do psiquismo, pois é natural do ser humano a aptidão para afetar e ser afetado”.⁷² Piaget, em seus estudos, dividiu a evolução do ser humano em fases e a partir daí, retirou importantes conclusões sobre o afeto em cada etapa do desenvolvimento:

A personalidade não é o eu enquanto diferente dos outros eus e refratário à socialização, mas o indivíduo se submetendo voluntariamente às normas de reciprocidade e de universalidade. Longe de estar à margem da sociedade, a personalidade constitui o produto mais refinado da socialização. Com efeito, é na medida em que o eu renuncia a si mesmo para inserir seu ponto de vista próprio entre outros e se curvar assim às regras da reciprocidade que o indivíduo se torna personalidade.⁷³

Destarte, como lidar, na prática, com tantas personalidades, anseios e paixões? Cada qual com sua impressão do mundo e postas em um Tribunal,

⁷² SANTOS, R. B.. Op. cit., p. 59.

⁷³ PIAGET, Jean. Apud SANTOS, R. B.. Op. cit., p. 67.

muitas causas familiares se arrastam por anos, sem uma solução eficaz. Nas palavras de Romualdo Santos:

Ocorre que a afetividade não existe de maneira estanque nos seres humanos. Ao contrário, ela se desenvolve ao longo do tempo, de acordo com os estágios de desenvolvimento humano; se aperfeiçoa ou se degenera de acordo com a experiência da vida de cada um; e se projeta para o exterior, por meio de comportamentos, interferindo diretamente nas relações entre as pessoas e dando qualidade a esses relacionamentos.⁷⁴

Por esse motivo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da sua Resolução nº 125/2010, incentiva a realização de práticas que possibilitam um tratamento adequado aos conflitos que interessam ao Poder Judiciário. É estimulada, portanto, a utilização de técnicas não convencionais de solução de conflitos, a fim de que se chegue a uma melhor e mais equânime resolução para um caso concreto.⁷⁵

Diante disso, vários Estados-membros brasileiros, dentre eles Goiás, Rio de Janeiro e Distrito Federal, vêm utilizando uma técnica formulada pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, que é tida como um “reforço” ante às tentativas de conciliação, podendo ser feita individualmente ou em grupo. Nessa técnica são criadas “esculturas vivas”, em que a árvore genealógica é reconstruída, permitindo que os bloqueios de fluxo amoroso de qualquer geração da família sejam localizados e removidos. Essa técnica é chamada constelação familiar.⁷⁶

Para Hellinger⁷⁷, as confusões ocorrem de maneira inconsciente, em que uma pessoa incorpora o destino de uma outra pessoa viva ou até mesmo que fez parte de sua vida em vidas passadas. Para o psicoterapeuta, através da constelação é possível esclarecer que o ser humano é objeto de uma imensa alma na qual todas as pessoas estão inseridas e sujeitas a uma ordem.

⁷⁴ Op. cit., p. 76.

⁷⁵ BRASÍLIA. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução 125\2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 23\07\2018.

⁷⁶ CARDOSO, Hélio Apoliano. Disponível em <www.divulgacaolex.com.br/doutrina_27160751_DIREITO_DE_FAMILIA_A_LUZ_DA_CONSTELACAO_FAMILIAR_E_DO_DIREITO_SISTEMICO.aspx>. Acesso em 01 dezembro de 2017.

⁷⁷ Blog Ipê Roxo. Texto: Constelação Familiar e Sistêmica segundo Bert Hellinger. Disponível em <https://iperoxo.com/constelacao-sistemica-e-familiar/constelacao-familiar-bert-hellinger-o-criador/>. Acesso em 23\07\2018.

O propósito dessa técnica é tentar esclarecer para as partes o que existe por trás do conflito que desencadeou o processo judicial, visto que, grande parte das dificuldades pessoais, bem como problemas de relacionamentos, são oriundos de desarranjos nos sistemas das famílias. Desta forma, o indivíduo e seus sentimentos não são considerados de forma isolada e sim dentro de um sistema:

Nenhum indivíduo pode ser tratado isolado, ele tem que ser encarado como um sistema, formado por ele próprio, pelo pai, pela mãe e por todo o corpo social, importante para a formação da personalidade humana. Se queremos conhecer alguém, ou a nós mesmos, precisamos assimilar a origem desse ser. Todos gostam de ser reconhecidos. Muitas pessoas ingressam com processos na Justiça por conta de um motivo, às vezes banal e sem nenhuma justificativa.⁷⁸

É importante ressaltar que o amor e o respeito na família são muito mais que sentimentos: são aspectos fundamentados em princípios que na maioria das vezes não são conscientes. Pode-se dizer que essa técnica contribui para a humanização da justiça, tendo em vista que a família é um sistema que atinge de forma direta cada um de seus componentes. Um acontecimento grave de um dos familiares - mortes, crimes, doenças graves, abortos, entre outros - podem ser o motivo das dificuldades do outro, até mesmo sendo de outra geração, que acaba se identificando com aquele destino trágico, tendo a tendência de segui-lo.

Portanto, essa é uma forma de descobrir o que ocorre na realidade, saindo da forma “mecânica” de julgar os fatos apenas com o que está escrito nos papéis. Mesmo que a técnica não seja capaz de solucionar todos os conflitos, ela permite que os envolvidos no caso conheçam a origem do conflito que os fizeram acionar a justiça, e assim, começarem a olhar com um pensamento diferente e mais sensível aos problemas, sendo, portanto, forma de valorizar o afeto e demais sentimentos na seara jurídica.

4.7 Nome – personalidade e afetividade

A dignidade da pessoa humana é o alicerce sobre o qual se estrutura o sistema normativo pátrio, em face do que, para a concretização de uma vida digna é

⁷⁸ Op. cit.

necessária a garantia de um mínimo de proteção fundamental.⁷⁹ Desta forma, com a migração do patrimonialismo para o antropocentrismo enquanto paradigma da ordem jurídica, a personalidade deixa de se restringir ao aspecto estritamente jurídico e passa a ter uma conotação mais ampla, sendo entendida conforme definido pela Psicologia: “o perfil apresentado por um determinado indivíduo, onde a sua conjuntura civil, ideológica, moral, pessoal, seu modo de agir, seu comportamento no entorno da sociedade são emitidos extrinsecamente”.⁸⁰

Conforme bem esclarece Gustavo Tepedino:

A rigor, há dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade. O primeiro associa-se à qualidade para ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas. O segundo traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural.⁸¹

Tão ampla e fundamental é a conotação constitucional de personalidade, que a mesma não pode se restringir aos limites de um direito subjetivo, vindo portanto a ser considerada um valor jurídico titularizado pelo ser humano:

[...] a personalidade, portanto, não é um direito, mas sim, um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações não assumem necessariamente a forma de direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido.⁸²

Daí se observar a impropriedade em se dizer que o ser humano tem direito à personalidade: uma vez considerada o conjunto de caracteres do ser humano e bem assim sendo o sustentáculo de todos os direitos e deveres existenciais, a personalidade é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence com primeira utilidade, para que ela possa ser o que é.⁸³

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Parte Geral** e Lindb. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v.1, p. 172.

⁸⁰ ARAÚJO, Max Elias da Silva. As teorias da personalidade - uma abordagem ampla e ontológica. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigosleitura&artigoid=8046>>. Acesso em 20 jun. 2018.

⁸¹ Tepedino, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 4.

⁸² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. de Maria Cristina De Cicco. 3ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-156.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 192.

Outrossim, no contexto da consolidação da personalidade, sobressaem-se os denominados direitos da personalidade, assim entendidos aqueles que têm por objeto os modos de ser físicos ou morais do indivíduo, e visam à proteção dos aspectos físicos e psíquicos do indivíduo, aqui se compreendendo a integridade física, moral e intelectual, e bem assim, os atributos específicos da personalidade, esta entendida como a qualidade da pessoa enquanto ente em si considerado.⁸⁴ São essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana.⁸⁵

Desta forma, dentre os direitos da personalidade ressalta-se o direito ao nome o qual tem a função precípua de garantir ao indivíduo a concernente individualização, facultando-lhe individualidade e identificando a pessoa, juntamente com outros elementos, como a voz e acontecimentos da própria vida.⁸⁶ Com efeito, na medida em que a personalidade viabiliza ao indivíduo a possibilidade de ser sujeito de direitos e de deveres, de pretensões, obrigações, ações e exceções, não se pode atribuir algo, ativa ou passivamente, sem se saber a quem.⁸⁷

O nome de uma pessoa é elemento individualizador em uma sociedade, sendo fator indissociável de sua personalidade. É por meio do nome que a pessoa é identificada em seu seio social e familiar, constituindo, portanto, direito fundamental de qualquer pessoa humana. Neste sentido:

[...] o reconhecimento de que a afetividade é indissociável da personalidade não quer dizer que o ser humano deixou de ser racional e passou a ser puramente afetivo. Ao contrário, significa que a racionalidade deve ser enriquecida para considerar que o homem é complexo, assim como também é complexa a realidade que o cerca. Ao procurar compreender a realidade, o ser humano age como uma nova forma de razão, que pressupõe uma personalidade constituída de corpo e mente, de razão e de emoção, de inteligência e de afetividade. Entretanto, o ser humano percebe e comprehende que a realidade se compõe de objetos relacionados entre si e, quando esta realidade a ser compreendida é o próprio ser humano, que este também se constitui de corpo e alma, razão e emoção, inteligência e afetividade, etc.⁸⁸

⁸⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Lei de introdução e parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, v. 1, p. 120-121.

⁸⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 168.

⁸⁶ AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

⁸⁷ MIRANDA, Francisco Calvancanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, t. 8, p. 96.

⁸⁸ SANTOS, R. B.. Op. cit., p. 243.

Obtempere-se que o nome adquire curial importância para a pessoa, a ponto de tornar-se parte desta, até o ponto em que, uma vez separada de seu nome, a pessoa sente-se como se tivesse perdido a própria identidade⁸⁹, eis que, à medida que a pessoa cresce, vive, se educa, se projeta na vida social, o nome, por bem dizer, se cola à personalidade, como que se liga, se consolida, se fusiona com a personalidade mesma.⁹⁰

Desta forma, toda pessoa tem direito ao nome eis que se trata de direito da personalidade expressamente previsto pelo art. 16 do Código Civil, sendo por isso absoluto, intransmissível e irrenunciável, e possuindo intensa proteção jurídica e inclusive regido por matéria de ordem pública, através da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos). Ato contínuo, a inserção do sobrenome dos pais socioafetivos no nome do filho corrobora a perfectibilização da concretização do direito fundamental à filiação (CF, art. 227), dado que assim autoriza por exemplo o art. 57 § 8º da Lei dos Registros Públicos:

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.

Particularidade é observada no tocante à multiparentalidade: uma vez reconhecida, pode-se registrar no nome do filho tanto os sobrenomes dos pais biológicos quanto dos socioafetivos. Não há necessidade de exclusão ou preterição de nenhum destes, conforme analogamente autoriza o art. 57 § 8º da Lei dos Registros Públicos:

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.

⁸⁹ CUNHA, Patrycia Prates da. **O direito ao nome e as possibilidades de alteração do registro civil.** Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/patrycia_cunha.pdf>. Acesso em 23 jun. 2018, p. 7

⁹⁰ MIRANDA, F. C. P. Op. cit., p. 96.

Bem assim, o art. 54, item 8º, da Lei de Registros Públicos, quando impõe a obrigatoriedade de registro dos nomes e prenomes dos pais e avós⁹¹, deve ser interpretado sob o entendimento de que se refere tanto aos biológicos quanto os socioafetivos, em razão da interpretação sistêmica advinda da necessária observância à isonomia.

Ainda com relação a sobrenomes, também os companheiros que vivem em união estável têm direito à inclusão do patronímico de um companheiro no nome do outro. Esse entendimento já fora ratificado pelo STJ, segundo o qual:

[...] devem ter aplicação analógica as disposições específicas do Código Civil, relativas à adoção de sobrenome dentro do casamento, porquanto se mostra claro o elemento de identidade entre os institutos. Em atenção às peculiaridades da união estável, a única ressalva é que seja feita prova documental da relação, por instrumento público, e nela haja anuência do companheiro que terá o nome adotado, cautelas dispensáveis dentro do casamento, pelas formalidades legais que envolvem esse tipo de relacionamento, mas que não inviabilizam a aplicação analógica das disposições constantes no Código Civil, à espécie.⁹²

Assim, uma vez que resta remansoso em sede doutrinária e jurisprudencial ser a união estável equiparada ao casamento, segue-se que, em analogia ao art. 1.565 § 1º do Código Civil⁹³, qualquer um dos companheiros, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

4.8 Guarda entre pais biológicos e pais afetivos

Já dito antes, uma vez ser vedada a distinção entre a parentalidade biológica e a socioafetiva, segue-se que também quanto aos pais socioafetivos aplica-se a sistemática da guarda dos filhos menores.

Outrossim, quanto à multiparentalidade, a partir do registro iniciam-se os direitos e deveres relativos à filiação, conforme bem aponta Maurício Póvoas:

⁹¹ “Art. 54. O assento do nascimento deverá conter: [...] 8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos; [...].”

⁹² BRASÍLIA. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.306.196/MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 22 out. 2013. Publicado em 28 out. 2013. Disponível em <<https://www2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1276668&tipo=0&nreg=201200124270&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20131028&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 12 jul. 2018.

⁹³ Art. 1.565 § 1º. “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”.

Na realidade, a alteração do registro, com a inclusão, no caso de multiparentalidade, de todos os pais e mães no registro, só traz benefícios aos filhos, auferindo-lhes, de forma incontestável e independentemente de qualquer outra prova (pela presunção que o registro traz em si) todos os direitos decorrentes da relação parental. E que direitos seriam esses? Ora, todos os que um filho tem em relação ao pai e vice-versa: nome, guarda, alimentos, parentesco, visitas, sucessórios.⁹⁴

Uma vez registrada a multiparentalidade, pais biológicos e pais socioafetivos são elevados ao mesmo patamar, em especial no que diz respeito ao poder familiar. Considerando-se que o *pater* constitui-se em um conjunto de atividades com o escopo de garantir a proteção integral da criança e do jovem, não é simples prerrogativa e sim dever dos pais o pleno exercício do mesmo, conforme preceitua o art. 227 da Constituição Federal⁹⁵

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.

Sendo assim, dotados do poder familiar, obviamente podem os pais socioafetivos reclamar pela guarda e convivência dos filhos ora registrados. Todavia, embora os pais socioafetivos e biológicos se encontrem em condições de igualdade jurídica e paternal, qualquer decisão que envolva a vida do menor deve levar, preemente, em consideração, o princípio do melhor interesse do menor. No mesmo lastro, deve-se adotar a afetividade enquanto critério para a decisão mais vantajosa, seja nos casos de paternidade biológica ou multiparentalidade.

Nesse sentido, salienta Póvoas que, “em casos tais, o melhor critério é a afinidade e a afetividade e, portanto, os pais afetivos levam sensível vantagem para ficar na guarda dos menores que possuem mais de um pai ou de uma mãe”.⁹⁶

Notadamente, o cunho afetivo tende a sobressair nesses casos, considerando-se a afetividade como norte embasador do melhor interesse do menor

⁹⁴ PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. **Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 91.

⁹⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do. Art. 227.

⁹⁶ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Op. cit., p. 95.

quando se trata da convivência do mesmo com as pessoas que compõem sua família.

Sendo assim, apesar de o art. 1.584 § 2º do Código Civil estabelecer a guarda compartilhada como regra, sempre será necessário fazer uma análise minuciosa do caso concreto. A finalidade de tal modelo de guarda é incentivar e auxiliar os pais a manterem inalterada a relação parental com seus filhos – promovendo-se assim a igualdade parental na criação e educação dos filhos. Com a evolução dos modelos familiares e novas configurações de arranjos, deve ser ampliada também da aplicabilidade dos modelos de guarda outrora previstos. Não restam impeditivos, portanto, da adoção da guarda compartilhada entre os pais biológicos e os socioafetivos; entre os pais biológicos ou entre os pais socioafetivos, apenas; entre um dos pais biológicos e um dos pais socioafetivos; ou ainda, a guarda unilateral. Sendo assim, não esgotará a lei as possibilidades, devendo sempre prevalecer o melhor interesse da criança, pois este ditará o modelo a ser adotado, independentemente de se tratar ou não de multiparentalidade.

4.9 Convivência baseada na afetividade

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.589 do Código Civil⁹⁷, prevê o direito à convivência entre pais e filhos, consistente na possibilidade de os pais que não detém a guarda terem em sua companhia a presença do filho e exercerem o direito de visitações. O direito de convivência preconiza a estabilização das relações entre pais e filhos e acontece segundo o que for acordado com o outro pai ou for fixado judicialmente.

Nem bem a doutrina, quanto menos as leis esgotam a definição do que seria, efetivamente, o direito de convivência. Ao contrário do que recorrentemente se verifica terminologicamente, o direito de convivência não consiste em apenas a visitação: a convivência vai muito além do mero conviver, significando também participar interferir, colocar limites e educar⁹⁸ – pressupondo, portanto, um relacionamento contínuo e duradouro e bem assim baseado em vínculos de afetividade - , a visita dá a ideia de tão-somente um compromisso formal, o ato de ir a algum lugar para estar com alguém ou para ver ou apreciar algo, sendo o termo

⁹⁷ BRASIL, Código Civil do. Artigo 1589.

⁹⁸ PEREIRA, R.C. Op. Cit, p. 72

comumente usado no caso de ida profissional a algum lugar⁹⁹, não encerrando em sua acepção destarte a ideia de intimidade e afetividade que se espera dos pais.

Sendo assim, quando o art. 1.583 § 2º do Código Civil dispõe que o juiz estabelecerá os períodos de convivência entre pai e mãe na guarda compartilhada¹⁰⁰, o termo “convivência” não pode ser tomado, de forma restrita, como sinônimo de “visita”: no melhor interesse da criança, mister se faz ampliar a interpretação, abrangendo também a coparticipação na promoção da educação, saúde, lazer e outros mais referentes ao crescimento e desenvolvimento do filho, os quais não necessariamente necessitam de visita do pai ao domicílio do filho, mas sim e justamente do contato afetivo contínuo e duradouro – a convivência.

Pode-se, portanto, que a visita não é o mesmo que convivência, mas sim um de seus elementos, sendo o elemento convivência gênero do qual visita é espécie. Conforme bem explica Gisele Groeninga:

A visita seria a modalidade mais empobrecida de relacionamento familiar, por não propiciar o estabelecimento amplo de vínculos de conhecimento e de reconhecimento, importantes para a formação do psiquismo, e a elaboração dos vínculos da ordem da afetividade, como o são os vínculos de amor e ódio. Por elaboração se quer dizer da necessidade em sintonizar os afetos com as experiências com os pais, desenvolver um conhecimento destes que se aproxime da realidade. E, ainda, como consequência da relação entre os vínculos de amor, ódio e conhecimento, tem-se os vínculos de reconhecimento, que podem se dar de forma saudável se a criança “transita” psiquicamente com liberdade.¹⁰¹

Desta forma, certo é que a visita tem o intuito de viabilizar e auxiliar na consecução da convivência, pois permite a pai e filho o contato no dia-a-dia, desenvolvendo relações corriqueiras e recíprocas. Conforme Ana Teixeira e Renata Rodrigues:

O direito de visitas é um direito subjetivo assegurado ao genitor não guardião, cujo objetivo é propiciar a convivência familiar dos menores com o parente que não detém diretamente sua guarda, por força da dissolução da sociedade conjugal. O genitor não guardião permanece detentor da autoridade parental, mas seu conteúdo é reduzido, pois lhe é suprimida a prerrogativa de tê-los em sua companhia em tempo integral, segundo o art. 1631, CC. Todavia, muito mais do que o direito subjetivo do país, é um

⁹⁹ GROENINGA, Gisele Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário**. Disponível em file:///C:/Users/MarcelaCec%C3%ADlia/Downloads/Giselle_Groeninga_Resumido.pdf 2011, p. 118. Acesso em 21-04-2018.

¹⁰⁰ BRASIL, Código Civil do. Artigo 1589.

¹⁰¹ Op. Cit., p. 179

direito fundamental do filho conviver com aqueles com os quais tem afeto, laços de amizade, de modo a reforçar a perspectiva dialogal, construindo a própria dignidade e personalidade.¹⁰²

Na mesma esteira, importante ressaltar que a convivência não se restringe aos pais, mas também aos demais parentes que desejem manter vínculos afetivos concretos com a criança e participar de seu desenvolvimento, como por exemplo, os avós e tios. Rolf Madaleno bem observa a respeito, ao prelecionar que a visita é “um direito conferido a todas as pessoas unidas por laços de afeto, de manterem a convivência e o intercâmbio espiritual quando estas vias de interação tiverem sido rompidas pela separação física da relação”.¹⁰³

A par da expressão “direito de visitas” ou até mesmo “direito de convivência”, em sua maioria esmagadora de vezes ser utilizada para se referir a um direito que os pais ou demais parentes possuem, é importante ressaltar que fundamentalmente, a convivência pacífica com todos os membros da família contribui efusivamente para o desenvolvimento saudável do menor envolvido.

4.10 Alimentos, direitos previdenciários e sucessórios e exercício do poder familiar na filiação afetiva

Os direitos fundamentais surgiram como manifestação máxima da dignidade da pessoa humana, preconizadores da vivência digna. Essa, por sua vez, representa verdadeiras condições essenciais ao ser humano, tais como o direito de ir e vir, o direito de pensar e manifestar e o direito de trabalhar e de se associar. Com efeito, em tese pode-se viver sem as chamadas liberdades individuais ou sem as liberdades sociais. Contudo, não se consegue sobreviver sem determinadas prerrogativas imprescindíveis não só a uma existência digna, mas a uma existência física que atenda a requisitos fisiológicos mínimos.

A consecução de itens que se relacionam a uma vida digna e perfazem a compleição dessa necessidade configuram-se alimentos, assim entendidos como o conjunto de prestações necessárias para que o indivíduo tenha uma vida digna, satisfazendo as necessidades vitais para sua sobrevivência e para sua vida digna, nos dizeres de Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior:

¹⁰² TEIXEIRA, A. C.; RODRIGUES, R. L., Op. cit., p. 39.

¹⁰³ MADALENO, Rolf. **O preço do afeto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 158

Os alimentos, em sentido amplo, compreendem tudo aquilo que é necessário para que uma pessoa tenha uma existência digna. Não se limitam à alimentação, pois uma vida digna requer mais do que isso. Os alimentos devem proporcionar a satisfação das necessidades física, psíquica e intelectual do ser humano.¹⁰⁴

Não obstante, os alimentos são devidos pelos parentes, cônjuges ou companheiros entre si, de acordo com o disposto pelo art. 1.694 do Código Civil:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.¹⁰⁵

Na mesma esteira, o art. 1.696 do Código Civil estabelece ser recíproco o direito à prestação de alimentos entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros¹⁰⁶. Destarte, tanto o pai quanto a mãe podem ser credores de alimentos para o filho, assim como, na falta desses, poderão ser acionados ao pagamento o ascendente de mais próximo grau, tendo o filho dever recíproco de prover alimentos para os seus ascendentes.

Assim, considerando-se que em virtude do princípio da isonomia substancial a filiação socioafetiva alcançou igualdade com todas as demais formas de filiação, inclusive no que tange aos alimentos, uma vez constituída as relações de parentalidade socioafetiva, o filho terá direito de pleitear prestações alimentares de seus parentes afetivos, assim como terá a obrigação de pagá-las se estes necessitarem. Neste sentido foi o entendimento do Conselho de Justiça Federal, contextualizada no Enunciado 341, onde se lê que, “para fins do art. 1696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.¹⁰⁷

A obrigação, importante ressaltar, é constituída não somente entre os descendentes e ascendentes, estendendo-se também aos irmãos socioafetivos visto

¹⁰⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 387.

¹⁰⁵ BRASIL, Código Civil do. Art. 1694.

¹⁰⁶ Idem, artigo 1696

¹⁰⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. IV Jornada de Direito Civil. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>>. Acesso em 17 jun. de 2018.

que, na linha colateral, subsiste até o segundo grau. Nas lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Como não poderia ser diferente, a filiação socioafetiva impõe, dentre os seus inúmeros efeitos, a possibilidade, por igual, de geração de obrigação alimentar entre os parentes socioafetivos. Seria o exemplo do pedido de pensão alimentícia dirigido não apenas ao pai ou mãe socioafetivo, mas, identicamente, ao irmão socioafetivo.¹⁰⁸

Desta forma, o argumento da inexistência de vínculo biológico com o fim de elidir o pagamento de pensão alimentícia não prospera. O julgado abaixo, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, retrata esse posicionamento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE PROVA DA OCORRÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. EXISTÊNCIA DE VÍCULO AFETIVO ENTRE O PAI REGISTRAL E A MENINA. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGURADA NOS AUTOS. Apelação desprovida, de plano.¹⁰⁹

Na esteira do Tribunal gaúcho, encontra-se o entendimento o Tribunal de Minas Gerais, em julgamento acerca dos alimentos socioafetivos:

APELAÇÃO CÍVEL - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E EXONERATÓRIA DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - VÍNCULO SOCIOAFETIVO - EXISTÊNCIA - PAI QUE, MESMO EM DÚVIDA ACERCA DO LIAME BIOLÓGICO, SE DEDICA À FORMAÇÃO DO FILHO ATÉ A FASE ADULTA - RECONHECIMENTO, PELO FILHO ADULTO, DA REFERÊNCIA PATERNA - RECURSO NÃO PROVIDO
 1. A paternidade há de ser reconhecida não como um fato da natureza, cuja origem se radica em pura base biológica, mas um fato cultural, que se assenta na circunstância de amar e servir, fundada no exercício da liberdade e autodeterminação. 2. Não pode ser considerado pai aquele que apenas participa, como procriador, de um evento da natureza, ou seja, do nascimento de um novo ser, sem construir qualquer relação de afeto e assumir os cuidados na sua formação. Por outro lado, àquele que, mesmo sabendo da inexistência de vínculo de consanguinidade (ou, como no caso dos autos, tendo dúvidas acerca deste liame), assume com todo o carinho, amor e dedicação, a criação de uma pessoa até o atingimento de sua fase adulta, outra denominação e reconhecimento não se pode dar, que não a do pai verdadeiro. 3. Existência de mútuo afeto, em relação construída ao longo de toda a infância e adolescência do filho, estabelecendo verdadeiro vínculo de paternidade socioafetiva, que manteve as partes unidas mesmo após

¹⁰⁸ FARIAS E ROSENVOLD, op. cit., p. 693.

¹⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70043588714. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 17/01/2012. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113786/apelacao-civel-ac-7358871-rs-tjrs>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

o afastamento do pai do lar conjugal - e a despeito das dúvidas que cercavam a origem biológica do requerido. 4. Relação de socioafetividade presente, não podendo ser desconsiderada com fundamento na inexistência de vínculo biológico, ou em uma suposta aproximação do filho com seu procriador, o que teria gerado ciúme e sentimento de traição no pai. 5. Recurso não provido.¹¹⁰

Nos dizeres de Farias e Rosenvald, em casos que não configuram a multiparentalidade, o pai socioafetivo será sempre o principal devedor de alimentos, pois se presume que, estabelecida a parentalidade socioafetiva são rompidos os vínculos com o pai biológico, que se torna exclusivo genitor¹¹¹.

Porém, excepcionalmente, moderna corrente doutrinária destaca a tese da parentalidade alimentar, consistente na chamada do pai biológico para pagar prestação alimentícia, quando nem o pai e nem qualquer outro parente socioafetivo consiga arcar com o sustento do filho. Nota-se que não é simplesmente o fato de o pai biológico ter melhores condições financeiras do que o socioafetivo que justificaria essa transferência da obrigação alimentar, mas a real necessidade, sob pena de periclitar a vida e a dignidade do próprio infante.

Entre os doutrinadores que advogam a favor dessa hipótese está Rolf Madaleno, para quem a responsabilidade alimentar antecede o reconhecimento civil ou judicial da paternidade e, portanto, o genitor biológico pode ser chamado a prestar alimentos mesmo que nem saiba da existência do filho.¹¹²

A seu turno, na multiparentalidade, após o respectivo reconhecimento qualquer um dos pais poderá ser responsável por prover alimentos ao filho, ressaltando-se não haver solidariedade entre eles já que o ordenamento jurídico não prevê nada nesse sentido, no sentido de que a solidariedade nunca pode ser presumida, apenas prevista em lei ou por acordo de vontade entre as partes. Assim, se o filho não consegue de *per si* suprir suas necessidades, poderá escolher opor o pedido de alimentos em face do pai biológico ou do pai socioafetivo ou de ambos.

Nesse sentido, já se posicionou o STF, em sede de repercussão geral¹¹³:

¹¹⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 10024081375347001. Relator: Des. Áurea Brasil. Belo Horizonte, 30/01/2014. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119399938/apelacao-civel-ac-1/813753/7/1-mg>. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹¹¹ FARIAS E ROSENVALD, op. cit., p. 696.

¹¹² MADALENO *apud* FARIAS E ROSENVALD, op. cit., p. 696.

¹¹³ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060-SP. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21 set. 2016. Publicado em 23 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em 11 jun. 2018.

EMENTA : RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO . SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ -CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA . NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE . PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES . (...) 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios

constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (grifos nossos).

No acórdão, o Ministro Relator Luiz Fux preconizou que:

[...] o indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.¹¹⁴

Assim, do acórdão se infere que, tendo o indivíduo dois ou mais pais, prudente que a responsabilidade seja atribuída a ambos, sem a exclusão de um ou outro. Claro que, num contexto de razoabilidade, deve-se ponderar a incidência ou não do binômio necessidade-possibilidade em relação a ambos os pais, para o fim de se evitarem excessos e abusos injustificáveis.

Quanto ao pagamento de alimentos recíproco, ou seja, do filho aos pais, entende-se que se o filho for chamado a prestar alimentos aos pais, mesmo que no instituto da multiparentalidade, deverá ele prestar alimentos e cuidados iguais a todos os pais/mães envolvidos na relação. Portanto, em âmbito alimentar, considerando os vínculos biológicos e socioafetivos gerados por esse instituto, terão as pessoas envolvidas os mesmos direitos, de forma que não haja nenhuma violação aos princípios constitucionais.

No tocante aos direitos previdenciários, salienta a previsão constitucional sediada no art. 194 (BRASIL, 1988), no capítulo dos direitos sociais, onde se asseguram direitos relativos à saúde, previdência e assistência social. O intuito dessa específica proteção é proteger o trabalhador e de seus dependentes, em situações que se encontrem impossibilitados de realizar suas atividades, conforme está estabelecido no art. 1º da Lei 8.213/93 – Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que regulamenta a Previdência Social:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário,

¹¹⁴ Op. Cit.

idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.¹¹⁵

O art. 16, incisos I e II da referida lei faz destaque à figura do dependente do segurado, nas seguintes linhas:

São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II – os pais; [...]¹¹⁶

Sendo a expressão “de qualquer condição” (inciso I) consubstanciada numa cláusula geral, infere-se, portanto que não somente o filho consanguíneo ou o adotado podem ser dependentes de qualquer um dos pais segurados. Sendo estes biológicos ou socioafetivos, uma vez preenchidos os requisitos do aludido artigo, adquirem a qualidade de dependentes, preconizando-se a máxima da igualdade jurídica dos filhos sediada na Constituição Federal.

Quanto aos pais, o aludido inciso não trouxe nenhuma cláusula geral, não significando, no entanto, haver alguma restrição à espécie de parentalidade: não há distinção alguma entre as espécies de parentalidade, em face do que, cabe aqui lembrar o princípio geral de direito segundo o qual, “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir” (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

Maxmiliano¹¹⁷ bem elucida a questão:

Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus: “Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.” Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do interprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual e, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas. Seria erro generalizar; a regra não é tão absoluta como parece à primeira vista. O seu objetivo é excluir a interpretação estrita; porém esta será cabível e concludente quando houver motivo sério para reduzir o alcance dos termos empregados, quando a razão fundamental da norma se não estender a um caso especial; enfim,

¹¹⁵ BRASIL. Lei 8.213/93 – Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS),

¹¹⁶ Op. Cit.

¹¹⁷ MAXMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e a Aplicação do Direito**. 20ª edição. São Paulo:Forense, 2011, p. 211.

quando implicitamente ou em outras disposições sobre o mesmo assunto, insertas na mesma lei ou em lei diversa, prescrevem limites, ou exceções, ao preceito amplo. (grifo nosso)

Não é permitido, pois, ao interprete, demandar tal restrição ao pai afetivo. Se assim não procedeu ao legislador, criando categoria legal distinta entre pais afetivos e pais biológicos, não se pode, portanto, presumir: quando a lei quer, determina; quando não quer, guarda silêncio, conforme brocardo acima mencionado.

Destarte, tanto o filho socioafetivo quanto os pais socioafetivos podem ser dependentes entre si, para efeitos previdenciários. Ressalte-se apenas que as demais obrigações também se aplicam: enquanto o filho é presumidamente considerado dependente, os pais só o serão mediante prova da dependência econômica.

Na seara dos direitos fundamentais, encontra-se também o direito ao patrimônio e herança, previstos constitucionalmente no artigo 5º, XXX¹¹⁸. No mesmo sentido, estabelece o Código Civil, em seu art. 1.829, que são herdeiros legítimos aqueles advindos da descendência, ascendência ou sendo cônjuges ou companheiros, e ainda os colaterais¹¹⁹. Em nada distingue quanto à origem do parentesco, de forma que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva torna tanto o reconhecido quanto o reconhecedor herdeiros legítimos um do outro, eis que, conforme já dito alhures, é vedada a discriminação entre os filhos e também entre os pais.

Ademais, acresça-se que os Tribunais Superiores acatam o reconhecimento da parentalidade após a morte (*post mortem*), quando comprovada a relação afetiva, harmoniosa e voluntária geradora de grande vínculo entre as partes envolvidas, além da demonstração do estado de filho, confirmando assim a existência de relação e consequentemente a transmissão dos direitos sucessórios. Neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO POST MORTEM DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA, COM A MANUTENÇÃO, EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO, DA MÃE REGISTRAL. [...] A constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo,

¹¹⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do. Artigo 5º, XXX: é garantido o direito de herança.

¹¹⁹ BRASIL, Código Civil do. Artigo 1829.

pela voluntariedade do apontado pai/mãe, ao despender afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança. Tal comprovação, na hipótese dos autos, deve revestir-se de atenção especial, a considerar que a pretensa mãe socioafetiva já faleceu (trata-se, pois, de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem*).¹²⁰

Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira, “o mais importante dos efeitos do reconhecimento é a atribuição ao filho de direito sucessório; é a capacidade por ele adquirida para herdar *ab intestato* do pai e dos parentes deste”.¹²¹ Talvez esse seja o motivo pelo qual as maiores controvérsias lançadas sobre o instituto da parentalidade socioafetiva, e também sobre a multiparentalidade, estão concentradas no campo do direito sucessório.

Não restam, pois, dúvidas de que o filho socioafetivo, assim como todos os outros filhos, tem direito ao recebimento de sua cota parte na herança, visto que, conforme exposto acima, é vedada a discriminação entre os filhos, principalmente em razão da origem da filiação. A problemática, no entanto, gira entorno da participação do filho afetivo também na sucessão do pai biológico, com o qual nunca teve vínculo afetivo, intentando petição de herança com intuito meramente patrimonial.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald prelecionam no seguinte sentido:

Assim, estabelecida a filiação socioafetiva são rompidos, automaticamente, os vínculos com o pai biológico, que se torna, meramente, o genitor, não podendo ser compelido a prestar alimentos e não transmitindo herança para o filho que estabeleceu vínculo com outrem, como não podendo exercer o poder familiar. [...] No que tange ao direito sucessório, não parece cabível o seu reconhecimento em relação ao genitor em nenhum caso, sob pena de romper a igualdade constitucional assegurada aos filhos, permitindo, por via indireta, que alguém possa suceder duas vezes. [...] coadunando com o nosso entendimento, Rolf Madaleno já se manifesta contrariamente, sustentando não ser possível ter dois *pais* e, assim, também pretender herdar do ascendente consanguíneo,

¹²⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp. 138380. Julgado em 21-10-2014. Dje 03-11-2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483514/recurso-especial-resp-1328380-ms-2011-0233821-0>. Acesso em 04-07-2018.

¹²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 335.

"com quem nunca teve vínculos de afeto e relação de filiação, pois não calha ao bom senso, que recolha a herança material de dois pais".¹²²

Assim, a isonomia substancial preconiza verdadeira busca pela lisura dos processos em que se busca o reconhecimento de paternidade. Isso porque, em muitos casos, vislumbram-se pedidos que visam reconhecimento de vínculo meramente biológico apenas com fins sucessórios e/ou patrimoniais. Neste ponto, a idoneidade deste tipo de demanda é altamente questionada pela doutrina e jurisprudência.

No entanto, o sistema jurídico preconiza soluções jurídicas para casos desse molde. Uma das possibilidades seria o reconhecimento exclusivo da ascendência genética, sem, contudo, reflexos registrais, patrimoniais e sucessórios. Essa solução já vem sendo abaulada em casos de adoção e inseminação artificial heteróloga, visando ao filho apenas o direito de conhecer a origem biológica, sem, entretanto, maiores consequências jurídicas.

Nesse caso, a decisão proferida em ação investigatória da origem biológica teria natureza meramente declaratória, que não produz outros efeitos jurídicos a não ser o de assegurar ao filho o direito ao conhecimento de sua ancestralidade, assim como identidade, código genético, entre outras características de seus parentes, com a finalidade precípua de resguardar a sua vida e a saúde em virtude das muitas doenças que são geneticamente transmitidas e devem ser tratadas.

Entrementes, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se deve restringir o direito do filho de buscar a parentalidade biológica, uma vez que se trata de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. De igual modo, considera que, se é o filho quem está interessado na investigação da sua verdadeira paternidade, presume-se que ele foi enganado a vida inteira:

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 concluso ao Gabinete em 25.08.2011. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o

¹²² FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 697.

reconhecimento da paternidade biológica. 3. A maternidade/paternidade socioafetiva 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. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 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 desinfluente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar. 9. Recurso especial desprovido.¹²³

Ainda sobre esse tema, o Tribunal do Rio Grande do Sul enfrentou um caso no qual uma mulher de 32 anos que ingressou com investigação de paternidade contra seu genitor, e este, em sua defesa, disse que não tinha vínculos socioafetivos com a primeira, demonstrando que quem sempre exerceu a função de pai de uma terceira pessoa.

A sentença prolatada reconheceu e declarou a paternidade biológica, sem conceder contudo os reflexos na esfera registral e patrimonial. Porém, foi reformada em 2^a instância, por maioria de votos, em decisão que ficou assim ementada:

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO COM O INVESTIGADO, COMPROVADO POR EXAME DE DNA. SENTENÇA QUE SOMENTE DECLARA A PATERNIDADE BIOLÓGICA, SEM CONCEDER, CONTUDO, OS REFLEXOS NA ESFERA REGISTRAL E PATRIMONIAL. EXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA QUE NÃO PODE INIBIR AS REPERCUSSÕES DA INVESTIGATÓRIA, EM DETRIMENTO DOS

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1274240 SC 2011/0204523-7. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília 08/10/2013, Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274960/recurso-especial-resp-1274240-sc-2011-0204523-7-stj/certidao-de-julgamento-24274963>> Acesso em: 29 abr. 2018.

INTERESSES DO INVESTIGANTE. 1. O argumento da prevalência da paternidade socioafetiva em relação à paternidade biológica somente é passível de acolhimento para fins de manutenção do vínculo existente em prol do filho, e não contra este - salvo em circunstâncias muito especiais, quando a relação socioafetiva é consolidada ao longo de toda uma vida, o que não se verifica no caso. 2. Desse modo, na espécie, ainda que o pai registral defendá a manutenção do vínculo socioafetivo existente, não se pode negar à investigante o direito de ter assegurados todos os reflexos do reconhecimento da paternidade biológica, com a devida retificação de seu registro civil e com todas as repercussões daí decorrentes, inclusive as de ordem patrimonial. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO.¹²⁴

No acórdão, a maioria dos julgadores entendeu que o vínculo do parentesco socioafetivo poderia ser utilizado somente em benefício do filho, não podendo ser suscitado pelo pai biológico. Merece destaque a brilhante explanação do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rui Portanova, feita em seu voto vencido que foi proferido no processo acima citado, conforme se vê a seguir:

Neste primeiro momento não vou falar do presente caso. Vou falar em tese. A cada caso que vem para julgamento, tenho mais dificuldade de encontrar uma solução que tranquilize a consciência. Guardo extrema dificuldade de concordar com a orientação que vem se colocando no sentido de que a paternidade socioafetiva somente pode ser invocada por um dos interessados na manutenção da relação, quais sejam, o pai registral ou o filho, mas nunca o investigado. Se a paternidade socioafetiva é um instituto jurídico, ele deve se conformar aos princípios e características do Direito. Assim, ou vale a para todos ou não vale para nada. Do ponto de vista da realidade e seus efeitos não é diferente. Ou a realidade e a verdade, valem para todos que contendem ou não pode ser invocada. Guardo dificuldade em sustentar juridicamente que, sendo indviduosamente verdade e realidade uma paternidade socioafetiva, essa mesma realidade e verdade só uma parte tenha tamanha disposição de uso do instituto, a ponto de poder modular no sentido de "usar ou não usar o instituto", de acordo com suas conveniências que pode ir, desde o mais incomensurável afeto, até o supra-sumo da ganância da busca do "levar vantagem em tudo". Principalmente quando se corre o risco do supra-sumo da ganância e da busca de "levar vantagem em tudo" vejo diminuir o direito e seus sustentáculos constitucionais. Não parece lícito falar em dignidade da pessoa humana, quando, um filho/a utiliza sua filiação genética para troca o pai com quem sempre viveu e amou durante toda sua vida, por um outro mais rico. No mesmo passo, tangencia o abuso de direito a

¹²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70057989337 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 08/05/2014, Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120130949/apelacao-civel-ac-70057989337-rs>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

idéia de quem alguém possa que herdar duas vezes. [...] Aqui, meu temor do exercício de ganância pode se dar em duas vias. Quando um dos pais morrer, a ganância do filho/a por receber duas heranças começa. Se morre por primeiro, o genitor e autor daquela ação improcedente, o filho (arrependido), agora, entra com a ação buscando o sagrado direito de reconhecer a geneticidade. Como é o filho que modula os efeitos, a paternidade socioafetiva não pode ser alegada contra o filho/a. Se morrer primeiro o pai socioafetivo, ele herda e como ele é quem modula a paternidade socioafetiva, em seguida vai em busca da sua geniticia e futura segunda herança. Quando discricionariedade, como nestes exemplos hipotéticos se confunde com arbitrariedade, o Direito deve se sobrepor, para não permitir o abuso. [...] Vislumbro a possibilidade de existir, tanto uma ação de “investigação de paternidade”, como uma ação “conhecer a herança genética”, com efeitos diferentes. Cada uma com seus efeitos jurídicos próprios. Nesse passo, estou em que o direito material e processual abrem oportunidade para quem quer buscar saber a herança genética. Mas isso, necessariamente não significa, sempre e sempre, dizer que os efeitos de eventual DNA identificado, vão possibilitar o apagamento de uma vida de afeto na relação de paternalidade, para viabilizar um enriquecimento centrado puramente na sorte de um genitor de quem se pode herdar (a primeira ou a segunda vez).¹²⁵

Assim, a ausência de legislação específica sobre o tema impede a consolidação do tema em comento, até mesmo porque a posição da jurisprudência majoritária é de que o direito à investigação da parentalidade, seja ela biológica ou afetiva, é imprescritível e indisponível, funda-se nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana e não há regramento algum que limite o seu exercício.

Além disso, o STF em atual entendimento de repercussão geral, proferido no RE 898.060-SC, sustentou que a existência de paternidade socioafetiva não exclui a responsabilidade do pai biológico.¹²⁶ Acompanhando esse posicionamento o STJ proferiu a seguinte decisão:

RECURSO ESPECIAL- DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DACF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA.

¹²⁵ PORTANOVA, Rui. Voto proferido em: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70057989337 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 08/05/2014, Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120130949/apelacao-civel-ac-70057989337-rs>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 898.060-SC. Relator: Ministro LUIZ FUX. Brasília 04/09/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>>. Acesso em 17 jun. 2018.

ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido.¹²⁷

Destarte, conforme o ministro Villas Bôas Cueva, mesmo o recorrente tendo desfrutado de uma relação socioafetiva com o pai registral, já morto, o ordenamento pátrio lhe assegura a busca da verdade real, o que não pode se limitar ao mero reconhecimento, sem implicações no plano fático. Portanto, nesse cenário, o filho participará da sucessão tanto do pai socioafetivo quanto do pai biológico.

Insta salientar que a recíproca também se aplica nessa situação, assim como nas demais acima expostas: da mesma forma que o filho pode suceder aos pais, os pais podem suceder aos filhos, de forma que a multiparentalidade produz direitos do filho em relação aos múltiplos pais ou mães, mas também direitos dos múltiplos pais e mães em relação ao filho.¹²⁸

Nesse mister, em ocorrência do falecimento do filho sem deixar descendentes abre-se a sucessão aos ascendentes, que no caso da multiparentalidade, acredita-se que o correto não seria a divisão em duas linhas, como ocorre convencionalmente, ficando 50% para a linha materna e 50% para a linha paterna, mas sim, que ocorra a divisão igualitária da herança entre todos os pais, sendo eles

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1.618.230-RS. Relator: Ministra VILLAS BÔAS CUEVA. Brasília 10/05/2017, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465738570/recurso-especial-resp-1618230-rs-2016-0204124-4/inteiro-teor-465738580>. Acesso em: 30 abr, 2018.

¹²⁸ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva – efeitos jurídicos.** São Paulo: Atlas, 2017, p. 264.

socioafetivos ou biológicos, de forma que a paternidade de nenhum deles seja “diminuída”.

Sobre o tema:

Seriam estabelecidas tantas linhas sucessórias quantos fossem os genitores. Se morresse o pai/mãe afetivos, 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.¹²⁹

Portanto, a sucessão hereditária se estabelecerá entre o filho e todos os genitores, sejam biológicos ou socioafetivos, assim como, em relação aos ascendentes, irmãos e parentes colaterais de todos os envolvidos. Sendo o filho beneficiado por todas as regras sucessórias admitidas em direito, da mesma forma serão beneficiados todos os pais, advindos da relação multiparental.

Na esteira dos efeitos advindos da multiparentalidade, ainda se encontra o exercício do poder familiar sob um menor que possui mais de dois pais. Em numerosas situações cotidianas o menor precisará da assistência ou representação dos pais para praticarem atos civis. Nesses casos, a incerteza encontra-se no questionamento de qual ou quais seriam os genitores aptos a exercer a legítima representação do menor.

Em se falando de emancipação voluntária, a mesma é estabelecida pelo inciso I do parágrafo único do art. Art. 5º, do Código Civil¹³⁰, que dispõe que “cessará, para os menores, a incapacidade pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos”. Nessa situação, deverá o tabelião de notas, ao lavrar a escritura de emancipação, observar a existência de vínculo multiparental, de forma que a discordância de nenhum dos genitores possa ser ignorada, devendo, portanto, ser colhida a manifestação de todos os genitores registrais do menor, independentemente da origem do vínculo.

Na mesma linha, deve ser realizada a colheita de consentimento para celebração de casamento do menor relativamente incapaz, estabelecida pelo art.

¹²⁹ Op. Cit.

¹³⁰ BRASIL, Código Civil do.

1.517 do Código Civil¹³¹. Igualmente ao caso anterior, no caso de múltipla filiação, deve haver o consentimento de todos os genitores em unanimidade para que seja possível a prática do ato.

No tocante ao usufruto legal dos bens, direciona o art. 1.689 do Código Civil¹³² que o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar, são usufrutuários dos bens dos filhos (inciso I), e têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade (inciso II). Em tratamento isonômico e na esteira dos casos anteriores, o exercício do ato somente poderá ser feito por todos os genitores, visto que o poder familiar não pode ser retirado de nenhum deles. Dessa maneira, todos os genitores terão serão usufrutuários e administradores dos bens do menor.

Havendo discordância entre os genitores sobre atos em que envolva o exercícios do poder familiar, o diploma civil traz solução primordial. Deverá a questão ser direcionada ao judiciário, por força do parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil¹³³: Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. Por conseguinte, em todos os casos em que se exigir a anuência de todos os pais e não havendo a concordância entre os mesmos, independentemente da paternidade, será necessária a intervenção do poder judiciário a fim de solucionar o desacordo.

¹³¹ Idem.

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem.

5 AFETO NOS ARRANJOS FAMILIARES E CONSEQUENCIALISMO

Uma conduta é boa pelo efeito que produz, e toda racionalização é uma tentativa de tornar os nossos afetos aceitáveis para nós e para os outros¹³⁴. Tais premissas suscitam uma reflexão mais aprofundada sobre o afeto nos arranjos familiares e a construção jurisprudencial acerca do assunto, bem como a possibilidade de tal mister redundar num consequencialismo jurídico.

5.1 Notas introdutórias

O consequencialismo consiste em um ramo hermenêutico que surgiu no final no século XX¹³⁵, pelo qual as decisões judiciais são elaboradas levando em consideração não somente os aspectos intrínsecos ao caso concreto, mas também a utilidade, necessidade e relevância do conteúdo decisório, com o escopo primordial de dar enfoque às consequências da tomada de determinada decisão.

O consequencialismo é uma teoria que pretende apontar soluções para decisões judiciais, quando não há previsão legal ou mesmo precedentes, naquela situação descrita por Dworkin como “hard case” quando afirma que:

Entretanto, se o caso em questão for um caso difícil (*hard case*), em que nenhuma regra estabelecida determina uma decisão em qualquer sentido, pode ser que a decisão adequada possa ser gerada ou por princípios, ou por políticas.¹³⁶ (tradução nossa)

Neil MacCormick entende que o consequencialismo é um tipo de argumentação. Em suas palavras:

A argumentação consequencialista envolve a elaboração da deliberação universalizada necessária para a decisão em pauta, examinando seu significado prático pela ponderação dos tipos de decisão que ela exigirá na faixa de casos possíveis que cobrir e avaliando esses tipos de decisão como consequências da deliberação. Essa avaliação não usa uma escala única de valores

¹³⁴ BARROS FILHO, Clóvis. **É o afeto, estúpido:** depoimento. [maio, 2010]. São Paulo: Página 22 - Revista da Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas – FGV, p. 10-15. Entrevista concedida a Carolina Derivi.

¹³⁵ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 281.

¹³⁶ “But if the case at hand is a hard case, when no settled rule dictates a decision either way, then it might seem that a proper decision could be generated by either policy or principle”. (In DWORAKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 85)

mensuráveis [...]. Ela envolve critérios múltiplos, que deve incluir no mínimo “justiça”, “senso comum”, “política de interesse público” e “conveniência jurídica”.¹³⁷

Segundo a teoria consequencialista, uma decisão judicial será ineficaz se, em sua essência, não respeitar e for incoerente com a realidade social, atentando-se apenas a ser somente ou tão puramente normativa. Neste sentido:

Quando há uma interpretação possível acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo, cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Ai deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência, no meio social da decisão A, B, ou C. Você tem de avaliar nesses casos pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo de responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões.¹³⁸

Valendo-se do escólio dos dois doutrinadores ora citados, pode-se afirmar que o consequencialismo assume uma função normativa complementar, com o escopo de se dar às decisões, ao mesmo tempo, segurança jurídica e consentaneidade às mudanças sociais, por meio da argumentação e principiologia adequadas e ajustadas ao caso. Acresça-se que, no consequencialismo, o magistrado, ao proferir uma decisão, deve não somente buscar a justiça concreta para as partes envolvidas ou atingidas pela decisão em si, mas também deve realizar um prognóstico das possíveis consequências práticas originadas desse veredito, tanto para os indivíduos diretamente relacionados ao processo, quanto para a sociedade como um todo.

Ressalte-se, outrossim, que a ideia não consiste em uma atuação livre e ilegal do juiz, mas sim dentro de uma predeterminada margem de abertura que a própria norma confere. Conforme entende Giseli Salgado:

No Brasil é grande a discussão sobre os limites do poder do juiz quando esse julga. Há um clamor dos juristas pela observância à lei, mas há também uma busca frenética para que se obtenha “segurança jurídica”, ou seja, que as sentenças dos juízes sejam previsíveis dentro do que já foi feito na anterior jurisprudência. O balizamento das decisões dos juízes ocorre não só nas primeiras instâncias, com a quase obrigatoriedade de se seguir: as orientações jurisprudenciais consolidadas (O.J.), as Súmulas dos tribunais e as Súmulas vinculantes. A restrição à interpretação do juiz se dá,

¹³⁷ MACCORMICK, N. Op. Cit., p. 339.

¹³⁸ BASILE, Juliano; JAYME, Thiago Vitale. Judiciário favorece aumento de juros, diz Jobim – Entrevista com o Ministro Nelson Jobim. **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, 13 dez. 2004.

portanto, não só pelo balizamento da legislação e dos julgados, mas também por restrições internas do Judiciário.¹³⁹

Pondere-se que, a nosso ver, o consequencialismo, por não ser utilizado em todos os casos - ou seja, dificilmente é aplicado nos “casos fáceis” (*soft cases*) -, não pode ser considerado como uma verdadeira alternativa que exclui os métodos hermenêuticos já conhecidos, sendo utilizado, conforme já dito, apenas quando não houver previsão legal ou precedentes. Deve ser aplicado com a máxima cautela, pois toda decisão judicial gera expectativas nas partes envolvidas, e em especial, no âmbito familiar, nas questões relativas ao afeto, onde os vieses psicológico, moral, sentimental e social devem ser considerados com muito maior atenção na decisão judicial.

Nesse ponto, é preciso também dosar até que ponto o afeto alcança as relações familiares e em que medida o mesmo norteia todas as decisões na seara familiar. Sendo o mesmo princípio constitucional implícito, deve ser balizador e ponderador em cada caso concreto, para que se chegue a uma justiça social concreta, dado que, sob o prisma do afeto, aliado à técnica consequencialista, é possível se alcançar qualquer decisão justa e equânime na seara familiar.

5.2 Consequencialismo e relações familiares

Considerando-se, portanto, as rápidas mudanças sociais, novas modalidades de famílias vêm se formando, constituídas não só pelos laços consanguíneos ou matrimoniais, mas pautadas, sobretudo, na afinidade de uns em relação aos outros e, precipuamente, no afeto, transformando estas convivências em verdadeiras entidades famílias, como bem foi exposto nos tópicos anteriores. Conforme já comentado, podem-se caracterizar esses novos arranjos familiares como famílias socioafetivas, ou seja, estruturadas e baseadas no afeto, já que o elemento essencial dessa configuração familiar é o laço desenvolvido ao longo do tempo de amor, carinho, afeição, cuidado, tempo, zelo e dedicação. Portanto, nada mais interessa primordialmente para a configuração de uma entidade familiar do que o

¹³⁹ SALGADO, Gisele Mascarelli. O consequencialismo judicial: uma discussão da teoria do direito nos tribunais brasileiros. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 161, jun. 2017. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18992>. Acesso em 29 set. 2017.

elemento que une as pessoas em ânimo familiar, ou seja, vontade de ali estar e configurar uma entidade familiar para todos os fins.

Porém, embora a doutrina familiar, em sua maioria, reconheça novos tipos familiares, alguns ainda não gozam da proteção ampla do ordenamento jurídico, no sentido de estender a esses tipos familiares os direitos concedidos às famílias advindas de um casal.

Tome-se a família anaparental composta por duas irmãs, por exemplo. Como tornar justa uma decisão que envolva, a partilha de bens advinda do falecimento de uma irmã que conviveu durante um bom tempo com sua outra irmã, engendrando esforços para se adaptar a uma convivência diária e angariar patrimônio comum? Parece simples entender que a outra irmã, a sobrevivente, tenha direito a todo o patrimônio amealhado na constância dessa unidade familiar, pois teria tratamento jurídico análogo ao do marido ou convivente que, sem filhos e sem ascendentes, deixa todo patrimônio para o cônjuge ou companheiro.

Todavia, os entraves da lei civil, em especial à lei sucessória, fariam com que se concedesse a essa irmã convivente apenas a mesma cota parte de direito que teriam os demais irmãos, que na suposição aqui descrita, em nada contribuíram para a aquisição, conservação e estruturação do patrimônio comum. Maria Berenice Dias bem elucida a respeito:

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descebe dividir os bens igualitariamente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera sociedade de fato e invocar a Súmula 380, para conceder somente metade dos bens à sobrevivente, gera flagrante injustiça como quem auxiliou a amealhar o patrimônio. A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder a irmã, com que a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável. Cabe lembrar que essas estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos e que também merece proteção constitucional.¹⁴⁰

¹⁴⁰ DIAS, M. B. Op. cit., p. 145.

Reconhecida, portanto, a família anaparental como entidade familiar, outros fatores vêm a decorrer deste, como seus efeitos civis, cabendo então, por analogia, a aplicação das disposições compatíveis que tratam da união estável, ou até do casamento, pois essas em nada diferem de uma entidade familiar como qualquer outra. Assim, como medida de justiça, a aplicação das disposições concernentes à união estável, obviamente no que forem compatíveis, é a verdadeira solução para proteção integral dessa modalidade familiar, pois a convivência em comento não possui outra finalidade a não ser a de conferir aos seus integrantes a busca pela realização pessoal, que muitas das vezes resulta de uma necessidade afetiva ou financeira.

Destarte, da mesma forma que o reconhecimento jurídico da família monoparental pela Constituição Federal rompeu com o modelo até então vigente e criou medidas para proteção desses novos tipos familiares, como facilidades creditícias, proteção do bem de família, direito real de habitação, dentre outros, como medida de justiça social e segurança das relações jurídicas a família anaparental também merece ser reconhecida juridicamente como tal, preservando-se a seus respectivos membros direito a alimentos, a pensão por morte, sucessão hereditária justa, direito real de habitação, proteção do bem de família, dentre vários outros direitos que somente são reconhecidos a entidades familiares propriamente reconhecidas como tais.

É dizer: sob o viés consequencialista, esses tipos familiares, uma vez reconhecidos, além de preservarem os direitos dos integrantes da estrutura familiar, em nada prejudicariam direito de terceiras pessoas ou do Estado em geral, não havendo, portanto, óbice relevante à configuração desses tipos familiares. A família, para assim ser entendida, não precisa possuir aquela estrutura clássica pai-mãe-filho, mas sim aquela que melhor proporcione os meios para alcançar a realização pessoal, vivendo uma vida digna, plena e feliz.

A seu turno, acerca da família poliafetiva o consequencialismo esbarra na discussão sobre a possibilidade jurídica, ou não, de elaboração de uma escritura pública de união estável poliafetiva, discutindo-se a validade e a eficácia da mesma. O início dessa discussão deu-se em 2012, quando a então tabeliã da cidade de Tupã, interior de São Paulo, Cláudia do Nascimento Domingues, elaborou o primeiro ato documental nesse sentido.

O trecho do documento elaborado pela referida tabeliã, assinado por um homem e duas mulheres, preconizava que:

Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade.¹⁴¹

A partir daí, teve-se notícia de outros cartórios lavrando escrituras nesse sentido, a título de exemplo, a elaboração de escritura pública pelo 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, sendo a responsável a tabeliã Fernanda Leitão.¹⁴² No caso em comento, a escritura envolvia três mulheres, em união homoplaafetiva, com elaboração de testamentos entre elas e de diretivas antecipadas de vontade, que dizem respeito a tratamentos médicos em caso de se encontrarem com doença terminal e na impossibilidade de manifestarem vontade.

Todavia, em abril de 2016, a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça emitiu recomendação no sentido de que as serventias extrajudiciais não realizem atos semelhantes.

Forte nessas razões, DETERMINO a expedição de ofício às Corregedorias-Gerais da Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestem-se acerca dos fatos e fundamentos alegados na inicial, juntando aos autos documentação que porventura julgarem necessária. Intimem-se, ainda, as Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, para que informem às serventias extrajudiciais de Notas sob sua supervisão acerca da existência deste procedimento em tramitação na Corregedoria Nacional, e recomendem aos seus titulares que é conveniente aguardar a conclusão deste Pedido de Providências para lavrar novas escrituras declaratórias de “uniões poliafetivas”.¹⁴³

Tal medida foi recebida com espanto na seara familiar, sobretudo por ter sido emitida pela Ministra Nancy Andrighi, precursora de inúmeras decisões inovadoras na seara familiar. Acredita-se que tal atitude tenha sido tomada levando-se em consideração o clamor pela tradicionalidade. A questão foi

¹⁴¹ IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito das Famílias. **Escrutura reconhece união afetiva a três.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em 20-07-2018.

¹⁴² Op. Cit. **União poliafetiva: escritura é necessária?** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970/Not%C3%A1rio+n%C3%A3o+pode+deixar+de+fazer+escritura+de+uni%C3%A3o+poliafetiva,+diz+especialista%22>. Acesso em 20-07-2018.

¹⁴³ BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. Corregedora Nacional de Justiça – Nancy Andrighi. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160504-06.pdf>. Acesso em 20-07-2018.

submetida, em junho do corrente ano, ao Plenário no Conselho Nacional de Justiça, que decidiu por manter a suspensão.¹⁴⁴

Entretanto, nota-se que os textos das escrituras elaboradas são sutis e não impositivos, de mera valorização de um relacionamento que já existe no mundo dos fatos, podendo gerar ou não efeitos jurídicos, o que depende da análise do pedido e das circunstâncias fáticas. A recomendação do CNJ, neste sentido, foi no mínimo infeliz, pois tapa os olhos para uma realidade cada vez mais comum, em uma era de luta por fim de preconceitos e exclusões. Dias utiliza -se da expressão democratização dos sentimentos para elucidar os motivos por quais essas configurações amorosas e familiares tem aparecido com maior frequência nos dias atuais:

As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante, e, com mais liberdade, buscam realizar o sonho de ser felizes sem se sentirem premidas a permanecer em estruturas preestabelecidas e engessadoras. Acabaram os casamentos de fachada, não mais se justificando os relacionamentos paralelos e furtivos, nascidos do medo da rejeição social. Está ocorrendo uma verdadeira democratização dos sentimentos, no qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados. Cada vez mais as pessoas tem o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra ou construir a estrutura familiar que lhe pareça mais atrativa e gratificante.¹⁴⁵

Assim, as tão polêmicas escrituras públicas de uniões poliafetivas não poderiam ser impedidas de ser elaboradas e nem mesmo o direito a essas famílias ser restringido. A um, as escrituras não representam afronta à ordem pública ou prejuízo a qualquer um que seja, a justificar a presença de um ilícito nulificador. A dois, não há que se falar em dano social, pois esse pressupõe uma conduta socialmente reprovável, o que não é o caso, pois o reconhecimento de um afeto espontâneo entre duas ou mais pessoas não é situação de dano à coletividade, mas muito ao contrário, de reafirmação de transparência e solidariedade entre as partes.

Destarte, se o afeto é reconhecido como princípio, inclusive defendido por alguns como implícito aos direitos fundamentais advindos da Constituição Federal, não há porque se discutir ainda a “legitimidade” de certas configurações familiares. Se a família é plural, os vínculos plúrimos podem ser opções oferecidas

¹⁴⁴ Op. cit.

¹⁴⁵ Op. cit., p. 144.

pelo sistema jurídico ao exercício da autonomia privada, para quem desejar tal forma de constituição.

Ato contínuo, não há que se falar em consequências graves ou danosas no reconhecimento do afeto como balizador de todas as configurações familiares: as pessoas se organizam da forma que desejarem, pois o Direito nunca irá conseguir ditar as regras que perpassam o âmago de um indivíduo. Na ótica consequencialista, não se fala em consequências graves para terceiros e nem mesmo para a sociedade: representa, sobretudo, o reconhecimento do afeto como elemento precípua em segurança jurídica para as partes envolvidas, no sentido de constituírem de forma livre suas famílias, cabendo ao Direito, portanto, se adequar às realidades e necessidades humanas, e não o contrário.

5.3 Consequencialismo e relações paterno-filiais

A decisão dos juízes é fator sempre de insegurança jurídica, e isso não decorre de um defeito de técnica ou mesmo de caráter do juiz, mas sim da própria humanidade. É possível tentar prever as ações humanas, mas não se pode dar certeza de que elas ocorrerão e que, em se ocorrendo, será sempre de um só modo. Mesmo diante da legislação positivada, o juiz tem sempre uma área de interpretação, que pode variar dentro de uma moldura.

Por isso, em todas as suas decisões, os juízes devem se pautar de cuidados, estando sempre atentos às consequências e reflexos que suas decisões podem ocasionar na seara jurídica. Em especial, o campo do Direito das Famílias demanda cuidados, pois envolve pessoas e seus sentimentos, conflitos, angústias e desejos mais íntimos.

Neste contexto, as relações paterno-filiais são alvo de intensas ações judiciais, nas quais se busca a tutela de uma série de demandas: investigatórias de paternidade, declaratórias de paternidade afetiva e até mesmo negatórias de paternidade, que visam, em sua essência, a constituir ou desconstituir um vínculo paterno-filial. Por isso, o afeto se tornou protagonista principal desses litígios, passando a servir como parâmetro para a definição dos vínculos parentais, com a tentativa de propiciar justiça aos casos que se apresentavam: não se podia mais desprezar a verdade afetiva, aquela decorrente da estabilização dos laços

familiares, ao passo que, por anos, preconizava-se tão somente a verdade biológica, decorrente do vínculo genético.

No caso da multiparentalidade, por exemplo, se sob a ótica do afeto e se levando em consideração a dignidade do filho verifica-se estabilidade nas relações paterno-filiais, e por conseguinte denota-se a coexistência harmoniosa de mais de um vínculo de paternidade, não faz sentido não reconhecê-lo, em respeito à dignidade e a afetividades das partes envolvidas. Esse entendimento já começa a se consolidar, sendo uma realidade já admitida pelo Poder Judiciário, máxime porque é fundamental à formação da identidade da criança e do adolescente, ter registrado em seu assento de nascimento o espelho de sua família.

Outrossim, em uma ótica consequencialista e ante a possibilidade de vínculos multiparentais em filiação, questiona-se qual seria o limite para o estabelecimento de novos vínculos de filiação, já que, em nome da liberdade existencial e da autonomia de vontade, preconiza-se que as relações filiais devem ser amparas em sua totalidade.

Para exemplificar, tem-se o exemplo de uma mulher que, ao longo da vida, casou-se ou constituiu união estável com quatro pessoas, sendo um deles o pai biológico de seu filho. Todos os três padastros desenvolveram bons laços afetivos com o enteado, exercendo a verdadeira função de pai enquanto estavam casados com a mãe. Teriam todos esses padastros o direito/dever de pai perante o filho de sua (ex)esposa?

Para o consequencialismo, o Direito deve ser enxergado em sua visão sistêmica e, por isso, o receio com os caminhos abertos pela multiparentalidade geram dúvidas e uma série de questionamentos acerca da viabilidade fática da mesma. De sobremaneira, o afeto aqui também exerce o papel de base, fundamento e solução do problema criado.

É por esse e outros motivos que o afeto é que deve nortear todas as decisões em Direito das Famílias. Porque não preconizar os laços afetivos existentes? Os argumentos vazios de “serão pais”, ou “serão oito avós paternos”, por si só, não refutam o laço afetivo existente. Obviamente, o operador do Direito se verá diante de novos conflitos e deverá buscar a melhor e mais harmônica solução ao caso concreto, preservando-se a adequação das realidades sociais às necessidades jurídicas das pessoas em geral.

No mesmo sentido, encontra-se a temática da adoção *intuitu personae* ou dirigida em nosso ordenamento. Durante muito tempo, enfaticamente foi reproduzida a impossibilidade jurídica de se tutelar essa modalidade de adoção, sob o argumento de que a mesma estimularia o comércio ilegal de crianças, fomentando um preocupante panorama de sequestros de menores para direcionamento a adoções não legalizadas.

Em linhas gerais, essa modalidade de adoção ocorre quando a mãe biológica manifesta o interesse em entregar a criança a pessoa conhecida, sem passar pelo trâmite exigido pela Lei, que é a inclusão do adotante no Cadastro Nacional de Adoção. Atualmente, essa medida é proibida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como é tipificada no artigo 242 do Código Penal.

Todavia, constantemente o Poder Judiciário depara-se com casos em que se pleiteia a regularização do estado de filho de uma criança que foi direcionada a alguém, e, excepcionalmente, os juízes tem deferido a medida como forma de preservar o melhor interesse do menor e privilegiar a afetividade havida entre as partes, quando comprovada a existência de forte vínculo entre adotante e adotado, não havendo indícios de maus tratos, negligência ou abuso:

Destaca-se que a jurisprudência tem reconhecido a adoção consentida. Para a 3^a Turma do STJ, “a observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro”. A mesma Turma, no Resp 1347228/SC, deferiu a adoção de uma criança que já convivia a mais de um ano com os postulantes, considerando que tal convívio tinha o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos. Para o Relator Ministro Sidney Beneti, a inobservância da preferência estabelecida no cadastro de adoção competente não constitui obstáculo ao deferimento da adoção quando isso refletir no melhor interesse da criança.¹⁴⁶

Sendo assim, vários projetos de lei tramitam no Poder Legislativo, visando a regularização da adoção dirigida, como forma de incentivar que as famílias não vivam com crianças em condições irregulares ou optem por realizar a adoção à

¹⁴⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 405.

brasileira, registrando como seu filho de outrem. Dentre os mais relevantes, encontram-se o Projeto de Lei 7.632/14, apresentado pela Deputada Lilian Sá (PROS-RJ) e o PLS 369/2016, de autoria do Senador Aécio Neves (PSDB-MG).

Ambos os projetos acima mencionados encontram-se ainda em votação e visam à regularização da adoção *intuiutu personae* para crianças a partir de dois anos de idade. Todavia, os projetos sofrem intensas críticas no sentido de que abrem uma brecha para que as pessoas possam “furar a fila” da adoção e se aproveitar de pessoas mais vulneráveis financeira, social e emocionalmente para “conseguir” um filho.

Entretanto, este instrumento representa uma importante ferramenta prática de consolidação de inúmeras garantias constitucionais de crianças e adolescentes. Sem dúvidas, é a medida judicial mais benéfica para o menor, pois representa uma intervenção estatal célere e eficaz na defesa dos direitos e garantias de crianças e adolescentes em situação de risco, as quais colocam em xeque, com veemência, a incolumidade física e psicológica da criança.

Sob um viés consequencialista, a preocupação dos críticos à legalização da adoção *intuiutu personae* de que a medida possa fomentar um “mercado” de crianças, estimulando-se a comercialização de crianças e gravidez, tais atitudes sempre ocorreram de forma não legalizada e continuarão a ocorrer, ao passo da legalização. O que se busca, sobretudo, é a regularização do vínculo afetivo existente, que não pode simplesmente ser desprezado ante a uma burocracia ululante do processo de adoção.

Tem-se por absoluto, portanto, que o afeto deva ser sempre parâmetro, paradigma, base, fundamento e estrutura para decisões que norteiam a seara familiar. O consequencialismo, por sua vez, tem o papel de nortear as decisões no sentido de valorizar as relações afetivas, os vínculos de afeto e carinho, verificando-se a existência real desses sentimentos e desejos, a fim de evitar que os institutos sejam deturpados em sua essência ou finalidade.

5.4 A interpretação consequencialista do STF, no julgamento da ADPF 132 e a ADI 4277

O julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 representou uma verdadeira quebra de paradigmas e um avanço para o Direito das Famílias. Na

ocasião dessas ações de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal brasileiro prolatou o entendimento de que a união homoafetiva é entidade familiar e que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

Inicialmente, insta ressaltar que as duas ações foram julgadas procedentes, por unanimidade, sendo que a maioria dos ministros seguiu o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, no qual foi ressaltada a posição da Corte contrária ao preconceito, discriminação e exclusão.

A ADPF 132 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – foi de iniciativa do então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Algum tempo depois, a Procuradoria Geral da República (PGR) propôs a ADPF 178, que terminou sendo recebida pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, como a ADI 4277. Em suma, o pedido de ambas as ações objetivava que a Suprema Corte declarasse como obrigatório o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

A decisão unânime, proferida em maio do ano de 2011, declarou a constitucionalidade das uniões de pessoas do mesmo sexo, prelecionando que as mesmas deviam ser submetidas às mesmas regras, imposições e proibições já expressas em Lei para as uniões heteroafetivas:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por

colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

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-REDUCTIONISTA.

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 lócus 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. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reductionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal 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.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito

das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “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”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolvível à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.¹⁴⁷

Em tal julgamento, o Ministro Relator Ayres Britto é elucidativo ao proferir seu voto:

E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela

¹⁴⁷ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 05 mai. 2011, publicado em 13 out. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 20 abr. 2018.

existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.¹⁴⁸

É imprescindível ressaltar que a ADPF 132 foi convertida em ação direta de inconstitucionalidade pelo Ministro Relator Carlos Ayres de Britto que, considerando que a ação havia perdido o seu objeto, tendo em vista que a legislação do Estado do Rio de Janeiro já equiparava à condição de companheiro para os fins pretendidos, os parceiros homossexuais, terminou por acatar o pedido subsidiário da ADPF. Assim, o objeto passou a ser o mesmo, a análise do art. 1.723 do Código Civil brasileiro e a sua interpretação conforme a Constituição, realizando-se, pois, o julgamento conjunto.

Tomando como questão central o alinhamento da proteção jurídica dada às uniões estáveis heterossexuais para as uniões homossexuais, destacou o supramencionado Ministro que o conceito de família na atualidade atém-se muito mais ao aspecto cultural e espiritual do que à questão biológica. Não há, para o Ministro relator, que se observar se se trata de união entre homem e mulher, ou se a sua constituição é por meio de casamento ou informalmente: para o aludido Ministro, a própria Carta Magna não faz essa diferenciação, sendo descabido fazê-lo o Judiciário.

Cabe aqui, a propósito, lembrar o princípio geral de direito segundo o qual, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Bem a respeito é o escólio de Carlos Maximiliano:

Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus: “Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.” Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual e, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas. Seria erro generalizar; a regra não é tão absoluta como parece à primeira vista. O seu objetivo é excluir a interpretação estrita; porém esta será cabível e concludente quando houver motivo sério para reduzir o alcance dos termos empregados, quando a razão fundamental da norma se não estender a um caso

¹⁴⁸ Op. cit.

especial; enfim, quando implicitamente ou em outras disposições sobre o mesmo assunto, insertas na mesma lei ou em lei diversa, prescrevem limites, ou exceções, ao preceito amplo.¹⁴⁹ (grifo do original)

Até porque, se fosse a intenção do legislador restringir ou especificar quais hipóteses de união seriam reconhecidas pelo ordenamento jurídico, assim teria procedido na elaboração da norma. Não o fazendo, tal não se pode presumir: quando a lei quer, determina; quando não quer, guarda silêncio (*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*). Ato contínuo, a inclusão de um exclui a de outros (*inclusione unius fit exclusio alterius* ou, como é mais utilizado, *inclusio unius, exclusio alterius*).¹⁵⁰

Obviamente, o posicionamento da Corte Superior sobre o tema sofreu uma série de críticas, sendo a principal delas a de que o STF estaria extrapolando sua competência constitucional e usurpando as funções do Poder Legislativo, de forma que o ativismo judicial do referido órgão estaria a afrontar o princípio da separação de poderes. Não obstante, as alegações de ativismo judicial exacerbado por parte do STF não merecem prosperar ante a inconsistência jurídica dos argumentos: o ativismo judicial é medida que se impõe quando o Judiciário, poder responsável por preconizar e fazer valer os direitos dos cidadãos em geral, sevê diante de omissão legislativa latente.

Alguns projetos de Lei versando sobre casamento e união estável homoafetivas já haviam sido propostos, alguns rejeitados, outros tramitando em demasiada lentidão. O que soa inaceitável seria a omissão do Supremo sobre um assunto intrínseco à vida das pessoas, ao passo que o reconhecimento veio não só promover a dignidade e igualdade, mas também proporcionar segurança jurídica para os indivíduos interessados. Neste sentido, Sílvio de Salvo Venosa bem obtempera:

Foi então que o Supremo Tribunal Federal, em 5.5.2011, por meio de duas ações do controle concentrado de constitucionalidade – ADI 4277 e ADPF 132, reconheceu a união estável homoafetiva. Diante disso e por força do comando constitucional do artigo 102, parágrafo 2º, vários foram os julgados que reconheceram a viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por pessoas do mesmo sexo. Era preciso avançar, pois se reconheceu a união estável, porque não reconhecer a possibilidade de casamento? O Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes dessa assertiva, havia se posicionado no

¹⁴⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 201.

¹⁵⁰ Op. cit., p. 198.

sentido de admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo (REsp. 1.1833.78/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 25.10.2011). Foi com essa nova hermenêutica jurídica que o Conselho Nacional de Justiça, visando solucionar as dúvidas existentes entre os jurisdicionados, emitiu a Resolução n. 175/2013, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou conversão em união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Tudo isso em consonância com os princípios da igualdade, liberdade, autonomia da vontade, não intervenção estatal na vida privada dos cidadãos, pluralidade das formas constituídas de família e vedação ao preconceito e discriminação.¹⁵¹

Destarte, diante da inércia do Legislativo a respeito do assunto, sonegando direitos civis de uma parcela considerável dos cidadãos e tentando ainda que passivamente negar o inegável, o Judiciário vem cumprindo com o seu papel e fazendo valer os princípios constitucionais da igualdade e liberdade, insculpidos em nossa Carta Magna, respeitando a dignidade de todos os seres humanos deste país. Outrossim, se à primeira vista a decisão supramencionada parecia tratar tão somente da união estável, análise mais acurada permite afirmar que, por força do seu efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, a extensão de outros direitos aos pares homossexuais aconteceu de forma consequente, nomeadamente a adoção conjunta (que já vinha sendo garantida por via jurisprudencial) e o casamento civil por conversão.

Posteriormente, por meio da Resolução 175/13, o Conselho Nacional de Justiça determinou que os cartórios não poderiam se recusar a celebrar o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, o qual já vinha sendo autorizado por decisões do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de comunicação à Corregedoria para apuração e averiguação. Os arts. 1º e 2º são taxativos nesse sentido:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.¹⁵²

¹⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Famílias conjugais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 1.897.

¹⁵² BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 15 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em 10 nov. 2017.

Destarte, a decisão do Excelso Pretório acerca da união estável homoafetiva representou uma quebra de paradigma e uma evolução grandiosa no Direito de Família, pois, pela primeira vez, a Corte, em repercussão geral, utilizou-se da valoração da afetividade como norte do julgado.

6 CRÍTICAS E RESISTÊNCIAS AO PROJETO DE LEI DO “ESTATUTO DA FAMÍLIA”

O Código Civil, na seção que trata do Direito de Família, é sempre alvo de tentativas de complementações várias e aprimoramentos. Prova disto é o Projeto de Lei do Senado n. 470, de 2013, o qual tem como objetivo tirar o Direito de Família do Código Civil, reunindo toda a legislação esparsa existente sobre a família, não só concernente ao direito material, mas também o processual.

A par do que se discorre exaustivamente ao longo de todo esse trabalho, deve-se mencionar o enorme retrocesso que representa o famigerado projeto de lei denominado Estatuto da Família – PL 6583/2013, que, dentre seus inúmeros absurdos, dispõe que o Estado só deve reconhecer como legítimas famílias formadas por pai, mãe e filhos biológicos.

A ideia esdrúxula desse projeto – referente à configuração familiar única - foi sustentada pela bancada evangélica, como tentativa de enfraquecer a decisão do STF de 2011 (ADIN 4277) e as demais no mesmo sentido, a par de configurar uma ardilosa manobra eleitoral indireta, a fim de angariar simpatia dos adeptos do mesmo posicionamento preconceituoso e tirano.

O flagrante retrocesso que representa a deliberação desse projeto de lei representa afronta a todas as questões e assuntos amplamente debatidos em todo meio jurídico, mormente pelo fato de que desde 2011 o STF tem amplamente aberto suas portas à inovação familiar, ocasião em que reconheceu como entidade familiar a formada por pares do mesmo sexo.

Não obstante o enorme retrocesso, latente é também a inconstitucionalidade que permeia o referido projeto. Ao passo de não ter ocorrido alteração expressa do artigo 226 da Constituição Federal, o julgamento da ADPF 135 conjuntamente com a ADIN 4277 operou, de toda forma, o fenômeno da mutação constitucional, que consiste na alteração da interpretação do texto constitucional, que, em virtude da evolução da sociedade e das relações dos indivíduos, encontra-se, em determinado contexto histórico, defasada ou até mesmo ineficaz.

Nossa ordem jurídica é composta por um conjunto de normas que obedecem a uma hierarquia, de modo que toda e qualquer lei para ter validade deve obediência ao que determina a Constituição. Com o posicionamento do Supremo sobre o tema retromencionado, no sentido de que não cabe à lei definir o que se entende como

modelo de família, qualquer atuação em sentido contrário seria evidentemente inconstitucional.

O Poder Legislativo (Câmara dos Deputados e o Senado Federal), assim como todo e qualquer agente público, tem atribuição vinculada à nossa ordem constitucional, que no tema família impõe uma proteção especial a ser garantida pelo Estado, principalmente porque é nesse núcleo social que o ser humano, especialmente enquanto criança e adolescente, tem ou deveria ter o primeiro contato para, em segurança, ter o seu desenvolvimento pleno garantido e protegido.

Como o STF, o intérprete maior da Constituição, já se posicionou sobre o significado do termo “família” contido no art. 6 da Lei Maior, inválida seria qualquer restrição a apenas um modelo de família, como se constata do texto do estatuto em tela.

Desta forma, caso o Estatuto fosse aprovado, não poderia ser utilizado como instrumento para impedir a constituição de arranjos familiares que escapam do modelo tradicional, dada a sua flagrante inconstitucionalidade, aliada ao retrocesso que ocasionaria. O Estatuto da Família parece estar dessincronizado com as decisões do Supremo Tribunal Federal, o que levaria, portanto, à sua inconstitucionalidade. Em 2011, os ministros admitiram a união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os mesmos efeitos de uma união estável heterossexual. O STF fez sua decisão baseado nos princípios de não discriminação baseado em etnia, religião ou orientação sexual. Depois disso, foi a vez do Conselho Nacional de Justiça, em resolução de 2013, regulamentar o casamento homoafetivo, obrigando todos os cartórios a celebrar esses casamentos.

Contudo, apesar da referida norma não impedir ou tornar proibida a existência de outros arranjos familiares, ela pode determinar, na prática, insegurança jurídica, servindo de instrumento para justificar discriminações no âmbito das relações sociais enquanto não for declarada a sua inconstitucionalidade.

Por outro lado, enquanto o Estatuto da Família é discutido na Câmara, tramita em paralelo no Senado o Projeto de Lei 470/2013. De iniciativa da senadora Lídice da Mata, o projeto pretende criar o Estatuto das Famílias – e o uso do plural faz toda a diferença nesse caso. Em análise desde 2013 na Comissão de Direitos Humanos do Senado – sendo a última movimentação a realização de uma audiência pública – esse projeto reconhece a relação homoafetiva como entidade familiar, assim como outros arranjos familiares, como famílias fora do casamento, de casamentos

anteriores e aquelas formadas por enteados, padrasto ou madrasta. Portanto, esse projeto contradiz o Estatuto da Família e, por mais, vem de encontro com tudo que o presente trabalho abordou.

Assim, percebe-se que embora o tema afetividade seja amplamente difundido no âmbito do Direito das Famílias, ainda há um longo caminho a ser percorrido, principalmente no tocante à estabilização do afeto como norte absoluto e primordial, além da positivação de todos os direitos e garantias decorrentes do mesmo.

7 CONCLUSÃO

Sendo o ramo do Direito que mais se modifica, o Direito das Famílias merece proteção especial, já que a família está em constante transformação e transcende, sempre, sua própria historicidade. A legislação não consegue acompanhar as alterações sociais rápidas e vertiginosas e que efetivamente vêm acontecendo, apesar das resistências culturais, religiosas e morais às mudanças.

Todas essas inevitáveis mudanças são os frutos do afeto como valor e princípio jurídico, que se tornaram o vetor e catalisador do Direito das Famílias. Embora o princípio da afetividade não esteja expresso na Constituição Federal, é possível notar a presença da afetividade, de forma implícita, no texto da Carta Magna, principalmente quando a norma suprema do ordenamento jurídico reconhece a união estável como entidade familiar, a igualdade jurídica de todos os filhos, a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem.

Por conseguinte, o princípio da afetividade é definitivamente norteador para a definição de família, visto que a existência desta não está somente vinculada ao matrimônio, mas sim ao afeto comprovado. Havendo amor, carinho, respeito, acolhimento, responsabilidades compartilhadas em círculo de pessoas, mesmo que estas possuam ou não ligação parental, poderá ser considerada um núcleo familiar.

Nesse sentido, as mudanças sociais permitiram a criação de diversos arranjos familiares, e consequentemente, em busca do acompanhamento dessa diversidade, conjuntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, a afetividade ganhou reconhecimento. Os reflexos positivos de tal mister são vistos, entre outros, na parentalidade socioafetiva por exemplo, onde a criança, sendo a parte mais vulnerável da relação familiar e devendo ter seus interesses tratados com prioridade, tais como os direitos fundamentais à saúde, educação, lazer e convivência familiar, tem na viabilização jurídica do convívio com o pai ou a mãe socioafetivos o respectivo atendimento, principalmente porque, na ausência de amparo do pai ou mãe biológicos, faticamente a figura destes é suprida pelos padrastos ou madrastas, se estes últimos criarem a criança como se seu filho fosse, exercendo assim a autoridade parental de fato.

Bem assim, vê-se na doutrina e jurisprudência pátrias o reconhecimento do afeto como base da família contemporânea de forma bastante expressiva, pois as funções sociais da família mudaram com o passar do tempo, devendo esta garantir a felicidade dos seus membros, a realização pessoal dos indivíduos, com laços de carinho, solidariedade, igualdade, respeito, afirmando-se que existe uma relação direta entre o conceito de família moderno e a ideia da afetividade.

O Supremo Tribunal Federal deu importantíssima contribuição nesse sentido para a contemporaneidade, reafirmando e consolidando o princípio da afetividade ao reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar; ao acolher a tese da multiparentalidade; ao permitir a adoção dirigida ou *intuitu personae*. Ainda há muito trabalho a ser feito, mas os caminhos trilhados mostram uma luz ao fim do túnel.

A partir de algumas ideias e medidas, novas composições familiares começaram a surgir na realidade social, dignas de serem tuteladas pelo direito, pois são relações pautadas no afeto e com o objetivo de comunhão de vida. Todavia, essas configurações não possuem qualquer proteção e amparo do ordenamento. A indagação é se os novos modelos sociais de família podem ser equiparados às entidades familiares já reconhecidas, para gerarem os efeitos decorrentes da relação familiar.

Inobstante, o maior entrave ao reconhecimento das novas entidades e relações familiares é a falta de legislação para abarcá-las, assim como concepções morais ainda cultivadas no meio social, que ainda postulam ser a família uma entidade social caracterizada por um par e seus descendentes, mesmo se em tais relações não existir qualquer vínculo de afeto. Nesse contexto, o operador do Direito deve usar da analogia, da equidade e dos princípios gerais do direito, norteando-se sempre sobre a importância do afeto como base de sustentação de qualquer família. Está-se diante, portanto, do reconhecimento jurídico de que não se admite mais amores vazios e relações formais e sem sentido. O afeto e as consequências de sua interferência no ordenamento jurídico constituem caminho sem possibilidade de retorno que a sociedade brasileira adotou. O desafio é, agora, o de desvendar até onde ele nos levará.

REFERÉNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade humana. In MIRANDA, Jorge (Coord.); SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ARAÚJO, Max Elias da Silva. As teorias da personalidade - uma abordagem ampla e ontológica. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigosleitura&artigoid=8046>>. Acesso em 20 jun. 2018.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BASILE, Juliano; JAYME, Thiago Vitale. Judiciário favorece aumento de juros, diz Jobim – Entrevista com o Ministro Nelson Jobim. **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, 13 dez. 2004.
- BORGES, Maria Luiza S. F. **Função materna e função materna, suas vivências na atualidade**. 2005. 148 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Aplicada) – Faculdade de Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, 2005, p. 30.
- BOSSERT, Gustavo Alberto; ZANNONI, Eduardo Antonio. **Manual de Derecho de Familia**. 6. ed. atual. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- BRASÍLIA. **Conselho da Justiça Federal**. III Jornada de Direito Civil. Enunciado 256. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>. Acesso em 23-07-2018.
- _____ . Enunciado 339. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369>. Acesso em 23\07\2018.
- _____ . **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 175, de 15 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em 10 nov. 2017.
- _____ . IV Jornada de Direito Civil. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>>. Acesso em 17 jun. de 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 05 mai. 2011, publicado em 13 out. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. Recurso Extraordinário n. 898.060-SP. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21 set. 2016. Publicado em 23 ago. 2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em 11 jun. 2018.

_____. HC 106435/SP, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 01 fev. 2011, publicado em 24 mai. 2011. <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627822/habeas-corpus-hc-106435-sp-stf/inteiro-teor-110026198?ref=juris-tabs>. Acesso em 22-05-2018.

_____. RE 878.694, Min. Relator Luis Roberto Barroso. Julgado em 10\05\2017. Dje 06\02\2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ+878694%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pey8s55>. Acesso em 01-4-2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**, Terceira Turma. Resp. 1.026.981/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, Dje 23.02.2010. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165773/recurso-especial-resp-1026981-rj-2008-0025171-7/inteiro-teor-19165774>. Acesso em 06-06-2018.

_____. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.306.196/MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 22 out. 2013. Publicado em 28 out. 2013. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1276668&tipo=0&nreg=201200124270&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20131028&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 12 jul. 2018.

_____. Resp. 1.618.230-RS. Relator: Ministra VILLAS BÓAS CUEVA. Brasília 10/05/2017, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465738570/recurso-especial-resp-1618230-rs-2016-0204124-4/inteiro-teor-465738580>. Acesso em: 30 abr, 2018.

_____. Terceira Turma. Resp. 1.383.800. Julgado em 21-10-2014. Dje 03-11-2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483514/recurso-especial-resp-1328380-ms-2011-0233821-0>. Acesso em 04-07-2018.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Direito de família à luz da constelação familiar e do direito sistêmico.** Lex Magister, São Paulo, 2018. Disponível em <www.divulgacaolex.com.br/doutrina_27160751_DIREITO_DE_FAMILY_A_LUZ_D_A_CONSTELACAO_FAMILY_E_DO_DIREITO_SISTEMICO.aspx>. Acesso em 01 dez. 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva – efeitos jurídicos.** São Paulo: Atlas, 2017, p. 264.

CONFERÊNCIA EPISCOPAL PORTUGUESA. **Código de Direito Canônico.** 4. ed. rev. Braga: Apostolado da Oração, 1983.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga.** Trad. Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006.

CUNHA, Patrycia Prates da. **O direito ao nome e as possibilidade de alteração do registro civil.** Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/patrycia_cunha.pdf>. Acesso em 23 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGTBI.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; OPPERMANN, Marta Cauduro. **Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir.** Disponível em <[http://www.mariaberencice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDA_DE_Berenice_e_Marta.pdf](http://www.mariaberencice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDA_DE_Berenice_e_Marta.pdf)>. Acesso em: 01 fev. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral do direito civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 9. ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas 'versus' famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, n. 3, 2002.

_____; ROSENVOLD, Nelson. **Direito Civil: Direito de Família.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Parte Geral e Lindb.** 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v.1.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam, (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FILHO, Clóvis de Barros. **É o afeto, estúpido:** depoimento. [maio, 2010]. São Paulo: Página 22 - Revista da Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas – FGV, p. 10-15. Entrevista concedida a Carolina Derivi.

FIÚZA, César. **Direito civil [livro eletrônico]:** curso completo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional:** a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. 5. ed. Trad. Fabiano Moraes. São Paulo: Objetiva, 1996.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GROENINGA, Gisele Câmara Groeninga. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário.** Disponível em file:///C:/Users/MarcelaCec%C3%ADlia/Downloads/Giselle_Groeninga_Resumido.pdf 2011. Acesso em 21-04-2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias.** 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito das Famílias. Escritura reconhece união afetiva a três. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em 20-07-2018.

_____. **Escrutura reconhece união afetiva a três.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em 20-07-2018.

_____. **União poliafetiva: escritura é necessária?** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970/Not%C3%A1rio+n%C3%A3o+pode+deixar+de+fazer+escritura+de+uni%C3%A3o+poliafetiva,+diz+especialista%22>. Acesso em 20-07-2018.

JOBIM, Nelson, Entrevista na Revista Valor Econômico. Apud. COSMO, Alan Marques. O consequencialismo e o Estado de Direito na Modulação de efeitos em matéria tributária. TCC- FD-UNB, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes.** Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KEPPE, Rosana L. D. **Tendência Anti-social:** a compreensão dos pais sobre a agressividade de seus filhos. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/51174686/Tendencia-20Anti-20Social>>. Acesso em 20 abr. 2018.

KUCHAK, Maria Eduarda. **A aplicabilidade da guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da criança.** Disponível em <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3578/Monografia%20CD.pdf?sequence=1>. Acesso em 23\07\2018.

LACAN, Jacques. **A família.** Trad. Brigitte Cardoso e Cunha, Ana Paula dos Santos e Graça Lamas Graça Lapa. Lisboa: Assírio & Alvim, 1981.

LARENZ, Karl. **Derecho civil:** parte general. Trad. Miguel Izquierdo e Macias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre-RS, v. 5, n. 19, p. 133-156, Ago./Set. 2003.

_____. **Direito Civil: Famílias.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: **Repensando o Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no Código Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAXMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e a Aplicação do Direito.** 20ª edição. São Paulo: Forense, 2011.

MELLO, Cleisson de Moraes. **O Direito Civil Constitucional – Proposições para autenticidade, dignificação e ontologização do direito civil.** Disponível em <<https://uniube.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788579872563/pages/-18>>. Acesso em 20 jul. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1 813753 7 1. Relator: Des. urea Brasil. Belo Horizonte, 3 1 1 . Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119399938/apelacao-civel-ac-1-813753-7-1-mg>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MIRANDA, Francisco Calvancanti Pontes de. **Tratado de direito privado.** Campinas: Bookseller, 2000, t. 8.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e reparação civil em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

NETO, G. A. R. M.. A Psicologia Social nos tempos de S. Freud. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, Mai.-Ago. 2000, v. 16, n. 2, pp. 145-152.

OLTRAMARI, Fernanda; RAZERA, Bruna. O afeto e o cuidado nas relações familiares: construindo os alicerces de uma nova casa. **Perspectiva**, Erechim, v. 37, n.138, p.57-68, jun. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 25 abr. 2018.

PAULO, Beatrice Marinho. **Novas configurações familiares e seus vínculos sócio-afetivos**. 2006. 171 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 40.

PEARCE, Joseph Chilton. **O fim da evolução:** reivindicando a nossa inteligência em todo o seu potencial. 10. ed. Trad. Marta Rosas. São Paulo: Cultrix, 2009, p. 185.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família e cidadania – O novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Direito de Família – uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

_____. (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

_____. **Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família** 3. ed. Editora Saraiva, 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil - Introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. Multiparentalidade: **A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 91.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque . **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70043588714.

Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 17/01/2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21132786/apelacao-civel-ac-7358871-rs-tjrs>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

ROCHA, Cláudia Almeida. **A parceira escola e família na aprendizagem da criança.** Disponível em

<http://www.avm.edu.br/monopdf/6/CLAUDIA%20ALMEIDA%20ROCHA.pdf>. Acesso em 23\07\2018.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil – Famílias.** 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

RUIZ, Juliana dos Santos. Guarda compartilhada e preservação da continuidade de ser. **Psicologia Revista**, São Paulo, v. 18, n. 2, 2009.

SALGADO, Gisele Mascarelli. O consequencialismo judicial: uma discussão da teoria do direito nos tribunais brasileiros. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 161, jun.

2017. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18992>. Acesso em 29 set. 2017.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade.** Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** Lei de introdução e parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, v. 1.

_____. **Manual de direito civil:** volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 17.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo III.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Famílias conjugais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias.** 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.