



REFLEXÕES SOBRE A MULTIPARENTALIDADE E A REPERCUSSÃO GERAL 622 DO STF

 <http://dx.doi.org/10.18316/REDES>

João Aguirre*

1. INTRODUÇÃO

Na mitologia grega, como em belo trabalho ensina Durval Luiz de Faria¹, a primeira imagem de pai é Urano, parceiro de Géia, e que, com ela, gera alguns dos principais deuses, dentre eles Crono, que mais tarde o destronará. Após o nascimento de seus filhos, Urano devolve-os ao seio materno. A mãe, porém, cansada de ter de contê-los e da fertilização do amante, pede aos filhos que a libertem e Crono, atendendo aos seus anseios, castra o pai. A sexualidade desenfreada de Urano sugere um pai puramente biológico e inconsciente de sua função paterna e das consequências de seus atos, manifestando características do pai gerador, “preso a uma sexualidade arrebatadora, mas que não pensa a criança como objeto de seu cuidado”².

Outro deus, Zeus – o deus maior de quem dependiam o céu, a terra e a polis –, possui muitos filhos, com diversas deusas e com as mortais. Porém, sua atitude para com a prole se revela bastante diversa daquela levada à efeito por Urano, seu predecessor, pois Zeus não devolve os filhos para a mãe, mas os acolhe de forma exigente e amorosa. E apesar de revelar preferência por alguns de seus rebentos – como é o caso de Apolo –, não rejeita os demais, mantendo com todos sua ligação paterna e permitindo que cada um exista e se desenvolva de acordo com sua própria natureza e originalidade, tudo isso a demonstrar a preocupação e o cuidado do pai para com os filhos.

Como se vê, os arquétipos do pai meramente genitor, fornecedor do material biológico e pouco preocupado com a prole, e do pai cuidadoso, afetivo, ainda que exigente, mas protetor, povoam nosso imaginário desde tempos imemoriais.

¹ DURVAL, Luiz de Faria. Imagens do pai na mitologia. *Psic. Rev. São Paulo*, n. 15, v. 1. p. 45-58, maio 2006. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/psicorevista/article/download/18095/13451> acesso em 02/03/2017.

² Idem, p.47.

Essa clivagem entre os laços meramente consanguíneos e a afetividade pode ser estendida para todas as relações de parentesco e ganhou relevo ainda maior com a descoberta das impressões genéticas (impressões digitais de DNA) em 1985, através das pesquisas realizadas na Universidade de Leicester pelo geneticista inglês Alec Jeffreys.

Isso porque, diante dos altos índices de confiabilidade dos exames de DNA, o milenar dilema teria encontrado seu fim, com os arautos da consanguinidade a defender que as qualidades da identificação genética e a precisão das conclusões nela obtidas permitiriam alcançar a certeza da filiação biológica, com a descoberta do pai genético pondo termo à busca da verdadeira paternidade, ou seja, àquela que decorre das relações de sangue.

Contudo, a paternidade não se resume a um código genético, mas se protraí para muito além da descendência, concretizando-se em uma relação de afeto, cuidado, sustento, guarda e solidariedade. A imposição da solução biológica como resposta definitiva às recorrentes questões impostas pela dinâmica das relações parentais, demonstra-se tibia e incapaz de responder aos anseios de uma sociedade em constante transformação, em que “os relacionamentos talvez sejam os representantes mais comuns, agudos, perturbadores e profundamente sentidos da ambivalência, encontrando-se tão firmemente no cerne das atenções dos modernos e líquidos indivíduos-por-decreto, e no topo de sua agenda existencial”.³

A própria dicotomia paternidade biológica x afetiva parece encontrar-se à deriva, tragada pela torrente de relacionamentos, cuja vazão escoar através dos mais variados arranjos, desde aqueles tradicionalmente formados pelos laços nupciais, passando pelas relações convivenciais, até desembocar na foz das famílias recompostas, das uniões plúrimas e dos múltiplos afetos,⁴ demonstrando que as respostas jurídicas tradicionais, apresentadas por sistemas que ainda se encontram ancorados em vetusta codificação, revelam-se inscientes à acompanhar a evolução das relações interpessoais, impondo obstinada intervenção da doutrina e dos tribunais em busca de adequar os anseios de uma sociedade em constante transformação à uma ordem jurídica formal e cartesiana.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, em sede da Repercussão Geral 622, com a relatoria do ministro Luiz Fux, firmou, por maioria de votos, a seguinte tese: “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”. A discussão acerca do impacto dessa emblemática decisão e a amplitude de seus efeitos constitui o cerne do presente artigo.

³ ZYGMUNT, Bauman. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. São Paulo: Zahar. Edição do Kindle, 2017. 37-39.

⁴ Como bem observa Marcos Catalan, “hodiernamente, as preocupações do Direito devem dirigir-se, também, ao fenômeno da multiparentalidade, que tangencia: (a) o movimento incessante de construção e de destruição dos laços afetivos nas famílias recompostas (TEIXEIRA, RODRIGUES, 2010, p. 97); (b) a utilização de material genético de alguém como matéria-prima na fecundação de um novo ser (GIORGIS, 2007, p. 58-60); (c) a adoção não destruidora do passado; (d) a gestação de substituição ou, ainda, (e) a história dos núcleos de poliamor. Transitam, ainda, considerando a complexidade do problema e o fato de que as famílias se reinventam a todo o tempo, assumindo conformações nas quais poderá haver (a) apenas duas mães (TJRS. Ap. Cív. 70013801592) ou (b) dois pais, (c) duas mães e um pai, (d) dois pais e uma mãe, (e) duas mães e dois pais, (f) três mães e dois pais (FONTELES, 1987, p. 13) etc., vivendo (ou não) em harmonia”. CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 47, 2008. p. 145.

A escolha de referido julgado se justifica (i) pela relevância do tema para o sistema jurídico constitucional e para o Direito de Família; e (ii) pela importância de se discutir os efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade em nosso ordenamento.

O método escolhido para proceder à presente investigação é o do Estudo de Casos em “que se pressupõe certa autonomia na construção da narrativa e na estrutura da exposição do problema”⁵, a fim de que se adquira “compreensão mais acurada sobre as circunstâncias que determinaram a ocorrência de determinado resultado, apreendendo as complexidades envolvidas na situação”.⁶ As hipóteses a serem cotejadas em nossa investigação consistem (i) na perquirição acerca da possibilidade de se albergar a multiparentalidade no sistema jurídico constitucional brasileiro; e (ii) na verificação da relevância do reconhecimento da multiparentalidade para o Direito de Família?

Para tanto, o presente artigo foi dividido em tópicos, além da introdução, das considerações finais e das referências, em que serão abordados: (i) a presunção *pater is est* e o sistema patriarcal do Código Civil de 1.916; (ii) o novo paradigma constitucional e a tutela das relações socioafetivas; (iii) a Repercussão Geral 622 do STF e o reconhecimento da multiparentalidade.

2. A PRESUNÇÃO *PATER IS ESTE* E O SISTEMA PATRIARCAL DO CÓDIGO CIVIL DE 1.916

No antigo Direito romano, parentes eram só aqueles que provinham de um tronco ancestral comum, na linha masculina (*agnatio*). Era a família patriarcal que, em dissonância com o matriarcado reinante nos primórdios de nossa civilização, determinava “a *hereditarietate*, o *parentesco*, a *posição* e o *nome dos filhos*, a *partir do tronco paterno*”,⁷ o que explica a importância da filiação na cultura romana. Assim, para que um cidadão romano reconhecesse o filho como seu, era necessário que, à época do nascimento, tomasse a criança em seus braços, levantando-a do chão (*tollere*). Caso contrário, estaria a enjeitá-la. Dessa forma, a admissão do filho na família romana decorria de um ato de vontade.

No entanto, em virtude da importância da paternidade na cultura romana, era imperioso que o *pater* tivesse certeza de sua filiação, o que fez com que o gênio legislativo romano criasse a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, para garantir o direito do *pater familia* sobre os filhos de sua mulher, preservando a estrutura patriarcal da sociedade romana e a autoridade do *pater*, que aceita ou rejeita o filho de acordo com suas exclusivas razões.⁸ A chamada *presunção pater is est* resistiu aos séculos e ainda hoje persiste em nosso ordenamento, o que se verifica na redação dos incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil de 2002.

⁵ FREITAS FILHO, Roberto e MORAES LIMA, Thalita. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010, p. 2. Disponível em file:///C:/Users/joao/Downloads/1206-6606-1-PB.pdf acesso em 27/03/2017.

⁶ Idem, p. 2.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica de filiação. In *Repertório de doutrina sobre direito de família – aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4, Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). São Paulo: RT, 1999. p. 189.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: SAFE 1992, p.29.

No Direito Canônico, com a rígida moral da Igreja e o inequívoco objetivo de assegurar a paz das famílias, fortalecendo e perpetuando as bases de um de seus sacramentos, o sistema adotado foi similar ao que restou definido pelos juristas romanos, consagrando a presunção *pater is est* e dando especial relevo e primazia aos filhos havidos dos sagrados laços do matrimônio, consoante se infere da leitura dos cânones 1.137 à 1.140, do Livro IV – Do Múnus Santificador da Igreja, Parte I – Dos Sacramentos.⁹

Por conseguinte, filho legítimo é o que provem de pais casados e merecedor de toda a tutela, ao passo que os chamados filhos naturais eram tratados de forma discriminatória, a fim de se elevar a concepção do casamento indissolúvel e abençoado pela Igreja Católica.

O Código Civil Francês de 1804, agudamente influenciado pelo Direito Canônico e tendo por princípio fundamental a superior defesa da instituição do matrimônio, consagra a diferença entre filiação legítima e ilegítima, com o claro e definido objetivo de “assegurar a paz das famílias”.¹⁰ Para os civilistas franceses do século XIX a concepção de família merecedora da proteção do Estado consistia naquela comunidade de sangue fundada no matrimônio. Dessa forma, orientado por uma visão protetiva da família matrimonializada, o legislador francês, aclamando a presunção *pater is est*, confirma a autoridade paternal, conferindo legitimidade exclusiva ao marido para contestar a paternidade e estabelecendo um sistema de causas determinadas baseado na enunciação taxativa de motivos capazes de ensejar a sua negação.

Neste contexto, reconhece-se a presunção de paternidade do marido da mãe, protegendo-se a figura do chefe da família matrimonializada, impedindo-se a negação do vínculo de paternidade ocorrida no seio do casamento. Além disso, consagra-se a indivisibilidade do período de concepção, o que significa dizer que, uma vez existente a coabitação conjugal dentro do período legal, efetiva-se a presunção, sem que se permita perquirir sobre o momento exato da verdadeira fecundação, vedando-se a prova de sua data real para a exclusão da paternidade do marido da mãe, em consequente apartamento da verdade biológica e da jurídica, em defesa da família originada sobre as bênçãos do sacramento do matrimônio.

No Brasil, em virtude de as Constituições Federais de 1824 e de 1891 terem, de maneira geral, silenciado sobre a família,¹¹ encontramos no Código Civil de 1916 o verdadeiro sistema jurídico acerca do direito da filiação até o advento da Constituição Federal de 1988. Ancorado no sistema clássico, o vetusto diploma civil consagrava o princípio da superior defesa da família matrimonializada, com o objetivo de conceder amparo privilegiado à honra e à paz familiar. Seguindo a concepção

⁹ Cân. 1137 – São legítimos os filhos concebidos ou nascidos de matrimônio válido ou putativo. Cân. 1138 – § 1. O pai é aquele que o matrimônio legal demonstra, a não ser que se prove o contrário com argumentos evidentes. § 2. Presumem-se legítimos os filhos nascidos ao menos 180 dias depois de celebrado o matrimônio, ou até 300 dias a partir da dissolução da vida conjugal. Cân. 1139 – Os filhos ilegítimos legitimam-se por matrimônio subsequente dos pais, tanto válido como putativo, ou ainda por rescrito da Santa Sé. Cân. 1140 – Os filhos legitimados, no concernente aos efeitos canônicos, equiparam-se em tudo aos legítimos, a não ser que expressamente outra coisa se determine no direito.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: SAFE, 1992. p.31.

¹¹ Nossa primeira Constituição Federal cuidou apenas “Da Família Imperial e sua Dotação” - “(Arts. 105 a 115), enquanto que a Constituição Federal de 1891 tratou da família somente para estabelecer no § 4º do art. 72 que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

“nupcialista” de família, o antigo Código estabelecia que o grupo social decorrente do casamento (família matrimonializada) era merecedor da proteção do Estado, em detrimento da filiação havida fora do matrimônio.

Refletindo os conceitos da conservadora sociedade brasileira do início do século XX, o antigo Código distinguia a filiação legítima da ilegítima, a primeira formada por filhos concebidos na constância do casamento e a segunda constituída por filhos havidos de uma relação extramatrimonial.¹² Esses últimos poderiam ser classificados como (a) naturais: filhos de pessoas que, não estando ligadas por vínculo matrimonial, na época da concepção, não estavam impedidas de se casar; e (b) espúrios: filhos de pais impedidos de casar, que poderiam ser (b1) adulterinos: filhos de pessoas que estavam impedidas de se casar, em virtude da existência de vínculo matrimonial, de um dos genitores ou de ambos com terceiro; ou (b2) incestuosos: filhos de pessoas que estavam impedidas de se casar, em virtude da existência de impedimento de parentesco. Havia, ainda, os filhos legitimados, ou seja, aqueles concebidos ou nascidos antes do casamento de seus pais, mas que, por força do ulterior matrimônio de seus progenitores, tornar-se-iam legítimos, pois “o efeito da legitimação é dar aos filhos concebidos extramatrimonialmente a mesma situação jurídica dos legítimos, como se estivessem sido concebidos na constância do casamento”.¹³

Outrossim, em congruência com o sistema clássico, o Código de 1916 salvaguardava profundamente a autoridade paternal, consagrando a presunção *pater is est*, presumindo que o marido da mãe é o pai do filho havido na constância do matrimônio (art. 337), além de estabelecer o período legal da concepção (art. 338) e firmar a regra de sua indivisibilidade (art.341), nos moldes do Código Napoleônico. Além disso, estabeleceu sistema de causas determinadas para a contestação da paternidade, conferindo ao pai, chefe da família, legitimidade exclusiva para a propositura da ação negatória de paternidade (arts. 339, 340 e 344).¹⁴

Além disso, esse sistema patriarcal, rígido em defesa da família matrimonial, estabelecia prazo bastante exíguo para a propositura da ação negatória de paternidade¹⁵ e causas determinadas para a sua investigação (art. 363).

¹² BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7ª ed. v. II. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943. p. 299. “Filiação é a relação que existe entre uma pessoa (o filho) e as que a geraram (o pai e a mãe). É o vínculo que a geração cria entre o filho e os progenitores. É legítima, quando os pais se acham casados no momento da concepção; ilegítima, se a união dos genitores não tem consagração na lei. É a concepção na constância do casamento que determina a legitimidade da filiação (...)”.

¹³ Idem. p. 319.

¹⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7ª ed. v. II. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943. p. 304-305. “Os factos, que autorizam a contestação da paternidade do filho nascido na constancia do casamento, ou dentro dos prazos legais da gestação, ou nas condições previstas pelo art. 339, I e II, são: (a) A impossibilidade physica da cohabitação dos cônjuges, que se determina pela differença entre o máximo de trezentos dias da gestação e o minimo de cento e oitenta dias. Se o filho nasceu nesse periodo, é que a sua concepção se deu durante a impossibilidade physica da cohabitação. Essa impossibilidade physica pode resultar: 1.º de apartamento se os conjuges se acham em logares distantes, e o espaço intermediario não foi transposto, interrompendo a separação, ou se um dos conjuges estava detido em logar, de onde não pudesse sair, ou onde não pudesse receber o outro, como uma cellula de prisão publica; 2.º de molestia grave, impotencia ou algum accidente (mutilação, operação cirúrgica, etc.), que afaste a possibilidade de geração por parte do marido. (b) A impossibilidade moral resultante da separação legal dos conjuges. Por separação legal comprehende-se o desquite e a separação provisória, que o artigo 223 autoriza, como preliminar da acção de annullação do casamento ou de desquite”.

¹⁵ Dois meses, se presente o marido (art. 178, parágrafo 3.º) ou três meses, se ausente (art. 178, parágrafo 4.º, I).

No que se refere à prova da filiação legítima, o antigo Código centrava-se na proteção da família formada pelo casamento, ao dispor que “ninguém poderá vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro” (art. 348). Na sua falta, qualquer modo admissível em direito quando houver começo de prova por escrito proveniente dos pais, ou quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos, servirão para provar a legítima filiação, cuja ação compete ao filho.

Por outro lado, pelo sistema do antigo Código, o conceito de *posse de estado de filho*¹⁶ não constituía, de per si, prova suficiente da filiação legítima, mas uma presunção que deveria estar relacionada a fatos anteriormente estabelecidos para que pudesse ser invocada como prova suficiente da filiação. Dessa forma, para que fosse considerada como prova, era necessário ser (i) certa, não deixando dúvida sobre sua existência (podendo ser provada por testemunhas ou por qualquer escrito); (ii) constante, seguida sem lacunas e interrupções, a partir do nascimento do filho até o momento em que se procura prová-la; (iii) simultaneamente existente, com relação ao pai como à mãe.¹⁷

Contudo, ao afastar a verdade legal da verdade biológica o sistema do Código originou inúmeros problemas, cujas soluções foram sendo alcançadas pela atuação de nossos tribunais, o que acabou por refletir em morosa evolução legislativa. De fato, com o Decreto-Lei 3.200 de 1941 é possível verificar um movimento em prol da filiação ilegítima, por força da redação de seu art. 14 ao dispor que não se faça menção aos filhos ilegítimos salvo à requerimento do interessado ou em virtude de decisão judicial. Já pelo Decreto-Lei 4.737 de 1942, o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio podia, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare a sua filiação. A Lei 883 de 1949, a seu turno, propiciou o abrandamento do rigor do art. 358 do Código Civil de 1916, ao permitir a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação, após dissolvida a sociedade conjugal. E com a Lei do Divórcio (Lei 6.515 de 1977), outra significativa conquista foi alcançada, pelo disposto em seu artigo 51, que introduziu o parágrafo 1.º na Lei 883/49 para determinar que, “*ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável*”. Posteriormente, um segundo parágrafo foi introduzido no artigo 1º da Lei 883/49, pelo disposto na Lei 7.250 de 1984, para estabelecer que, “*mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato a mais de 5 (cinco) anos contínuos.*”

Porém, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que ocorreu a ruptura com o sistema clássico e a adoção de uma nova concepção de família, baseada na relação afetiva de seus membros e no desenvolvimento de sua personalidade,¹⁸ pondo fim a longa história de discriminações.

¹⁶ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 2ª ed. v. V, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. p. 381. “A posse de estado é um conjuncto de factos que estabelecem, por presumpção, o reconhecimento da filiação do filho pela família a qual pretende pertencer. Os factos que constituem a posse de estado são em numero de tres: nomem, tractatus, reputatio. Nomem, isto é, o facto do filho ter sempre usado o nome daquelle que elle designa como pae. Tractatus, isto é, o facto de ter sido elle sempre tratado por seus pretendidos paes como seu filho, educando-o e tratando-o como tal. Reputatio, isto é, o facto de ser elle considerado como filho dos paes que elle pretende ter na sociedade e na família”.

¹⁷ Idem, p. 382.

¹⁸ Neste sentido, preciosas as palavras de Gustavo Tepedino: “A grande novidade em termos hermenêuticos, cristalizada na

3. O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL E A TUTELA DAS RELAÇÕES SOCIOAFETIVAS: DA CONSOLIDAÇÃO DA AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DAS RELAÇÕES FAMILIARES AO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE.

Ao romper com a concepção matrimonializada de família e a deliberada intenção de proteger os filhos havidos do casamento, a Constituição Federal de 1988 estendeu a proteção do Estado a todas as entidades familiares – qualquer que seja a sua origem –, consoante se infere da redação do caput de seu artigo 226. Esta família, objeto de especial proteção do Estado, pode ter sua origem no matrimônio ou fora dele, eis que estruturada nas relações afetivas e na dignidade de seus integrantes e não apenas no vínculo matrimonial. Consagra-se, deste modo, a trajetória de uma estrutura institucionalista para um regime solto, voltado para o bem-estar e para a dignidade do indivíduo que integra o núcleo familiar, consolidando-se a “passagem de um organismo preordenado a fins externos para um núcleo de companheirismo a serviço das próprias pessoas que a constituem”.¹⁹ Assim, opera-se a ruptura com o antigo sistema patrimonialista de antanho, para se adotar novo paradigma, existencialista, cujo princípio fundamental consiste na tutela da dignidade humana.

Neste contexto, a família deixa de possuir valor e significado de per si, enquanto “estrutura em que os indivíduos estejam submetidos a fins do entorno social que os envolvia, particularmente, o Estado e a Igreja”,²⁰ para constituir o *locus* privilegiado para o desenvolvimento da dignidade de seus integrantes, através da solidificação de seus laços afetivos e da liberdade para desenvolver projetos pessoais,²¹ cabendo ao Estado promover a sua proteção e criar condições que permitam a realização pessoal dos componentes do núcleo familiar.²²

O cerne dessa família concentra-se nas relações pessoais e afetivas de seus integrantes²³, em uma convivência livre de preconceitos e de restrições legais, com vistas ao fortalecimento dos vínculos de solidariedade, afetividade, amor, companheirismo e igualdade. Ao Estado cabe a preservação dos valores que a fundamentam, a fim assegurar sua proteção e assistência, sem que isso signifique

Constituição, embora já enunciada pelo revogado Código do Menor de 1979, conforme adiante melhor se colocará em destaque, constitui-se no deslocamento do objeto da tutela jurídica no âmbito do direito de família. A disciplina jurídica da família e da filiação antes se voltava para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, em particular, da criança e do adolescente. Assim dispõem os princípios constitucionais, bem como o revogado artigo 5.º do Código de Menores e o art. 6.º da atual Lei 8.069/90”. (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 231).

¹⁹ VILLELA, João Baptista. Família hoje. In BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.71.

²⁰ Idem, p.71.

²¹ LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausulus. In *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania – O Novo CCB e a Vacatio Legis*, Belo Horizonte, União OAB/MG – Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2000. p. 96.

²² Sobre a realização dos integrantes da entidade familiar, ensina RICARDO LUCAS CALDERON que a pedra de toque dos relacionamentos interpessoais “foi o novo papel conferido à *subjetividade*, pelo qual se permitiu à pessoa amplas possibilidades de busca pela sua realização, valor que passou a prevalecer sobre outros interesses. Reduziram-se as funções econômicas, políticas, religiosas e sociais e, paralelamente, emergiu o respeito pela busca da realização individual de cada um, em que assume relevo a função eudemonista”. CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 9-10.

²³ VILLELA, João Baptista. Família hoje. In BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 71. “Ao contrário do que foi no passado, a família expressa, por assim dizer, um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros”.

interferir na liberdade individual dos membros componentes do núcleo familiar.²⁴

Cumpra-lhe, pois, garantir a assistência à família, assim como zelar pelas relações familiares, preservando as estruturas que compõem o núcleo central da sociedade²⁵ e tutelando a pessoa humana e a sua dignidade,²⁶ tornando-se descabidas normas de exclusão ou que visem a dirigir a família, posto afrontarem o Direito de Família em sua concepção eudemonista.²⁷

Como se vê, o sistema constitucional afastou-se do dirigismo estatal para determinar a tutela das entidades familiares em suas variadas concepções, reconhecendo-se uma família pluralizada, democrática e igualitária, independentemente da opção sexual de seus componentes, em que se prestigia o afeto, o amor, o companheirismo e a solidariedade,²⁸ consagrando-se outra concepção de família, bastante diversa daquela sancionada pelo Código Civil Francês de 1804 e pelo nosso Código Civil de 1916.

Neste contexto, o art. 227 da Constituição Federal, em seu § 6.º, consagra o princípio da igualdade de filiação, sepultando o sistema patriarcal e a inclemente distinção entre filiação legítima e ilegítima, proibindo expressamente qualquer forma de discriminação entre filhos e sancionando o estatuto unitário da filiação, o princípio da paternidade responsável e a tutela do superior interesse da criança e do adolescente, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento²⁹.

Além disso, ampliou-se a legitimação para a propositura da ação investigatória de paternidade, permitindo-se ao filho havido fora do casamento ser reconhecido ou demandar o reconhecimento ainda durante a vigência da sociedade conjugal.

O sistema constitucional também impõe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 246. “A delineada função serviente da família, assim como de qualquer outra formação social, explica o papel da intervenção do Estado na comunidade familiar. Ela se traduz, em geral, na necessidade de que seja respeitado o valor da pessoa na vida interna da comunidade familiar”.

²⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001. p. 267. “A maior função do Estado é de preservar o organismo familiar sobre que repousam suas bases. Cada família que se desprotege, cada família que se vê despojada, a ponto de insegurar-se quanto à sua própria preservação, causa, ou pelo menos deve causar, ao Estado um sentimento de responsabilidade fazendo-o despertar a uma realidade, que clama por uma recuperação. O dever de proteção geral aos indivíduos cabe ao mesmo Estado que deve intervir; sempre, para coibir os excessos, para impedir a colisão de interesses, acentuando a salvaguarda dos coletivos mais do que dos particulares, para limitar uma liberdade de ação, para que ela não fira a alheia, ainda mais quando for letal esse ferimento de quebra de uma estrutura de que dependem todos”.

²⁶ PELUSO, Antonio Cezar. A culpa na separação e no divórcio (contribuição para uma revisão legislativa). In NAZARETH, Eliana Riberti; MOTA, Maria Antonieta Pisano. *Direito de família e ciências humanas*. Caderno de Estudos n. 2. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. p. 49. “As pessoas são tuteladas pelo Direito, dentro da família, porque esta é um organismo destinado a promover e garantir a dignidade da pessoa e o pleno desenvolvimento de todas as suas virtualidades, ou seja, *lugar de tutela da vida e da pessoa humana*”.

²⁷ Idem. p. 49. “Não são, portanto, os interesses supremos e orgânicos do Estado, que devam predeterminar a visão e a ordenação jurídica da família, senão os interesses concretos das pessoas em busca da realização pessoal, na situação de família”.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 298. “A antiga concepção jurídica do instituto, exclusivamente calcada no matrimônio, foi progressivamente substituída pelas chamadas “entidades familiares”, expressão plúrima que pretende conjugar situações tão distintas quanto variadas, incluindo, em listagem sempre crescente, as famílias monoparentais, as uniões homoafetivas, a família matrimonial, as uniões estáveis, as famílias recompostas, as famílias anaparentais, e assim por diante”.

²⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 485. “O artigo 227, §6º, da Constituição Federal veio para terminar com o odioso período da completa discriminação da filiação no Direito brasileiro, por cuja síndrome viveu toda a sociedade brasileira, e sua história legislativa construiu patamares discriminando os filhos pela união legítima ou ilegítima dos pais, conforma a prole fosse constituída pelo casamento ou fora dele”.

filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, assentando-se o dever de cuidado,³⁰ compulsando os pais ou responsáveis ao dever de zelar pela plena formação de seus filhos, velando por sua integridade física e psíquica e contribuindo para o seu sadio desenvolvimento,³¹ com vistas à promoção de sua proteção integral, escopo fundamental de sua tutela.

A Constituição 1988 promoveu profunda reforma no direito infanto-juvenil, ao incorporar ao nosso ordenamento a doutrina sócio-jurídica da proteção integral proposta pela Organização das Nações Unidas, em que a tutela conferida ao menor de 18 anos deve se fundar no respeito à individualidade, na consideração recíproca e na equidade, de forma a possibilitar a consecução do bem-estar social e da plenitude da vida da criança e do adolescente. Sob essa ótica, busca-se a realização pessoal do infante e do adolescente, respeitando-se sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, através da tutela de sua dignidade, em observância aos princípios da proteção integral, afetividade, solidariedade, igualdade e liberdade.

Em consonância com o sistema instituído pela Constituição Federal de 1988, a Lei 7.841 de 1989 revogou expressamente o artigo 358 do Código Civil de 1916.

A Lei 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, por seu turno, veio a confirmar os princípios consagrados por nossa lei maior, estabelecendo a tutela incondicionada da formação da personalidade da criança e do adolescente, e assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. O melhor interesse da criança e do adolescente reside, primordialmente na sua manutenção no seio da família nuclear, “num direito básico de ter família e crescer num ambiente digno e sadio, ao menos com o atendimento de suas necessidades fundamentais: habitação, saúde e educação”.³² Por essa razão, o sistema jurídico brasileiro ampara o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, seja na expressa disposição do caput do art. 227 da norma

³⁰ Sobre o dever de cuidado, merece destaque a decisão proferida no REsp 1159242/SP: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

³¹ Nesse sentido, ressalva LUIZ EDSON FACHIN que a família não consiste apenas na “liberdade de encetar um projeto parental. Sob a ótica dos filhos, consiste, isso sim, num direito básico de ter família e crescer num ambiente digno e sadio, ao menos o atendimento de suas necessidades fundamentais: habitação, saúde e educação”. (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 42/43).

³² FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 42/43.

constitucional, seja nas diretrizes dos artigos 19 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que institui regras acerca da (a) família natural, (b) família extensa ou ampliada³³ e (c) família substituta.

Em conformidade com a doutrina da proteção integral, dispõe o ECA que a manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, além de garantir a convivência com a mãe ou o pai privado de liberdade. Reconhece-se, ainda, que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

No que se refere à filiação, verifica-se estreita conformação com o sistema constitucional, consubstanciada pela irrestrita legitimação processual do filho para a investigação de paternidade. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação, determinando expressamente, em seu art. 27, que o reconhecimento do estado de filiação “é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição”.

Posteriormente, a Lei 8.560 de 1992 introduziu a averiguação oficiosa da paternidade, estabelecendo que o escrito particular é válido para a perfilhação, bem como manifestação expressa e direta perante o juiz (art. 1.º, incisos II e IV), determinando que no registro de nascimento em que somente a maternidade esteja estabelecida caberá ao oficial remeter ao juiz certidão integral do registro e a qualificação do suposto pai para que se promova a devida averiguação, além de conferir legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação de investigação de paternidade (parágrafo 4.º, art. 1.º).

O Código Civil de 2002, todavia, manteve a base do sistema relacionado à filiação fundada na proteção da autoridade paternal, insistindo na manutenção de um sistema de causas determinadas (art. 1.597)³⁴, conjugado com a exclusiva legitimação do marido para a contestação da paternidade, sedo tal ação imprescritível (art. 1.601)³⁵, afirmando expressamente que a confissão materna não é suficiente para excluí-la (art. 1.602), além de fazer menção à vetusta expressão “adultério da mulher” (art. 1.600), dispondo que a sua efetivação por si só não constitui motivo suficiente para ilidir a presunção de paternidade.

Neste diapasão, verifica-se que o Código ainda se encontra atrelado à presunção *pater is est*,³⁶ remetendo ao antigo sistema pautado pela máxima *mater semper certa est*, afastado da reali-

³³ Incluída pela Lei 12.010/09.

³⁴ “O Código atual insiste em manter presunções de paternidade. Além de repetir o elenco da legislação pretérita, foram criadas novas formas de presunções nas hipóteses de inseminação artificial. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, e ainda que se trate de embriões excedentários (CC 1.597 III e IV). Igualmente, é ficta a filiação nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido (CC 1.597 V). (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 388).

³⁵ “O art. 1601 do Código Civil é um dos dispositivos mais criticados da legislação emergente” (TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12ª ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 442).

³⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 215. “A presunção *pater is est* não resolve o problema mais comum, que é o da atribuição da paternidade, quando não houve e nem há coabitação. Por outro lado, e por sua própria

dade de nossos dias³⁷ em que os avanços da tecnologia e da medicina permitem situações como a denominada *gestação de substituição*³⁸ ou outras técnicas de reprodução assistida que afastam a certeza da maternidade.³⁹

Outrossim, o atual diploma civil mantém a presunção de paternidade apenas para os filhos de pais casados, em disposição apartada da diretriz constitucional de tutela das distintas entidades familiares.⁴⁰ Na verdade, ainda persistem no Código referências à família matrimonial e à extramatrimonial, como se verifica, por exemplo, em seu art. 1.596 ou na disposição do art. 1.607, em reminiscência ao antigo sistema clássico. Ademais, os filhos havidos de uma relação entre pais não casados dependem do comparecimento do pai no ato do registro, o que não ocorre com aqueles cujos pais sejam casados, o que evidencia inequívoca diferenciação entre filhos havidos do casamento ou fora dele.⁴¹

Neste sentido, ensina Rolf Madaleno que “a presunção de paternidade do marido satisfaz exclusivamente um interesse social de proteção da família constituída pelo casamento, em detrimento inconciliável da família extramatrimonial”, pressupondo ausente a sinceridade da gestante que vive em união estável com o pai da criança e por essa razão está impedida de registrar seu filho e no cartório indicar o nome do genitor.⁴² Isso porque, nos casos em que a mãe é casada admite-se a indicação do nome do pai, em razão da presunção de paternidade do art. 1.597 do Código Civil. Porém, nas situações em que a genitora não é casada com o pai da criança, impõe-se que o genitor expressamente a reconheça como filho ou que seja intentada a competente ação de investigação de paternidade.

natureza, a presunção parte da exigência da fidelidade da mulher, pois a do marido não é a necessária para que ela ocorra, circunstância que, para muitos, a incompatibiliza com o §5º do art. 226 da Constituição, para o qual “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

³⁷ Sobre o tema, Flávio Tartuce ressalva que o artigo 1.597 está amparado na velha máxima latina *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant* que pode ser resumida da seguinte forma: *a maternidade sempre e certa, a paternidade é presunção que decorre da situação de casados*. É fundamental ressaltar que essa máxima perdeu relevância prática. Ora, a maternidade nem sempre é certa, pois pode ocorrer a troca ou subtração de recém-nascidos em maternidades, a motivar eventual ação de investigação de maternidade” (TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12ª ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 418).

³⁸ Técnica de reprodução assistida prevista pela Resolução CFM nº 2.121/2015, que também faz referência, (ao nosso ver equivocada) à doação temporária de útero.

³⁹ No ano passado diversos veículos da noticiaram o nascimento de um bebê que possuía o material genético de três pessoas distintas, conforme se verifica por trecho de notícia veiculada na versão digital do Jornal Folha de São Paulo: “Nasceu há cinco meses no México o primeiro bebê gerado por uma técnica que pode permitir que [mães com doenças genéticas nas mitocôndrias](http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2016/09/1817262-nasce-primeiro-bebe-que-incorpora-o-dna-de-tres-pais.shtml) (usinas energéticas das células) tenham filhos. O feito, conduzido por médicos dos Estados Unidos, se aproveitou da ausência de legislação específica no país ao sul de sua fronteira. No ano passado, o Reino Unido foi o primeiro país a regulamentar a prática, exatamente para esse tipo de situação”. (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2016/09/1817262-nasce-primeiro-bebe-que-incorpora-o-dna-de-tres-pais.shtml> acesso em 26/03/2017)

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. v. 6. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 540. “Todavia, de modo inexplicável, o legislador-codificador manteve uma presunção de paternidade (art. 1.597) somente para os filhos nascidos de pessoas casadas, ignorando a existência da pluralidade de núcleos familiares, protegida, de forma expressa, pela Constituição Federal”.

⁴¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 485. “Portanto, segue existindo uma clara distinção entre filhos conjugais e extraconjugais, cujas qualificações diferenciadas subsistem no texto legal e estão longe de apenas balizar diferentes realidades fáticas, pois até hoje continuam sendo privilegiados pela presunção de paternidade os filhos do casamento, cujo benefício do registro materno não gozam os filhos das relações extramatrimoniais, pois estes ainda dependem do comparecimento do pai no ato registral, ou de seu expresso reconhecimento parental, nos termos do artigo 1.609 do Código Civil”.

⁴² *Idem*, p. 520.

Por outro lado, a leitura do art. 1.600 do Código Civil demonstra evidente desequilíbrio no tratamento dado ao dever de fidelidade por parte do marido e da mulher, a despeito do princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges (art. 226, §5º), fato este objeto de críticas por parte da doutrina,⁴³ com as quais conjugamos, eis que o dispositivo em comento se refere ao adultério da mulher casada, remetendo ao tipo penal do já revogado artigo 240 do Código Penal brasileiro,⁴⁴ além de afastar a confissão da mulher pelo simples fato da condição feminina, em descabida violação ao princípio constitucional da isonomia.⁴⁵

Ainda no que tange à disciplina da filiação, o Código Civil dispõe em seu art. 1.596 que os havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, nos exatos termos do art. 227, §6º da Constituição de 1988. Por conseguinte, afasta-se a distinção entre filhos, estabelecendo que todos possuem os mesmos direitos e proibindo qualquer forma discriminatória de designação e impondo que sejam designados apenas como *filhos*, sem adjetivos ou qualquer outra forma de identificação. Assim, “não há mais filho adotivo, mas adoção, entendida como meio para filiação, que é única. A partir do momento em que a adoção se conclui com a sentença judicial e o registro de nascimento, o adotado se converte integralmente em filho”.⁴⁶ No entanto, apesar de a adoção ser plena e, conseqüentemente, o adotado adquirir a condição de filho em sua completude, o atual Código mantém alguns resquícios do Código de 1916, ao ressaltar a diferença entre adotado e filho, especialmente ao disciplinar os impedimentos matrimoniais. Isso porque, pela redação do inciso III do art. 1.521, proíbe-se o casamento “do adotante com quem foi cônjuge do adotado e do adotado com quem o foi do adotante”, desconsiderando-se o fato de que a condição de filho acarreta o parentesco por afinidade previsto no inciso II, além da vedação constitucional à distintas qualificações entre filhos. O mesmo se diga da regra do inciso V, do mesmo artigo, que veda o casamento “do adotado com o filho do adotante”, como se eles não fossem irmãos, também proibidos de casar pela regra do inciso IV.

Como se vê, o Código Civil possui dispositivos ainda atrelados ao sistema anterior ao advento da Constituição Federal de 1988 e incapazes de responder às demandas decorrentes da dinâmica

⁴³ “Mas o que a lei presume, de fato, nem é o estado de filiação, é a fidelidade da esposa ao seu marido. Com base no “dever” de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade “efetiva”, é que se formou a regra *pater is est*. Presumida a fidelidade da mulher a paternidade torna-se certa. Com isso regula-se a geração de sucessores. Há justificativas históricas para essa certeza. A mulher era obrigada a casar virgem, não podia trabalhar, ficava confinada no lar cuidando do marido, a quem devia respeito e obediência. Claro que seus filhos só podiam ser do marido!” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 388). “Sob o ponto de vista da família socioafetiva prezada pela Constituição, que relativiza a origem biológica, essa presunção não é determinante da paternidade ou da filiação, pois independentemente da fidelidade da mulher, pai é o marido ou o companheiro que aceita a paternidade do filho, ainda que nascido antes do prazo de cento e oitenta dias do início da convivência, sem questionar a origem genética, consolidando-se o estado de filiação. Não se deve esquecer que a origem dessa presunção, e sua própria razão de ser, antes da Constituição, era a atribuição da legitimidade ou ilegitimidade da filiação (LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 217)

⁴⁴ [Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005.](#)

⁴⁵ Em comentário ao art. 1600 do Código Civil, MARIA BERENICE DIAS salienta que “não pode deixar de reconhecer que se trata de regra de flagrante inconstitucionalidade, pois desatende ao princípio da isonomia, além de revelar injustificável conservadorismo e preconceito: simplesmente ignora a confissão de alguém pela sua condição de mulher” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 396).

⁴⁶ LÔBO, Paulo. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco*. Direito patrimonial: artigos 1.591 a 1.693 (coord. Álvaro Villaça Azevedo). v. XVI, São Paulo: Atlas, 2003. p. 143.

das relações afetivas de nossos tempos.⁴⁷ Não se pretende com isso afirmar que nosso diploma civil contenha somente disposições ultrapassadas e inaptas a permitir o reconhecimento da afetividade como fundamento da parentalidade. Pelo contrário, encontram-se na codificação civil dispositivos que permitem a tutela das relações de parentesco para além dos vínculos jurídicos ou meramente sanguíneos. Nesse sentido, ensina Paulo Lôbo que, ao definir o parentesco como natural ou civil, o art. 1.593 remete o parentesco civil a *outra origem*, “cujas espécies se enquadram na genérica expressão da socioafetividade, além do parentesco por afinidade”.⁴⁸ Essa também é a opinião de Maria Berenice Dias, ao afirmar que “a filiação que resulta da posse de estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de “outra origem”, isto é, de origem afetiva (art. 1.593).⁴⁹ Impõe-se que a norma codificada seja interpretada de acordo com o sistema jurídico constitucional, com vistas a se promover sua leitura em consonância com a base axiológica de nosso ordenamento.⁵⁰

Nesse contexto, pode-se afirmar que a paternidade se constrói através da relação continuada estabelecida entre o filho e aquele que representa a figura paterna. Essa conclusão leva a ideia da posse do estado de filho, cujo conceito está intrinsecamente ligado à socioafetividade, não se limitando, unicamente, à consanguinidade. Como ensina Luiz Edson Fachin, as qualidades que devem presentes na posse de estado são a publicidade, a continuidade e a ausência de equívoco. A primeira reside na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social, fato esse que também deve ser contínuo e apresentar uma certa duração que revele estabilidade, consubstanciando-se a segunda qualificação necessária à sua comprovação. Enfim, esses fatos, dos quais se extrai a existência da posse de estado, não devem causar dúvida ou equívoco.⁵¹

Dessa forma, a posse de estado de filho não deve sofrer interrupção e a sua prova pode se dar por todos os meios admitidos em direito, posto buscar-se adequar a realidade jurídica à verdade social, partindo-se do princípio que a paternidade se molda por uma relação fundada em amor, afeto, respeito, amparo e solidariedade. Isso significa dizer que a posse de estado de filho não deve se restringir à meio de prova da filiação na falta ou defeito do termo de nascimento, mas deve servir para confirmar o vínculo da filiação, que tem sua origem em uma relação sociológico afetiva entre pai e filho. “A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença na condição de filho fundada em laços de afeto”.⁵²

⁴⁷ Nesse sentido, MARCOS CATALAN ressalva que “as dicotomias impregnadas ao pensamento científico e o reducionismo cartesiano, amalgamado à arquitetura jurídica das codificações civis da Europa e da América do Sul – tanto as do ontem, como as de hoje –, certamente, estão entre os pilares de sustentação de um Direito disseminador de “uma tutela genérica e ineficaz” que ora ignora a existência de realidades jurídicas merecedoras de atenção e ora interfere em contextos nos quais não teria por que se imiscuir (Fachin, 2011, p. 6)”. (CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 47, 2008. p. 144)

⁴⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 202.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 406.

⁵⁰ RICARDO LUCAS CALDERON ressalva que a interpretação da norma codificada “deve conciliar as categorias privadas ao projeto constitucional vigente, bem como adaptá-las às peculiaridades histórico-sociais do presente. Um leitura sistemático-axiológico-constitucional na apreciação dos institutos do direito civil adotados em 2002 pode permitir que eles cumpram a sua função constitucional emancipatória e solidária”. CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 245.

⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: SAFE, 1992. p. 157/158.

⁵² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 405.

As relações de parentalidade não devem estar condicionadas ao vínculo biológico, eis que apresentam amplitude muito maior do que a verdade estabelecida pelos códigos genéticos. Apesar de o exame de DNA permitir determinar a existência do vínculo biológico com extremado grau de confiabilidade, cabe indagar se essa elevada fiabilidade responde aos problemas relacionados à filiação? Resume-se a paternidade a um liame exclusivamente biológico? O sangue deve prevalecer sobre as relações socioafetivas? Se chegarmos a uma resposta afirmativa, ou seja, a da tirania do exame de DNA, certamente encontraremos situações em que o pai genético não mantém quaisquer relações com seu filho e, às vezes, sequer o conhece. Como exemplo dessa situação, podemos citar hipóteses em que o casal recorre às técnicas de reprodução assistida, como aquela em que a mulher, com o objetivo de concretizar o sonho da maternidade e em virtude de ter esposado um marido estéril, submete-se a inseminação heteróloga (sêmen de terceiro), sem o consentimento de seu consorte. Este, uma vez ciente do fato, abandona a esposa, antes do nascimento do filho, por não haver consentido com sua atitude. Separada de fato e não de direito, a mulher une-se a outro homem, que recebe o filho como se fosse seu, amparando-o e amando-o como o verdadeiro pai. Encontramo-nos, agora, diante de uma situação ímpar, pois pelo sistema legal vigente, o pai da criança é o marido da mãe (presunção *pater is est*). Já o pai genético (verdade biológica) é aquele que doou o sêmen para a inseminação *in vitro*. No entanto, aos olhos da criança, o verdadeiro pai é o novo companheiro da mãe, pessoa que estabeleceu uma relação afetiva, responsável e duradoura.

Sobre o tema, Rolf Madaleno ressalva a importância de se distinguir o direito de se conhecer a origem genética⁵³ da socioafetividade, a fim de se permitir ao filho conhecer sua ascendência consanguínea, sem, contudo, desconstituir a paternidade ou a maternidade socioafetiva, pois o investigador “vai apenas investigar o doador do material genético que lhe deu origem e existência, vai conhecer sua identidade estática ao exercer o direito ao conhecimento de sua vida íntima”, mas não modificará a sua relação familiar, “porque família ele já tem e neste núcleo construiu sua identidade dinâmica”.⁵⁴ Paulo Lôbo, por sua vez, salienta que “o direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade”, eis que sua sede encontra-se no direito da personalidade, na espécie direito à vida, do qual é titular toda pessoa humana, posto “as ciências biológicas ressaltarem a relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos, além de integrar o núcleo da identidade pessoal, que não se resume ao nome”. Entretanto, segundo seus ensinamentos, não há que se confundir a *identidade genética* com a *identidade da filiação*, pois os direitos dos filhos à convivência familiar, assegurado como prioridade absoluta pela norma do §6º da Constituição Federal de 1988 e “construído no dia a dia das relações afetivas, não pode ser prejudicado por razões de origem biológica”.⁵⁵

⁵³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 502. “O direito ao conhecimento das origens genéticas teve seu nascedouro nos tribunais alemães que o reconhecem como um direito fundamental à personalidade da pessoa, como sucedeu na sentença *Landsgerichts Münster*, de 21 de fevereiro de 1990, onde uma filha exigiu que a mãe revelasse a identidade de seu pai biológico. (...) A Justiça alemã acolheu o pedido da filha, que estaria dentro de seu legítimo direito de conhecer a sua origem e, embora considerasse relevante o direito da mãe querer preservar sua intimidade e a identidade dos protagonistas de seus relacionamentos sexuais, não podia haver dúvida de que o direito da criança antecede os direitos de seus pais e, portanto, a mãe tem a obrigação de informar o nome do pai biológico da filha”.

⁵⁴ *Idem*.p. 502-506.

⁵⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 204-205.

Esse direito ao conhecimento da origem biológica de forma expressa pela regra do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer que “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica”,⁵⁶ o que não significa dizer permitir a desconstituição do vínculo de parentesco estabelecido pela adoção para se promover a reintegração do adotado à sua família biológica, pois o exercício do direito à identidade, “que inclui a historicidade biológica da pessoa sem haver qualquer possibilidade de retorno à família natural, porquanto a adoção é irrevogável”.⁵⁷ De igual modo, Maria Berenice Dias adverte para o fato de que o exercício do direito de conhecer a origem genética “não significa inserção em uma relação de família”, em virtude de a paternidade resultar do estado de filiação, que constitui um conceito relacional e independente da origem biológica, consistente “na relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que atribui reciprocamente direitos e deveres”, o que faz com que as demandas em que se busque a desconstituição da filiação adquiram causa de pedir complexa, posto não ser suficiente a prova da verdade genética, mas absolutamente necessária a comprovação da inexistência da filiação afetiva.⁵⁸

Como se vê, não se pode afirmar que a resposta para os problemas relacionados à filiação se encontra única e exclusivamente nos códigos genéticos. Na verdade, deve-se fazer a necessária distinção entre a paternidade e a ascendência genética. A primeira edifica-se através da afetividade e da denominada verdade sociológica, posto demandar a consolidação do afeto, a germinar em solo fertilizado por amor, solidariedade, e cuidado, requerendo o transcurso do tempo para que possa maturar e conceber o verdadeiro fruto da parentalidade. A segunda resume-se ao fornecimento do material biológico e resolve-se no instante da fecundação, a demonstrar que o reconhecimento daquele que forneceu o material biológico não pode prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar.⁵⁹

A solução codificada, como vimos, mostra-se insuficiente para resolver as inúmeras situações que decorrem das relações afetivas se não analisadas de acordo com a base axiológica de nossa Constituição, impondo laborioso trabalho de interpretação, tarefa enfrentada por doutrina no sentido de se “equilibrar o encontro entre a verdade jurídica e a verdade sociológica”,⁶⁰ mister que vem se concretizando, também, através da incessante atuação de nossos tribunais. De fato, desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916, nossas cortes têm enfrentado questões relativas à filiação, refletindo, em geral, sua forma de encarar a família. De um começo bastante conservador, restrito à letra da lei e ao sistema patriarcal e protetor da família matrimonializada, os tribunais passaram a se adiantar às reformas legislativas com vistas a responder aos anseios de uma sociedade em constante transformação. Neste passo, após advento da descoberta das impressões genéticas de DNA é possível observar o direcionamento dos pronunciamentos judiciais em busca da verdade biológica.⁶¹

⁵⁶ Redação dada pela Lei nº 12.010/09.

⁵⁷ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 907.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 405-406.

⁵⁹ LÔBO, Paulo. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco*. Direito patrimonial: artigos 1.591 a 1.693 (coord. Álvaro Villaça Azevedo). v. XVI, São Paulo: Atlas, 2003. p. 130-132.

⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: SAFE, 1992. p. 153.

⁶¹ Neste sentido assim observa Luiz Edson Fachin: “Nesse viés da atribuição positiva de valor a esse tipo de prova, o que em

Porém, com o passar do tempo passou-se a reconhecer a socioafetividade como valor imanente das relações parentais.⁶²

Neste diapasão o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “o “reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos”, ao dispor que a simples ausência do vínculo biológico por si só não constitui fato capaz de revelar a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento, posto que “a relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil”.⁶³

Também já se decidiu pela possibilidade de reconhecimento da origem biológica, fazendo-se a necessária distinção entre a ascendência genética e a parentalidade socioafetiva, para se ressaltar que “o reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros”, afirmando-se a possibilidade de se perquirir acerca da origem genética, não obstante a existência de vínculo socioafetivo consolidado, tutelando-se o direito fundamental à identidade e reconhecendo-se a “a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica”.⁶⁴ Neste sentido, ressaltou-se a possibilidade de a pessoa adotada “exercer ação de investigação de paternidade para conhecer sua verdade biológica”.⁶⁵

Por outro lado, decidiu-se que o pai não pode desconstituir, por ação negatória de paternidade, o vínculo de socioafetividade já consolidado⁶⁶ e que a ação negatória de paternidade, para desconstituir o vínculo de parentesco, deve comprovar, não apenas a inexistência de vínculo biológico, mas, também, a inexistência de socioafetividade⁶⁷, posto não se desconstituir o vínculo de parentalidade como um negócio jurídico sujeito à distrato⁶⁸. Neste último acórdão também se reconheceu que o êxito da ação negatória de paternidade, depende, a um só tempo, da demonstração da inexistência de origem biológica “e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado, na maioria das vezes, na convivência familiar”.

Outrossim, como bem ressalva Flavio Tartuce, no ano de 2016 o STJ, em acórdão proferido no REsp 1.326.728/RS decidiu pela possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva após a morte daquele que se pretende ver reconhecido como pai, assentando entendimento no sentido de

verdade resta consagrado é o liame biológico, chegando-se então até a perícia peremptória da conclusão afirmativa da paternidade. Esse é o traço que passou a informar o comportamento dos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal (STF) antes do advento da Constituição de 1988. Em diversas oportunidades, o STF abre as portas da investigação da paternidade, antes confinada aos estreitos limites, para mitigar a força da presunção pater is est e cancelar a paternidade biológica. Filho é o filho de sangue, cuja prova de descendência genética é a prova suprema.” (FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade – relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.74)

⁶² Confira-se o entendimento de nossos tribunais acerca da socioafetividade no diligente trabalho de TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12ª ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 444-457.

⁶³ STJ. REsp n. 878.941-DF.

⁶⁴ STJ. REsp 833712/RS.

⁶⁵ STJ. AgRg no Ag 942352/SP.

⁶⁶ STJ. REsp 1.298.576/RJ.

⁶⁷ STJ. REsp 1.059.214/RS.

⁶⁸ STJ. REsp 1.333.360/SP.

que, em situações excepcionais, nas quais se comprova a inequívoca vontade de adotar, “é possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto”⁶⁹, acentuando-se a preponderância da paternidade socioafetiva o que também se infere da leitura do acórdão proferido no REsp 1.131.076/PR.

Por conseguinte, é possível verificar o assente entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de se tutelar a parentalidade socioafetiva, dando-lhe guarida ainda que dissociada da verdade biológica.

No entanto, também se constata a preeminência de um entendimento dicotômico, de matriz binária e excludente, como observa Marcos Catalan, em que a discussão se limita a socioafetividade e a ascendência genética, vedando-se espaços para o reconhecimento de outras perspectivas, trazidas pela ampla concepção de família tutelada pelo sistema constitucional, “impondo-se à comunidade a assunção do desafio de ultrapassar os simplismos contidos na lógica ‘os meus, os seus e os nossos filhos’”, a fim de se distender a especial proteção do Estado as chamadas famílias pluriparentais, refeitas, reconstituídas, reorganizadas, recompostas, etc⁷⁰. É neste cenário que se enquadra a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral 622, admitindo a possibilidade de reconhecimento de vínculos concomitantes de paternidade socioafetiva e biológica – a multiparentalidade.

4. A REPERCUSSÃO GERAL 622 DO STF E O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

No caso concreto decidido no RE 898.060/SP, escolhido como *leading case* da Repercussão Geral 622, é possível verificar pela leitura da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Família da Comarca de Florianópolis, bem como dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que a autora, F. G., é filha biológica de A. N., o que restou comprovado pelo resultado dos exames de DNA produzidos no curso do processo. Todavia, a autora foi registrada como filha de I. G., quando de seu nascimento, dele recebendo, por mais de vinte anos, os cuidados de pai. O acórdão de origem reconheceu a dupla parentalidade, dispondo acerca dos efeitos jurídicos decorrentes do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança. Contra essa decisão insurge-se o pai biológico, através da interposição do Recurso Extraordinário ora em comento, sustentando a preponderância da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica, com fundamento nos artigos 226, §§ 4º e 7º, 227, caput e § 6º, 229 e 230 da Constituição Federal, posto existir vínculo de parentalidade socioafetiva previamente reconhecido e descoberta posterior da paternidade biológica.

Em seu voto, o relator, Ministro Luiz Fux, ressaltou a importância de não se reduzir o conceito de família a modelos padronizados, além de afirmar a ilicitude da hierarquização entre as diversas formas de filiação, acentuando a necessidade de se contemplar, sob o âmbito jurídico, as variadas formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar: “(i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais (como a fecundação artificial homóloga ou a inseminação artificial heteróloga – art. 1.597, III a V do Código Civil de 2002); (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela

⁶⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12ª ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 448.

⁷⁰ CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 47, 2008. p. 146.

afetividade”. A partir dessa premissa, e afirmada a possibilidade de surgimento da filiação por origens distintas, fundamentou-se seu voto no supraprincípio da dignidade humana, em “sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais”, o que impõe o reconhecimento de modelos familiares diversos da concepção tradicional, para se assentar que tanto os vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, como os originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos em nosso ordenamento, em razão da imposição decorrente do princípio da paternidade responsável, expresso no § 7º, do art. 226, da Constituição. Como consequência, é descabido “pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos”, sob pena de se transformar ser humano “em mero instrumento de aplicação dos esquados determinados pelos legisladores”. Assim sendo, conclui o Ministro Luiz Fux em seu voto, que “a omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade”.

Após profundo e acurado debate acerca da possibilidade de coexistência de vínculos concomitantes entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica, a tese, aprovada por ampla maioria,⁷¹ como dito em nossa introdução, firma o seguinte entendimento, ora repisado para facilitar sua discussão: “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.”

Ricardo Calderon, comentando os termos de tão relevante decisão, observa que a tese estabelecida na repercussão geral 622 permite destacar três aspectos principais: (i) o reconhecimento jurídico da afetividade: reafirmado de forma expressa na manifestação de diversos ministros e que restou evidenciada pela redação final da própria tese aprovada pelo Supremo; (ii) a equalização entre o vínculo socioafetivo e o vínculo biológico na hierarquia jurídica: levada a efeito através do “o reconhecimento da presença no cenário brasileiro de ambas as paternidades, socioafetiva e biológica, em condições de igualdade jurídica”, em que ambas as espécies de vínculo parental são “reconhecidas com o mesmo status, sem qualquer hierarquia apriorística (em abstrato)”; (iii) a possibilidade jurídica da multiparentalidade: representada pelo expresse acolhimento da concomitância de dois pais, com o reconhecimento da pluriparentalidade.⁷²

Flávio Tartuce, a seu turno, ressalta a existência de três consequências decorrentes desse *decisum* e que, em sua opinião, merecem destaque: (i) a primeira consiste no reconhecimento expresse do fato de que a afetividade constitui valor jurídico e princípio inerente à ordem civil-constitucional brasileira; (ii) a segunda reside no reconhecimento da paternidade socioafetiva como

⁷¹ O julgamento foi presidido pela Ministra Cármen Lúcia, aos 22 de setembro de 2016 e a tese em questão foi aprovada por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio e ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juizes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos.

⁷² CALDERON, Ricardo Lucas. Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade. Consultor jurídico – CONJUR, publicado em 25/09/2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade> acesso em 30/03/2107.

forma de parentesco civil “em igualdade de condições com a paternidade biológica”; e (iii) a terceira consequência traduz-se no que denominou de “vitória da multiparentalidade”, admitida pelo Direito brasileiro, ainda que contra a vontade do pai biológico.⁷³

Nessa mesma esteira, Anderson Schreiber destaca a decisão do Supremo Tribunal Federal, em tese “que assume caráter histórico e, pode-se mesmo dizer, revolucionário”, com (a) o reconhecimento do instituto da paternidade socioafetiva, ainda que à falta de registro; (b) a afirmação de que a paternidade socioafetiva não representa segunda categoria diante da paternidade biológica; e (c) a abertura das portas do sistema jurídico brasileiro à multiparentalidade.⁷⁴

Contudo, em aguda crítica à tese aprovada por nossa Suprema Corte, José Fernando Simão afirma que “em uma leitura ideal” é possível concluir “que efetivamente o afeto resta valorizado já que o vínculo biológico, por si só, não exclui o vínculo afetivo, mas a ele se soma”. No entanto, “em uma leitura possível”, o fundamento que toma por base o voto do Ministro Luiz Fux significa que “o DNA é tido como relevante para a formação do parentesco e, ao ser equiparado ao afeto, gera a multiparentalidade, desconsiderando-se a diferença entre ascendente genético e pai”. Por conseguinte, através dessa leitura é possível se extrair “consequências nefastas”, a preocupar o estudioso do Direito de Família, posto que, “se descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica temos”: (a) na adoção, o pai biológico que deixou de ser pai em razão do rompimento do vínculo decorrente da sentença no processo de adoção, – e que, na opinião do autor, não é pai, mas apenas ascendente genético –, poderia pleitear o reconhecimento da dupla paternidade; (b) O doador de material genético, nos casos de técnica heteróloga, “pode ser demandado para ser pai, ao lado do socioafetivo, pois “é o direito que deve servir à pessoa e não o contrário”; (c) a paternidade passa a ser decisão do filho que, sabendo-se filho socioafetivo, tem o direito de ter também como pai seu ascendente genético, o que abre as portas para ações argentárias em que se visa a obtenção da herança de outrem (ascendente genético) e não um pai.⁷⁵ Em outro artigo, anteriormente publicado, Simão já havia feito a ressalva de que “a ascendência genética não se confunde com paternidade” e que, para ele, “sempre prevalece o afeto. Pai é quem cria, independentemente de vínculos genéticos, biológicos. A presença dos traços biológicos é irrelevante”.⁷⁶

Nessa esteira, Flávio Tartuce também externou sua preocupação com a possibilidade de a tese firmada servir de instrumento para que “os filhos acionem os pais biológicos para obter o vínculo de filiação com intuitos alimentares e sucessórios, em claras *demandas frívolas*, com finalidade

⁷³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12ª ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 449.

⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos. *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 26/09/2016. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982> acesso em 30/03/2017.

⁷⁵ SIMÃO, José Fernando. A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto? Parte 2: a leitura ideal e a possível. *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 03/01/2017. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17235> acesso em 30/03/2017.

⁷⁶ SIMÃO, José Fernando. A multiparentalidade está admitida e... com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto? *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 02/12/2016. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17172> acesso em 29/03/2017.

patrimonial pura”.⁷⁷ Anderson Schreiber demonstra o mesmo receio, mas ressalva que, aos juízes e tribunais, caberá separar o joio do trigo, “empregando os mecanismos disponíveis na ordem jurídica brasileira para se evitar o exercício de uma situação jurídica subjetiva em descompasso com seu fim axiológico-normativo”.⁷⁸

Em nosso entendimento, o reconhecimento da multiparentalidade representa considerável avanço em nosso ordenamento jurídico, posto traduzir o fim da lógica binária e excludente representada pelo confronto entre a *parentalidade biológica x parentalidade socioafetiva* e alargar a acepção dos vínculos de parentesco em nosso sistema, permitindo-se o reconhecimento de novas estruturas familiares e parentais, desde que estejam assentadas no afeto e não na busca por benefícios patrimoniais ou, tão somente, na verdade dos códigos genéticos.

Isso significa dizer que, ao nosso entender, a admissão da multiparentalidade constitui uma nova porta, aberta para se permitir a entrada em nosso sistema de outras relações afetivas merecedoras da especial proteção do Estado e que outrora não encontravam guarida em nosso ordenamento, posto que, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, exigia-se a escolha entre o vínculo biológico ou o socioafetivo, sem se permitir que ambos coexistissem em determinadas situações. Não se pretende afirmar que a parentalidade socioafetiva deva coexistir em todos os casos com a biológica ou que a multiparentalidade constitua a regra em nossa ordem jurídica pós Repercussão Geral 622. Porém, as relações afetivas podem decorrer de situações em que a socioafetividade esteja presente nas relações com o genitor (quem forneceu o material genético), mas também com outro sujeito que exerça o papel de pai. Como exemplo, podemos citar a hipótese em que pai biológico mantém estreita relação afetiva com seu filho, o qual, por sua vez, também possui vínculo de afeto com o novo companheiro de sua mãe, externando uma relação de filiação-paternidade, ainda que não seja registral. Ou os casos em que o pai registral possui relação socioafetiva com seu filho, que agora vive com o pai biológico, novo companheiro de sua mãe, em uma convivência pautada pela afetividade.

Na verdade, como bem salienta Marcos Catalan, as chamadas famílias recompostas, reconstituídas ou mosaico tendem a se reinventar a partir:

(a) da assunção de papéis mais densos – e mais dinâmicos – pela mãe que vive um novo amor; (b) da manutenção do diálogo com aquele que tende a ser extirpado do convívio cotidiano; (c) da ampliação da complexidade dos roteiros individuais e coletivos no novo grupo familiar; (d) da percepção de que novas uniões são boas para os genitores; e) da boa relação, normalmente havida, entre os filhos da relação anterior e os novos parceiros de seus pais e, enfim, mas não exhaustivamente, (f) da identificação de que cada pessoa é única e que, por isso, não precisa corporificar uma personagem marcada pela atuação daquele que não mais irá exercê-la.⁷⁹

Esse novo modelo de família, plural e de conteúdo multifacetado, permite o reconhecimento de vínculos concomitantes de parentesco, pautados preeminentemente pelo afeto e que não se enqua-

⁷⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12^a ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 449.

⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos. Op. cit.

⁷⁹ CATALAN, Marcos. *Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã*. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 47, 2008. p. 145/146.

dram por uma ordem excludente regrada pela máxima “ou é um ou é outro”. E por que não ambos? Ou mais do que isso?

É importante frisar que, assim como José Fernando Simão, entendemos que o parentesco provém do afeto e não da ascendência genética, e fazemos a necessária distinção entre o direito de se reconhecer a origem biológica e a parentalidade socioafetiva. E será a partir do afeto que traçaremos o caminho para a assunção da multiparentalidade em alguns casos e para o reconhecimento tão somente da origem biológica em outros. Isso porque, entendemos que o limite para a assunção da primeira, a multiparentalidade, encontra-se exatamente na existência ou não da afetividade, eis que o reconhecimento de vínculos concomitantes só será possível quando existente a socioafetividade em todas as relações a serem consideradas. Assim, uma vez configurada a parentalidade socioafetiva entre o pai biológico e o filho, e também comprovada a socioafetividade com outra pessoa que exerça concomitantemente o papel paterno, será possível o reconhecimento de vínculos simultâneos. O mesmo se diga se duas pessoas representarem concorrentemente a figura materna, em relações afetivas com o filho. Porém, se o objetivo for eminentemente patrimonial, com vistas somente à obtenção de benefícios econômicos, tais como um pleito sucessório ou de alimentos em que não tenha existido o vínculo afetivo e represente apenas a busca pelo ganho fácil, a multiparentalidade não se consolidará, eis que o código genético por si só não é capaz de concretizá-la, sob pena de se retornar ao vetusto paradigma patrimonialista característico do sistema jurídico de direito privado anterior à Constituição de 1988.

A partir dessa fundamental premissa, é possível se responder às questões relacionadas à adoção e às técnicas de reprodução assistida, posto que pleitos pautados apenas pela intenção de se obter vantagens patrimoniais ou econômicas não devem prosperar. Deste modo, o adotado que pretende desconstituir o vínculo de parentesco estabelecido com a nova família em virtude da adoção, apenas para pleitear a herança de um parente natural ou para dele requerer alimentos, não deve ter seu pedido conhecido, pois que a ausência da socioafetividade afasta a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade, ressaltando-se o direito de o adotado conhecer a sua origem biológica, consoante disposto pelo art. 48 do ECA. Isso significa dizer que o que o vínculo meramente biológico não é capaz de produzir os efeitos decorrentes das relações de parentesco, em razão da ausência da afetividade, mas será capaz de garantir o exercício do direito à identidade. O mesmo se diga daqueles que pretendem o reconhecimento da multiparentalidade com os doadores de sêmen ou de qualquer outro material genético para clínicas de reprodução assistida, eis que a eles está garantido o direito de conhecerem a origem genética, mas não os efeitos decorrentes da multiparentalidade, posto não existir a relação socioafetiva.

Assim sendo, é possível se afirmar, forte no escólio de José Fernando Simão, que “o doador de esperma, na hipótese de técnica de reprodução assistida heteróloga, não é pai, mas apenas ascendente genético”. Também no caso de adoção “há rompimento dos vínculos de filiação com a família genética, ou seja, o filho terá apenas o pai adotivo, sendo que aquele que um dia foi seu pai assume o status apenas de ascendente genético”. E por fim, aquele que desconhece o fato possuir um filho

biológico, pois sua namorada não contou da gravidez, por exemplo, “e um dia descobre que esse filho foi criado por outro homem, a quem chama de pai, não é pai, mas apenas ascendente genético”.⁸⁰ Isso porque, não há, em nenhum desses casos, relação socioafetiva capaz de dar fundamento à multiparentalidade.

No entanto, em situações em que a socioafetividade coexista entre vários sujeitos, é possível o reconhecimento da multiparentalidade, como no caso decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão prolatado pela Oitava Câmara Cível, na Apelação Cível 70062692876 que reconheceu a multiparentalidade entre duas mães, companheiras e que depois se casaram, e o pai biológico, amigo de ambas, em que ficou comprovado “o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da multiparentalidade”.⁸¹

Pode-se concluir, destarte, que a socioafetividade deve ser o fundamento a justificar o reconhecimento da multiparentalidade, adequando-se sua tutela ao sistema jurídico constitucional que, como dito, encontra-se pautado por um paradigma existencialista, em que a proteção estatal à família sustém-se na dignidade humana e na solidariedade, bastante afastada daquele viés patrimonialista característico do sistema clássico. Por essa razão, demandas cúpidas, pautadas apenas pela cobiça material, devem ser afastadas de plano, posto contrariarem a base axiológica de nosso ordenamento e representarem evidente involução, em evidente descompasso com as diretrizes eu-demonista de nosso Direito de Família.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: CAMINHO ABERTO PARA UMA TERCEIRA VIA, NÃO EXCLUDENTE

Como vimos, a Constituição Federal de 1988 estendeu a proteção do Estado a todas as entidades familiares, em suas mais variadas concepções, consagrando a passagem de uma estrutura patriarcal, institucionalizada e patrimonialista, para um regime solto, pautado prioritariamente pela dignidade humana e solidariedade, bem como pela liberdade para planejarem os seus arranjos familiares e desenvolverem plenamente a personalidade dos componentes do núcleo familiar, permitindo-se a concretização dos laços de afeto e a formação de condições capazes de permitir a realização pessoal dos componentes do núcleo familiar .

Essa família, múltipla e compósita, firma seus alicerces na socioafetividade e é nela que se encontram os fundamentos para a assunção da multiparentalidade em nosso ordenamento. Por conseguinte, a tese trazida à lume pela emblemática decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Repercussão Geral 622, inova ao possibilitar acolhimento de novos modelos de parentalidade, abrindo outra via, não excludente e plúrima, em contraposição àquela senda binária que forçosamente levava a escolha entre o parentesco biológico ou o socioafetivo. Além disso, ao acolher a

⁸⁰ SIMÃO, José Fernando. A multiparentalidade está admitida e ... com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto? *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 02/12/2016. Op. cit.

⁸¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12^a ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 455.

multiparentalidade, o STF consagrou a socioafetividade e firmou o entendimento de que não existe hierarquia entre as mais distintas formas de famílias merecedoras da proteção estatal.

Nesse contexto, a elevação da relevância da socioafetividade para a consolidação das relações de parentalidade, apresenta-se em consonância com a diretriz constitucional de tutela da pessoa humana e de sua dignidade e, em nossa opinião, representa o norte a ser seguido na decisão de questões controvertidas relacionadas ao reconhecimento da multiparentalidade, pois a existência de vínculos concomitantes passa necessariamente pela verificação da afetividade em todas as relações a serem consideradas. Ao nosso ver, a assunção da multiparentalidade não concede abrigo a demandas que tenham por objeto fins meramente patrimoniais ou egoístas em razão da inexistência do vínculo de socioafetividade requisito essencial para a constituição da parentalidade. Assim, entendemos que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Repercussão Federal 622 abriu caminho para o reconhecimento de novas formas de relações parentais, sempre alicerçadas no afeto, que germina e floresce no solo fértil do convívio humano e não no árido terreno da cobiça.

Deste modo, respondendo à hipótese lançada no início do presente trabalho, vemos a multiparentalidade como outra via, não excludente, capaz de permitir as várias formas de família decorrentes do convívio humano, bastante apartadas das molduras de secessão características de vetustos sistemas, posto que, como dizia Bauman, “parentesco, afinidade, elos causais são traços da individualidade e/ou do convívio humanos” e não de modelos previamente estabelecidos.⁸²

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Zahar. Edição do Kindle, 2017.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7ª ed. v. II. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943.
- CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- CALDERON, Ricardo Lucas. Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade. Consultor jurídico – CONJUR, publicado em 25/09/2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade> acesso em 30/03/2107.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 2ª ed. v. V, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.
- CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 47, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: SAFE, 1992.

⁸² BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Zahar. Edição do Kindle, 2017.

- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade – relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIA, Durval Luiz de. *Imagens do pai na mitologia*. *Psicologia Revista*. São Paulo, n. 15, v. 1: 45-58, maio 2006. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/psicorevista/article/download/18095/13451> acesso em 02/03/2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. v. 6. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FREITAS FILHO, Roberto e MORAES LIMA, Thalita. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010, p. 2.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica de filiação. In *Repertório de doutrina sobre direito de família – aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4, Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). São Paulo: RT, 1999.
- LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausulus. In *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania – O Novo CCB e a Vacatio Legis*, Belo Horizonte, União OAB/MG – Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2000.
- LÔBO, Paulo. Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco. *Direito patrimonial: artigos 1.591 a 1.693* (coord. Álvaro Villaça Azevedo). v. XVI, São Paulo: Atlas, 2003.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PELUSO, Antonio Cezar. A culpa na separação e no divórcio (contribuição para uma revisão legislativa). In NAZARETH, Eliana Riberti; MOTA, Maria Antonieta Pisano. *Direito de família e ciências humanas*. Caderno de Estudos n. 2. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos. *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 26/09/2016. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982> acesso em 30/03/2017.
- SIMÃO, José Fernando. A multiparentalidade está admitida e ... com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto? *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 02/12/2016. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17172> acesso em 29/03/2017.
- SIMÃO, José Fernando. A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto? Parte 2: a leitura ideal e a possível. *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 03/01/2017. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17235> acesso em 30/03/2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12ª ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VILLELA, João Baptista. Família hoje. In BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

*João Aguirre**

*Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil pela PUC/SP.
Professor da Rede LFG. Autor de diversas obras jurídicas.*

